

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
<hr/>	
Programm	3
<hr/>	
Referate	
<b>Rechtspolitische Fragen der Betriebsverfassung im Licht des Regierungsprogramms</b>	
<u>Professor Dr. Gregor Thüsing</u> Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	4
<hr/>	
<b>Möglichkeiten zur Modifizierung der Beteiligungsrechte nach dem BetrVG</b>	
<u>Dr. Sebastian Denke</u> Universität Trier	16
<hr/>	
<b>Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG</b>	
<u>Rechtsanwalt Marco Ferme</u> Eversheds Sutherland	22
<hr/>	
<b>Betriebsteilverselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG</b>	
<u>Tobias Vogt</u> Bucerius Law School	26
<hr/>	
Teilnehmerliste	30
<hr/>	

## **Gestaltung der betrieblichen Mitbestimmung**

Das Bild der Betriebsverfassung hat sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Anfang der 2000er Jahre sahen manche im Betriebsrat eine Alternative zur Gewerkschaft, was bei anderen zu einigem Widerspruch führte. Mittlerweile ist dieser Konflikt einer eher praktischen Sichtweise gewichen, die in der Betriebsvertretung eine (aktuell oder zumindest potenziell) funktionsfähige Institution zur konkreten Gestaltung des Miteinanders auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene erkennt. Dementsprechend rücken die vielfältigen diesbezüglichen Gestaltungsoptionen immer mehr in den Vordergrund, denn das gesetzliche Mitbestimmungssystem des BetrVG lässt sich durchaus formen. Betriebsverfassungsrechtlich relevante Strukturen werden durch unternehmerische Entscheidungen geprägt. Und sie lassen sich – oft verbunden mit den unternehmerischen Entscheidungen – im Konsens mit der Arbeitnehmerseite gestalten, sowohl unter Einsatz tarifvertraglicher als auch betriebsverfassungsrechtlicher Mittel. Hinzu kommt eine Bandbreite an Möglichkeiten zur Modifizierung der im BetrVG vorgesehenen Mitbestimmungsrechte. All diese Instrumente können in der Gestaltung von Betriebsstrukturen und Betriebsabläufen ganz erhebliche Bedeutung gewinnen. Bei alledem ist das Spannungsverhältnis eben zwischen der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit und dem Zugriff der Mitbestimmung durchaus konfliktgeladen, ebenso das komplexe kollektivarbeitsrechtliche Mehrebenensystem. Dies nicht zuletzt deshalb, weil es weiterhin auch gesetzgeberische Pläne gibt, das betriebsverfassungsrechtliche System zu verändern.

Richard Giesen  
Matthias Jacobs  
Abbo Junker  
Volker Rieble

## Programm

10.00 Uhr Begrüßung

---

10.20 Uhr **Rechtspolitische Fragen der Betriebsverfassung im Licht des Regierungsprogramms**

*Professor Dr. Gregor Thüsing*

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

---

Diskussion

---

11.30 Uhr **Möglichkeiten zur Modifizierung der Beteiligungsrechte nach dem BetrVG**

*Dr. Sebastian Denke*

Universität Trier

---

Diskussion

---

12.40 Uhr Mittagspause

---

13.40 Uhr **Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG**

*Rechtsanwalt Marco Ferme*

Eversheds Sutherland

---

Diskussion

---

14.50 Uhr Kaffeepause

---

15.20 Uhr **Betriebsteilverselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG**

*Tobias Vogt*

Bucerius Law School

---

Diskussion

---

16.30 Uhr Verabschiedung

Professor Dr. Gregor Thüsing

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

**Rechtspolitische Fragen der Betriebsverfassung im Licht des  
Regierungsprogramms**

---

**Modernes Betriebsverfassungsrecht:  
Was muss sich ändern?**



Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)  
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der  
Sozialen Sicherheit, Universität Bonn



## Die Opposition legt schon mal vor....



20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Arbeit und Soziales

15. September 2023

Ausschussdrucksache 20(11)390

---

### Materialzusammenstellung

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

---

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 18. September 2023 zum

a) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Zukunft, mitbestimmt – Demokratie braucht starke betriebliche Mitbestimmung**  
20/5405

b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Zukunft, mitbestimmt – Transformation braucht starke betriebliche Mitbestimmung**  
20/5406

c) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Zukunft, mitbestimmt – Betriebliche Mitbestimmung braucht Betriebsräte**  
20/5587

## Und was sagt der Koalitionsvertrag?



**MEHR  
FORTSCHRITT  
WAGEN**

BÜNDNIS FÜR  
FREIHEIT, GERECHTIGKEIT  
UND NACHHALTIGKEIT

„Die Mitbestimmung werden wir weiterentwickeln.“



Vorstellungen des DGB sind weitreichend  
- Realisierbarkeit offen

### Reformen des BetrVG



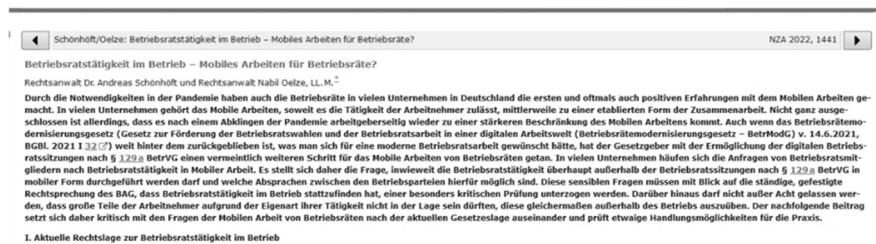
### Digitalisierung



„Betriebsräte sollen selbstbestimmt entscheiden, ob sie analog oder digital arbeiten“

### Recht auf Homeoffice?

BAG 17.10.1990 – 7 ABR 69/89, NZA 1991, 432: „Der Freistellung des § 38 Abs. 1 BetrVG liegt die Vermutung des Gesetzgebers zugrunde, in Betrieben der dort genannten Größenordnung falle erforderliche Betriebsratsstätigkeit [...] regelmäßig in einem solchen Umfang an, daß sie die Arbeitszeit eines oder mehrerer Betriebsratsmitglieder voll in Anspruch nimmt. Die Freistellung gemäß § 38 Abs. 1 BetrVG dient also allein der Wahrnehmung anfallender Betriebsratsaufgaben. Deshalb muß auch das freigestellte Betriebsratsmitglied grundsätzlich im Betrieb erreichbar sein und für erforderliche Betriebsratsarbeit zur Verfügung stehen“



## „Im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Maßstäbe werden wir Online-Betriebsratswahlen in einem Pilotprojekt erproben“

ArbG Hamburg v. 7.6.2017 - 13 BV 13/16 : „In jedem Fall kann eine Entscheidung darüber, ob Online-Wahlen auch bei Betriebsratswahlen zulässig sein sollen, nicht im Rahmen einer Auslegung bestehender Normen von einem Gericht entschieden werden. Vielmehr ist der Gesetzgeber gefordert zu entscheiden, ob auch im Rahmen von Betriebsratswahlen eine Möglichkeit zur elektronischen Wahl eröffnet werden soll, worauf auch Arbeitgeber- und Betriebsratsvertreter zutreffend in ihrem gemeinsamen Artikel hinweisen (Harms/Von Steinau-Steinrück/Thüsing, Betriebsverfassung 4.0 – Onlinewahl ermöglichen!, BB 2016, 2677, zustimmend Fündling/Sorber, Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrates?, NZA 2017, 552).

## „Wir schaffen ein zeitgemäßes Recht für Gewerkschaften auf digitalen Zugang in die Betriebe, das ihren analogen Rechten entspricht.“

Eine tarifzuständige Gewerkschaft ist auf Grund ihrer verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit grundsätzlich berechtigt, E-Mails zu Werbezwecken auch ohne Einwilligung des Arbeitgebers und Aufforderung durch die Arbeitnehmer an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten zu versenden. (BAG v. 20. 1. 2009 - 1 AZR 515/08)

◀ Göpfert/Stöckert: Digitaler Zugang der Gewerkschaft zum Betrieb? NZA 2021, 1209 ▶

Digitaler Zugang der Gewerkschaft zum Betrieb?  
Rechtsanwalt Dr. Burkard Göpfert, LL. M. und Rechtsanwältin Dr. Susanna Stöckert<sup>2</sup>

**Die Digitalisierung schreitet unaufhaltsam voran und macht auch vor dem Betriebsgelände keinen Halt. Für die Betriebsratsarbeit hoffen namhafte Stimmen in der Literatur weiter auf virtuelle Betriebsratssitzungen und entsprechende Beschlussfassungen. Das Inkrafttreten des Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt („Betriebsrätemodernisierungsgesetz“) hat dieses Thema ein weiteres Mal in den Fokus gerückt, aber leider nicht gelöst. Das stellt die nicht weniger bedeutsame Frage nach der Digitalisierung der Gewerkschaftsarbeit. Auch hier sind vor dem Hintergrund der nun bereits über ein Jahr anhaltenden Pandemie erkennbar, die Arbeit zunehmend digitaler zu gestalten. Bereits vergangenes Jahr wurden erste Sitzungen von Tarifkommissionen sowie Mitgliederversammlungen mit teilweise mehreren tausend Teilnehmern, die vorab per Videoclip zur Teilnahme motiviert wurden, etwa im Hinblick auf große anstehende Betriebsänderungen, virtuell abgehalten. Die Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang aus dem derzeitigen Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb bald auch ein digitales Zugangsrecht zum Betrieb folgt, dürfte gerade mit Blick auf die Anfang des Jahres 2022 anstehenden Betriebsratswahlen zu einem zentralen „Wahlkampfthema“ werden, was auch der Gesetzgeber bereits erkannt hat (Eckpunkt Papier des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sowie des Bundesministeriums für Finanzen zur Stärkung der Tarifbindung). Der nachfolgende Beitrag greift das auf.**

**I. Zugang der Gewerkschaft zum Betrieb – Status quo**

Beim Zugangsrecht unterscheidet man zwischen dem betriebsverfassungsrechtlichen und dem allgemeinen gewerkschaftlichen Zugangsrecht. Das betriebsverfassungsrechtliche Zugangsrecht, das seinen Niederschlag in § 2 III BetrVG gefunden hat, folgt nicht unmittelbar aus Art. 9 III GG. Dementsprechend steht es auch nur tariffähigen Gewerkschaften zu, nicht jeder Arbeitnehmerkoalition.<sup>3</sup> § 2 III BetrVG schließt weitere Zugangsrechte von Gewerkschaften im Betrieb außerhalb ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Betätigung jedoch nicht aus.<sup>4</sup> Das betrifft sodann das allgemeine gewerkschaftliche Zugangsrecht, das der koalitionspezifischen Betätigung – unabhängig von der Tariffähigkeit – dient und sich unmittelbar aus Art. 9 III GG ergibt. Die Bearbeiter befassen sich zunächst mit beiden Zugangsrechten, legen den Fokus sodann jedoch auf das unmittelbar aus Art. 9 III GG folgende Zugangsrecht.

Göpfert/Stöckert: Digitaler Zugang der Gewerkschaft zum Betrieb? (NZA 2021, 1209) 1210 ▼

Die aufkommende Diskussion über digitale Zugangsrechte der Gewerkschaften fokussiert dagegen, außerhalb der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben und Befugnisse, weniger eine Frage des Zugangs der Gewerkschaften zum Betrieb, als vielmehr – digital – zum Arbeitnehmer selbst.

Hinsichtlich der sozial-ökologischen Transformation und der Digitalisierung „werden wir das Betriebsrätemodernisierungsgesetz evaluieren.“

### Betriebsverfassungsgesetz

#### § 79a Datenschutz

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten hat der Betriebsrat die Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten. Soweit der Betriebsrat zur Erfüllung der in seiner Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet, ist der Arbeitgeber der für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Arbeitgeber und Betriebsrat unterstützen sich gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Die oder der Datenschutzbeauftragte ist gegenüber dem Arbeitgeber zur Verschwiegenheit verpflichtet über Informationen, die Rückschlüsse auf den Meinungsbildungsprozess des Betriebsrats zulassen. § 6 Absatz 5 Satz 2, § 38 Absatz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes gelten auch im Hinblick auf das Verhältnis der oder des Datenschutzbeauftragten zum Arbeitgeber.

## Betriebsrätestärkungsgesetz: Verantwortung des Betriebsrats für den Datenschutz

*BAG v. 7.5.2019, 1 ABR 53/17: „Der Begriff der Verarbeitung bezeichnet nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO u.a. jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Hierzu zählt deren Offenlegung durch „Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung“, also die gezielte Kenntnissgabe von Daten an einen Empfänger, der – was seinerseits aus Art. 4 Nr. 9 DS-GVO folgt – kein Dritter sein muss. Damit ist es für die Annahme einer Datenverarbeitung – anders als bei § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG in seiner vom 28. August 2002 bis zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (aF), wonach es sich nur bei der Bekanntgabe von Daten gegenüber Dritten um eine Datenübermittlung gehandelt hat – nicht ausschlaggebend, ob der Betriebsrat Dritter iSv. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO ist.“*

Für die Auffassung „Betriebsrat ist Dritter“ streitet bislang nur ein einzelnes Urteil des LAG Sachsen-Anhalt vom 18. Dezember 2018 (4 TaBV 19/17), nach dem der Betriebsrat über den Zweck einer von ihm vorgenommenen Einsicht in Bruttoentgeltlisten selbst entscheidet und daher auch Verantwortlicher im Sinne des DSGVO ist. Eine Entscheidung des BAG bzw. EuGH zur Verantwortlichkeit des Betriebsrats nach Geltung der DSGVO steht aus.

Ausführlich auch Stück, ZD 2019, 256

## Homeoffice und Mitbestimmung: Der neue § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG

### „Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.“

Deutscher Bundestag – 19. Wahlperiode

– 23 –

Drucksache 19/28899

Insgesamt wird der Betriebsrat so in die Lage versetzt, beim Einsatz von KI schneller reagieren zu können. Zugleich wird eine für den Arbeitgeber wichtige zeitnahe Entscheidung gefördert.

#### Zu Nummer 16

Es wird ein eigenes Mitbestimmungsrecht lediglich bezogen auf die Ausgestaltung („wie“) von mobiler Arbeit geschaffen. Die Einführung der mobilen Arbeit („ob“) verbleibt damit in der Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers.

Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin arbeitet mobil, wenn er oder sie die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von Orten seiner oder ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt. Mobile Arbeit liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die geschuldete Arbeitsleistung aufgrund deren Eigenart ortsgebunden erbringen muss. Von dem Mitbestimmungsrecht wird sowohl regelmäßige als auch anlassbezogene mobile Arbeit erfasst. Das Mitbestimmungsrecht betrifft die inhaltliche Ausgestaltung der mobilen Arbeit. Dazu gehören zum Beispiel Regelungen über den zeitlichen Umfang mobiler Arbeit, über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit in Bezug auf mobile Arbeit oder über den Ort, von welchem aus mobil gearbeitet werden kann und darf. Es können Regelungen zu konkreten Anwesenheitspflichten in der Betriebsstätte des Arbeitgebers, zur Erreichbarkeit, zum Umgang mit Arbeitsmitteln der mobilen Arbeit und über einzuhaltende Sicherheitsaspekte getroffen werden. Das Mitbestimmungsrecht bildet einen Auffangtatbestand für alle Regelungen mit denen mobile Arbeit ausgestaltet werden kann. Bereits bestehende Mitbestimmungsrechte gelten unverändert.

Das Mitbestimmungsrecht ermöglicht keine Regelungen zu arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten, die nicht mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht werden können (zum Beispiel Fahrer oder Boten). Gleiches gilt, wenn sich die Mobilität bereits zwingend aus der Eigenart der zu erbringenden Arbeitsleistung ergibt (zum Beispiel Handelsvertreter oder Monteure).

## Homeoffice und Mitbestimmung: Der neue § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG

„Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.“

- Mobile Arbeit und Homeoffice (letzteres mE nicht, wenn dort ohne Nutzung von Informationstechnik gearbeitet wird)
- Unerheblich, ob regelmäßig oder nur sporadisch bzw. anlassbezogen mobil gearbeitet wird
- Nur das „Wie“ mobiler Arbeit, nicht aber das „Ob“ ihrer Einführung. Der Betriebsrat hat daher kein Initiativrecht, um die Einführung von mobiler Arbeit zu erzwingen; konsequent daher nach altem Recht LAG Hessen 18.6.2020, 5 TaBVGa 74/20, NZA 2021, 291. Der Betriebsrat kann einer einseitigen Einführung von mobiler Arbeit durch den Arbeitgeber nicht mit einem Unterlassungsanspruch begegnen.
- Voraussetzung wohl auch hier: Kollektiver Tatbestand.
- Frage (von Bayreuther NZA 2021, 839 aufgeworfen): „Analogie“ zu BAG 28.7.2020, ABR 45/18, NZA 2020, 1491; 22.8.2017 1 ABR 4/16, NZA 2018, 191; 19.6.2012 1 ABR 19/11, NZA 2012, 1237
- *„Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erschöpft sich nicht in der Vereinbarung von Rahmendienstplänen, sondern erstreckt sich auch darauf, welcher Arbeitnehmer vom Arbeitgeber einem einzelnen Dienstplan zugeordnet werden. Der für das Mitbestimmungsrecht erforderliche kollektive Tatbestand ist auch dann gegeben, wenn darüber zu entscheiden ist, welche neu eingestellten Arbeitnehmer zu welchen Zeiten ihre Arbeitsleistung zu erbringen haben. Diese Festlegung berührt nicht nur das Interesse des betreffenden Arbeitnehmers, sondern auch das der übrigen Belegschaft“*
- --> Mitbestimmung, wenn weniger Homeoffice-Arbeitsplätze als Bewerber\*innen hierfür vorhanden sind?

## Homeoffice und Mitbestimmung: Gestaltung durch Betriebsvereinbarung

In der Tat Erwartung des Gesetzgebers:

Nach § 87 Absatz 1 Nummer 14 BetrVG erhalten Betriebsräte ein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit. Mobiles Arbeiten wird nach der WSI Betriebsrätebefragung 2016 nur in 13 Prozent der Betriebe verstärkt angeboten und genutzt. Zugleich hat eine Befragung von Beschäftigten und Personalleitern ergeben, dass 74 Prozent der Beschäftigten, die bisher nicht im Home-Office arbeiten können, gerne die Möglichkeit hierzu hätten (Forschungsmonitor des BMAS „Mobiles und entgrenztes Arbeiten“, 2015). Es ist deshalb davon auszugehen, dass Betriebsräte mit diesem neuen Recht den Abschluss von speziellen Betriebsvereinbarungen zu mobiler Arbeit anstreben werden. Aus der WSI-Betriebsrätebefragung 2017 ergibt sich, dass Betriebsvereinbarungen zu „Tele- und Heimarbeit“ seit 2015 (innerhalb von zwei Jahren) um 6 Prozent zugenommen haben (Quelle: WSI-Policy Brief Nummer 25). Es wird daher davon ausgegangen, dass jährlich 3 Prozent der Betriebe Handlungsbedarf sehen und Betriebsvereinbarungen anstreben. Bezogen auf 108 000 Betriebe insgesamt entspricht dies 3 240 Fällen. Es wird zur Vereinfachung auch hier angenommen, dass in höchstens 6,5 Prozent dieser Fälle die Einigungsstelle angerufen werden wird. Dies entspricht maximal 211 Fällen pro Jahr. Unter Berücksichtigung der Kosten einer Einigungsstelle von durchschnittlichen 7 500 Euro ergibt sich ein jährlicher Erfüllungsaufwand von rund 1 582 500 Euro.

Einseitig auch gegen den Willen des Arbeitnehmers? Frage der Betriebsvereinbarungsoffenheit des Arbeitsvertrags. M.E. im Regelfall ja (ebenso *Krieger/Rudnik/Povedano Permato*, NZA 2020, 473)

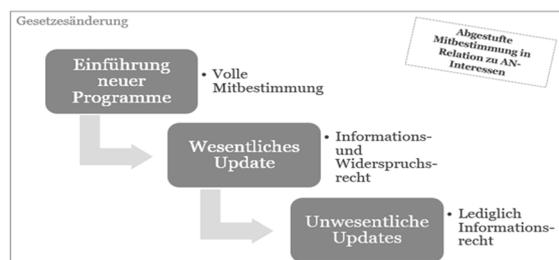
Dann aber wohl Anspruch des Arbeitnehmers auf Kostenersatz analog § 670 BGB, Gegenschluss zu BAG v. 12.4.2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 Rn. 28 ff.

Nicht nur der Gesetzgeber reguliert....

### Betriebsverfassungsgesetz § 87 Abs. 1 Nr. 6

„Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;“

2. Digitalisierung und das BetrVG  
2.4. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG  
- abgestufte Mitbestimmung



Slide 27  
Fußzeile

Bird & Bird

## „Die Behinderung der demokratischen Mitbestimmung stufen wir künftig als Officialdelikt ein.“

### § 119 Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

...  
2. die **Tätigkeit des Betriebsrats**, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der **Bordvertretung**, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, der in § 76 Abs. 8 bezeichneten tariflichen Schlichtungsstelle, der in § 86 bezeichneten betrieblichen Beschwerdestelle oder des Wirtschaftsausschusses **behindert oder stört**, oder

...  
(2) Die Tat wird nur auf **Antrag des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, einer der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer, des Wahlvorstands, des Unternehmers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft** verfolgt.

⇒ **Nicht der Antrag ist das Problem, sondern die Frage, was ist erlaubt**



Lieferdienste

## So umfährt Deliveroo Mitbestimmung

Im Februar hatte sich bei dem Lieferdienst eine Mitarbeitervertretung gegründet. Deliveroo hat nun die Verträge aller Betriebsräte auslaufen lassen. Was ist passiert?

Von Bernd Kramer, 1. Juni 2018, 14:33 Uhr / 137 Kommentare / ☐

## Baustelle Betriebsratsvergütung



Bundesgerichtshof

Das Gericht	Entscheidungen	Presse	Verfahrensarten
-------------	----------------	--------	-----------------

➤ [Presse](#) > [Pressemittelungen](#) > Nr. 003/2023

### Freisprüche im Prozess um die Vergütung von Betriebsräten der Volkswagen AG aufgehoben

Ausgabjahr 2023  
Erscheinungsdatum 10.01.2023

Nr. 003/2023

Urteil vom 10. Januar 2023 - 6 StR 133/22

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Januar 2023 auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 28. September 2021 aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Das Landgericht hat die Angeklagten, zwei frühere Vorstände für den Bereich Personal und zwei frühere Personalleiter der Volkswagen AG, vom Vorwurf der Untreue freigesprochen. Gegenstand des Urteils war die Gewährung von Arbeitsentgelten (Monatsentgelte und freiwillige Bonuszahlungen) an freigestellte Betriebsräte in den Jahren 2011 bis 2016, die die Zahlungen an die betriebsverfassungsrechtlich zutreffenden Vergleichsgruppen erheblich überstiegen. Hierdurch entstand der Volkswagen AG ein Schaden von mehr als 4,5 Millionen Euro. Nach Ansicht des Landgerichts haben die Angeklagten durch die Umstufung der Betriebsräte in deutlich höhere, dem "Managementkreis" vorbehaltene Entgeltgruppen und die Gewährung freiwilliger Bonuszahlungen von jährlich 80.000 Euro bis 560.000 Euro je Betriebsrat den objektiven Tatbestand einer Untreue erfüllt. Ihnen fehle aber der erforderliche Vorsatz, weil sie sich auf die Einschätzungen interner und externer Berater verlassen beziehungsweise ein bestehendes Vergütungssystem vorgefunden und irrtümlich angenommen hätten, mit ihren jeweiligen bewilligenden Entscheidungen keine Pflichten zu verletzen.

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die Freisprüche aufgehoben. Zwar ist das Landgericht im Ausmaßespunkt zutreffend

6. Mai 2018, 18:48 Uhr Forum

## Nicht zu viel und nicht zu wenig

Wie der Gesetzgeber künftig regeln sollte, wie viel Unternehmen Betriebsräten zahlen. Das Ganze ist ein durchaus komplexes Unterfangen.

Von Ulrich Preis und Gregor Thüsing

Die Regierungsparteien bekennen sich im neuen Koalitionsvertrag zur Bedeutung der Betriebsverfassung und wollen zum einen das vereinfachte Wahlverfahren kleinerer Betriebe ausweiten, zum anderen die Mitbestimmung im Bereich der Weiterbildung stärken. Aber reicht das? Baustellen der Betriebsverfassung gibt es genug. Von der Frage der Onlinewahl bis zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Betriebsverfassung allgemein sind viele Fragen in der aktuellen Diskussion, ohne dass man allgemein akzeptierte Antworten gefunden hätte. Diese Diskussion erfasst auch die Frage der Betriebsratsvergütung. Wie sollen die Arbeitnehmervertreter vergütet werden? Oder weiter noch: Welche Betriebsräte wollen wir? Sicherlich keine, die aus finanziellen Erwägungen heraus Betriebsrat werden wollen, aber sicherlich auch keine Arbeitnehmer, die aus Angst vor einer Benachteiligung in der beruflichen Entwicklung von diesem Amt Abstand nehmen.

Das Gesetz hat hierzu schon vor langer Zeit eine Antwort gefunden. Das Ehrenamtsprinzip ist ein zentrales Leitmotiv des Betriebsverfassungsgesetzes. Es galt schon zu den Zeiten des Betriebsrätegesetzes und damit nun seit fast 100 Jahren: "Die Mitglieder der Betriebsräte und ihre Stellvertreter verwalten ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Notwendige Versäumnis von Arbeitszeit darf eine Minderung der Entlohnung oder Gehaltszahlung nicht zur Folge haben".



## Erste Reaktionen der Gerichte

Urteil des ArbG Emden (5.7.2023 - 2 Ca 280/22 E):

"aa) Der Auffassung des LG Braunschweig in seinem Urteil vom 28.09.2021 – 16 KLS 406 Js 59398/16 (85/19), 16 KLS 85/19, Juris Leitsatz und Rn. 158, sowie ihm folgend des BGH in seinem Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, Juris Rn. 22, Fähigkeiten und Kenntnisse, die das Betriebsratsmitglied während seiner Zeit im Betriebsrat erwirbt, dürfen keine Berücksichtigung finden, folgt die erkennende Kammer ausdrücklich nicht. Die erkennende Kammer ist an die vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10.1.2023 aufgestellten Grundsätze nicht gebunden. Insoweit gilt im Verhältnis zwischen verschiedenen Gerichten mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung der Grundsatz der rechtlichen Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1 GG (vgl. nur Detterbeck in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 97 GG Rn. 15 m. w. N.; Hillgruber in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 97 GG Rn. 94 m. w. N.; Zimmermann/Bales, Jus Extra 2019, 8).

bb) Anknüpfungspunkt für eine (hypothetische) Beförderung darf zwar einerseits nach § 78 Satz 2 BetrVG nicht die Betriebsrats Tätigkeit als solche sein. Eine Berücksichtigung der im Betriebsrat erworbenen Qualifikationen des Bewerbers ist nach Auffassung der erkennenden Kammer hingegen allerdings zulässig und – bei Einschlägigkeit der Qualifikationen für die fragliche zu besetzende Stelle – sogar geboten, soll eine unzulässige Benachteiligung gemäß § 78 Satz 2 BetrVG vermieden werden (so auch überzeugend Annuß, NZA 2018, 134, 136 m. w. N.).

Dieses Ergebnis lässt sich anhand nachfolgend genannter Kontrollüberlegung – die allerdings (soweit ersichtlich) weder das Landgericht Braunschweig noch der Bundesgerichtshof angeht – nachvollziehen: Einerseits ist die Beförderung eines fachlich qualifizierten Betriebsratsmitgliedes aus Sicht des Bevorzugungsverbot unproblematisch, wenn das Betriebsratsmitglied zuvor freiwillig sein Amt aufgibt. Wenn das Bevorzugungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG selbst für eine erfolgreiche Beförderung aber eine solche Aufgabe des Amtes verlangen würde, wäre die Folge, dass für fachlich überdurchschnittlich qualifizierte Betriebsratsmitglieder eine (frühzeitige) Aufgabe des Amtes wirtschaftlich attraktiver wäre, als im Amt zu bleiben. Denn als (freigestellte) Mitglieder des Betriebsrats stünden sie wirtschaftlich potentiell schlechter da. Durch ein solches sich aus tatsächlichen wirtschaftlichen Zwängen ergebendes Erfordernis, das Betriebsratsamt für eine Beförderung ggf. aufgeben zum müssen, könnten qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von einer Mitarbeit im Betriebsrat abgehalten werden. Weniger qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter würden dagegen auf Grund des Anspruches auf die Mindestvergütung gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG, die derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung entspricht, eher zur Betriebsratsarbeit motiviert. Mit anderen Worten: Durch ein faktisches Erfordernis, das Betriebsratsamt für eine Beförderung ggf. aufgeben zum müssen, würden Fehlanreize geschaffen, die einer effektiven Gremienarbeit, einer konstruktiven Betriebspartnerschaft und damit letztlich einer funktionsfähigen Betriebsverfassung eher zuwiderlaufen. „Das will das Gesetz verhindern“ (vgl. Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1, 2 m. w. N.).

Aus diesem Grunde kann die Auffassung, dass für eine Beförderungsstelle einschlägige Fähigkeiten und Kenntnisse, die ein Arbeitnehmer als Betriebsratsmitglied erwirbt, außer Betracht zu bleiben haben, nicht überzeugen. Sie würde gerade die verbotene Schlechterstellung von Betriebsratsmitgliedern bewirken. Entscheidend muss deshalb sein, welche einschlägigen und re-levanten Fähigkeiten und Kenntnisse „aktuell“ vorhanden sind, wo, wie und wann diese Kompetenzen erworben wurden, ist hingegen ohne Bedeutung (vgl. mit Beispielen überzeugend: Wendeling-Schröder, Karrieremöglichkeiten von Betriebsratsmitgliedern durch Qualifikation, in: Demokratisierung der Wirtschaft durch Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Klebe zum 70. Geburtstag, 2018, 455, 458). Trotz des Bezugs zum Amt ist die Berücksichtigung während der Zeit als Betriebsratsmitglied erworbener Kenntnisse oder Qualifikationen keine unzulässige „Bezahlung“ der Betriebsrats Tätigkeit, sondern Honorierung konkreter, individueller beruflicher Weiterbildung (vgl. Kreuzt in Wiese u. a., GK-BetrVG, 11. Auflage 2018, § 78 Rn. 88 mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenansicht).

Mit anderen Worten: „[...] auch individuelle Leistungen und Qualifikationen sind zu berücksichtigen. [...] Werden Umstände vorgetragen und bewiesen [oder sind diese unstreitig], die im konkreten Fall eine günstigere Entwicklung wahrscheinlich machen, so sind sie zugrunde zu legen, was insb. dem Arbeitnehmer zugutekommt, der sich in seinen Leistungen über dem Durchschnitt bewegt. Anders [zu] entscheiden würde gerade besonders qualifizierte Arbeitnehmer noch mehr von der Übernahme des Amtes abschrecken, als dies wegen der Sorge um die Abkopplung vom Beruf ohnehin der Fall ist.“ (vgl. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. II, Betriebsverfassung, 2008, 572).“

## Und jetzt? Rechtsicherheit bringt nur der Gesetzgeber, und jedes Unternehmen muss jetzt intensiv prüfen...

MITBESTIMMUNG

### Bundesregierung will Betriebsratsvergütung nun doch gesetzlich regeln

Arbeitsminister Heil will die Rechtsunsicherheit nach dem  
BGH-Urteil zur Vergütung von VW-Betriebsräten beenden.  
Eine Kommission soll Vorschläge machen.



Frank Specht

Den Vorsitz des Gremiums, das zum 15. Mai seine Arbeit aufnehmen soll, übernimmt der Präsident des Bundessozialgerichts, Rainer Schlegel. Daneben gehören der Kommission die frühere Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Ingrid Schmidt, und der Bonner Juraprofessor Gregor Thüsing an. Im Koalitionsvertrag von SPD, Grünen und FDP findet sich das Thema Betriebsratsvergütung nicht.

**Mehr:** [Gastkommentar Christiane Benner: Geordneter Wandel statt statischen Beharrens: Darum müssen wir die Mitbestimmung reformieren](#)

## Baustelle Betriebsratsvergütung



- (4) Das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats darf einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer\*innen mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dies gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers. Bei der Bemessung des Arbeitsentgeltes und der allgemeinen Zuwendungen sind auch die bei Wahrnehmung der Betriebsrats Tätigkeit erworbenen Qualifikationen und Erfahrungen wie auch die auf Dauer wahrgenommenen Aufgaben zu berücksichtigen.

---

Dr. Sebastian Denke

Universität Trier

## **Möglichkeiten zur Modifizierung der Beteiligungsrechte nach dem BetrVG**

---

### Gliederung

#### **A. Einführung**

#### **B. Die Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards**

- I. Verzicht und Nichtausübung
- II. Die „Negativmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis
- III. Die „Negativmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag

#### **C. Die Erweiterung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards**

- I. Die „Positivmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis
  1. Konzeptionelle Vorüberlegungen
  2. Folgerungen für ausgewählte Mitbestimmungstatbestände
- II. Die „Positivmodifikation“ der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag
  1. Konzeptionelle Vorüberlegungen
  2. Folgerungen für ausgewählte Mitbestimmungstatbestände

#### **D. Fazit**

## Thesen

- I. Eine Absenkung des gesetzlichen Mitbestimmungsstandards kommt nicht in Betracht.
  1. Nach zutreffender und praktisch unbestrittener Auffassung kann der Betriebsrat nicht auf die ihm zugewiesenen Mitbestimmungsrechte verzichten.
    - a) Dies folgt aus dem mit der an den Betriebsrat gerichteten gesetzlichen Kompetenzzuweisung einhergehenden Auftrag zur Verwirklichung der Kollektivpartizipation. Verzicht meint dabei die Antizipation der Nichtausübung durch abstrakt-generelle Regelung.
    - b) Keinen Fall des Verzichtes auf das Mitbestimmungsrecht stellt es dar, wenn die Betriebsparteien eine betriebliche Dauerreglung schaffen, die abstrakt-generell ein dem Arbeitgeber eingeräumtes Entscheidungsermessen dergestalt determiniert, dass sich die Ermessenausübung als bloßer Vollzug einer Entscheidung auf „gebundener Marschroute“ darstellt. Dies setzt voraus, dass die aus dem konkreten Mitbestimmungsrecht abzuleitenden Entscheidungsparameter ihren Niederschlag in der Dauerreglung gefunden haben. Dies wiederum erfordert deren Abstraktionsfähigkeit. Ist das Mitbestimmungsrecht nach seinem Sinn und Zweck auf eine stete Einzelfallentscheidung gerichtet – wie vor allem im Bereich der personellen Einzelmaßnahmen – liegt in der Dauerreglung, die den Arbeitgeber von einer Beteiligung des Betriebsrats im konkreten Einzelfall entbinden soll, ein unzulässiger Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht.
  2. Die Tarifvertragsparteien können eine Absenkung des Mitbestimmungsstandards nicht herbeiführen. Sie sind insoweit nicht „verfügungsbefugt“. Streng davon zu trennen ist der Fall, in dem die Tarifvertragsparteien eine eigene Regelung schaffen, die im Bereich der sozialen Angelegenheiten ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließt. Es handelt sich dann nicht um eine Negativ-, sondern um eine – „kompetenzperspektivisch“ betrachtet – Aliud-Regelung. Gegenständlich betrachtet kann eine solche tarifliche Regelung das Mitbestimmungsrecht aber nur insoweit ausschließen, als der Tarifvertrag eine abschließende Regelung vorsieht. Dies ist zwar primär eine Frage der Auslegung des Tarifvertrages, jedoch ist zu beachten, dass der notwendige Schutzzumfang legislativ präformiert ist. Die Tarifregelung darf daher nicht hinter dem gesetzlich vorgesehenen Schutzzumfang des Mitbestimmungsrechtes zurückbleiben. Die Möglichkeiten einer (faktischen) qualitativen Negativmodifikation des Mitbestimmungsrechtes über den Umweg des § 87 Abs. 1 ES BetrVG sind daher äußerst beschränkt.

- II. Eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte kommt nur in wesentlich geringerem Umfang in Betracht, als die herrschende Ansicht dies annimmt.
  - 1. Die Frage, ob eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte im betrieblichen Partizipationsverhältnis möglich ist, verlangt nach einer differenzierten Beurteilung.
    - a) Im Grundsatz ist im Einklang mit der herrschenden Ansicht von einer umfassenden gegenständlichen Regelungskompetenz der Betriebsparteien auszugehen. Sie findet ihre Grundlage in der mit der Fähigkeit, Regelungen mit normativem Charakter zu schaffen einhergehenden, durch Hoheitsakt bewirkten Kompetenzzuweisung, § 77 Abs. 4, Abs. 3 BetrVG. Dabei statuiert die Betriebsverfassung jedoch keine, aus legitimatorischen Gesichtspunkten kohärente „korporative Zwangsordnung“, sondern wird partiell durch einen auf Systemmuster der Privatautonomie zurückzuführenden individuellen „Unterwerfungsakt“ flankiert. Dieser beruht auf dem Einverständnis des Arbeitnehmers, sich dem durch betriebliche Regelungen ausgeformten Weisungsrecht des Arbeitgebers zu unterwerfen. Hieraus ergibt sich wiederum, dass die „vermittelte“ privatautonome Legitimation gegenständlich nur soweit reicht, wie das Direktionsrecht des Arbeitgebers.
    - b) Die „legitimatorische Parzellierung“ der Betriebsverfassung ist der entscheidende Anknüpfungspunkt, um sich der Frage nach der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte anzunähern. Zu beachten ist – und hier stößt der pauschale Verweis auf den arbeitnehmerschützenden Charakter der Mitbestimmungsrechte an seine Grenzen –, dass eine Erweiterung der Mitbestimmung sich nicht zwingend zum Vorteil des einzelnen Arbeitnehmers auswirken muss. Es liegt in der Natur der Kollektivpartizipation, dass einzelne Partikularinteressen im Zuge der Verifizierung des „Belegschaftsinteresses“ unberücksichtigt bleiben müssen. Soweit der Betriebsrat als Repräsentant des Kollektivs agiert, geht es nicht um Individual- sondern um Kollektivschutz. Das ist wiederum aus Sicht des potentiell „belasteten“ Arbeitnehmers völlig unbedenklich, soweit die etwaige Negativentscheidung durch privatautonome Legitimation gedeckt ist. Fehlt es an einer solchen, ist durch Auslegung des Mitbestimmungstatbestandes als Kompetenznorm zu ermitteln, ob sich die Befugnis des Betriebsrates zur Einwirkung auf die unternehmerische Entscheidung als eine solche zur Verwirklichung des Individual- oder Kollektivinteresses darstellt. Dient der Mitbestimmungstatbestand der Verwirklichung des Kollektivinteresses, ist er grundsätzlich als abschließend zu betrachten. Dies gilt allerdings nicht, soweit die formelle Ausgestaltung des Mitbestimmungsrechtes betroffen ist, spricht nicht dessen materieller Gehalt in Rede steht. Gegen die Erweiterung der Mitbestimmung (primär) individualschützender Mitbestimmungsrechte auch in materieller Hinsicht ist indes nichts einzuwenden.

2. Ob eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag möglich ist, ist im Ausgangspunkt aus der Perspektive der Tarifautonomie zu analysieren.
  - a) Die Möglichkeit der Tarifvertragsparteien zur Schaffung betriebsverfassungsrechtlicher Normen folgt nicht erst aus § 1 TVG als „Ermächtigungsnorm“, sondern unmittelbar aus der verfassungsrechtlich verbürgten Tarifautonomie. Die Tarifautonomie steht jedoch selbst unter dem Vorbehalt entgegenstehender Rechte Dritter und ist nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz mit diesen in Einklang zu bringen.
  - b) Der Gesetzgeber ist befugt, die vorzunehmende Harmonisierung der Rechtsphären durch einfachgesetzliche Regelung typisiert festzuschreiben, soweit er sich hierbei in den Grenzen verfassungsrechtlicher Vorgaben bewegt. Auch wenn der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, indem er die Betriebsverfassung zumindest hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte mit Blick auf die Modifizierung durch Tarifvertrag strikt zwingend ausgestaltet hat, würden hiergegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, da den Tarifvertragsparteien, vermittelt durch die Öffnungsklauseln im BetrVG – noch eine Restmöglichkeit zur Ordnung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen verbliebe – wenn auch nicht im Bereich der Mitbestimmungsrechte. Der Auffassung, die die Betriebsverfassung außerhalb des durch den Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum für „tariffest“ hält, steht also nicht die verfassungsmäßig verbürgte Tarifautonomie schlechthin entgegen. Jedoch darf aus der grundsätzlichen Zulässigkeit einer weitgehenden, d.h. durch Öffnungsklauseln gelockerten, zwingenden Ausgestaltung der Betriebsverfassung nicht umgekehrt darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht hat.
  - c) Aufgrund des gesetzlich statuierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses (grundsätzliche Befugnis zur Ordnung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen; ausnahmsweise Einschränkung) und der bewussten Delegation der Klärung der Streitfrage durch den Gesetzgeber an Rechtsprechung und Wissenschaft sind die Grenzen der tariflichen Disposition über die Mitbestimmungsrechte aus den dem Tarifvertragssystem immanenten Wertungen abzuleiten. Hierzu ist perspektivisch von der „Eingriffsebene“ aus zu denken.
    - aa) Soweit durch die Annahme der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte durch Tarifvertrag ein ungerechtfertigter Eingriff in die unternehmerische Freiheit (Perspektive 1: Arbeitgeber) behauptet wird, überzeugt dies im Ergebnis nicht. Auszugehen ist zunächst davon, dass der Arbeitgeber die mit der Erweiterung der Mitbestimmung einhergehende Einschränkung seiner unternehmerischen Freiheit selbst unmittelbar (Abschluss des Haustarifvertrages) oder mittelbar (Mandatierung der Tarifvertragspartei des Verbandstarifvertrages) herbeigeführt hat. Dass dies ggf. im Zuge von Arbeitskampfmaßnahmen geschehen ist, mag je nach Perspektive praktisch misslich sein. Aus rechtssystematischer Sicht führt der Arbeitskampf aber

nicht zu einer Erosion des Freiwilligkeitsdogmas auf Arbeitgeberseite, sondern stellt gerade die Vertragsparität her.

- bb) Tatsächlich problematisch ist die Erweiterung der Mitbestimmung durch Tarifvertrag jedoch mit Blick auf die nicht gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmer (Perspektive 2: Außenseiter). Dies ist von besonderer Virulenz, da betriebsverfassungsrechtliche Normen – legt man die durchaus kritikwürdige, weite Definition der herrschenden Ansicht zugrunde – zwar formell solche sind, die an betriebsverfassungsrechtliche Regelungsgegenstände anknüpfen, materiell außerhalb der Regelung organisations- und binnenrechtlicher Fragen jedoch tatsächlich Abschluss-, Inhalts-, Beendigungs-, oder auch Betriebsnormen darstellen. Mit Blick auf die Mitbestimmungsrechte divergieren also das formelle Gewand und deren materielle Wirkung; die „Dazwischenschaltung“ des Betriebsrats führt zu einer versteckten Außenseiterwirkung, die zumindest außerhalb der Ordnung betrieblicher Fragen durch eine unmittelbare Regelung im Tarifvertrag nicht herbeigeführt hätte werden können. Die Problematik ist dadurch zu lösen, dass die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien immanent durch die Regelungsbefugnis des dazwischengeschalteten „Instrumentes“, also der Betriebsparteien, zu beschränken ist. Die Erweiterung der Mitbestimmung durch Tarifvertrag folgt in ihren Möglichkeiten und Grenzen also derjenigen durch Vereinbarung der Betriebsparteien, die – entgegen der herrschenden Ansicht – nur in beschränktem Maße über eine entsprechende Befugnis verfügen. Hinsichtlich der „materiellen Betriebsnormen“ geht die Gestaltungsfähigkeit also recht weit, bzgl. „materieller Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen“ ist sie äußerst eingeschränkt.

---

Rechtsanwalt Marco Ferme

Eversheds Sutherland

## **Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG**

---

### **I. Einleitung**

#### **1. Einführung**

#### **2. Erklärung der Bedeutung von Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG**

### **II. Hauptteil**

#### **1. Grundlagen des Betriebsverfassungsgesetzes zu § 3 BetrVG**

- a) Das BetrVG und seine Bedeutung für die Mitbestimmung in Unternehmen

*Das Betriebsverfassungsgesetz ist eine für die Praxis wichtig und wesentliche Säule für die Mitbestimmung in Unternehmen. Gerade auch bei den aktuellen Themen vom Umgang mit Krisen oder notwendigen Veränderungsprozessen wie der Transformation zeigt es sich, wie wichtig eine gut funktionierende Mitbestimmung ist.*

- b) Die Struktur des § 3 BetrVG

- aa) Gesetzliche Ausgangslage bis zur Einführung des § 3 BetrVG n.F.

*Bis zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 konnten nach der alten Fassung des § 3 Abs. 1 durch Tarifvertrag lediglich*

- *zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer bestimmter Beschäftigungsarten oder*
- *Arbeitsbereiche (Arbeitsgruppen) geschaffen werden (Nr. 1)*
- *und die Errichtung einer anderen Vertretung der Arbeitnehmer nur für Betriebe vorgesehen werden, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten entgegenstanden (Nr. 2)*

*Außerdem waren die Tarifvertragsparteien ermächtigt, die Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben abweichend vom Gesetz zu regeln, soweit dadurch die Bildung von Vertretungen der*

*Arbeitnehmer erleichtert wird (Nr. 3). Diese Tarifverträge unterlagen der Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde des Landes bzw. bei Tarifverträgen, deren Geltungsbereich mehrere Länder berühren, der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung bedurften (Abs. 2 aF).*

- bb) Fallgestaltungen nach § 3 BetrVG (tariflich, betrieblich, Gegenstand von Betriebsstrukturvereinbarungen)

*Die Schaffung neuer Betriebsstrukturen obliegt primär den Tarifvertragsparteien.*

- *§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Bildung unternehmenseinheitlicher Betriebsrat oder Zusammenfassung von Betrieben)*
- *§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (Bildung von produkt- oder projektbezogenen Spartenbetriebsräten)*
- *§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Bildung von anderen Arbeitnehmervertretungsstrukturen oder andere Formen der Zusammenarbeit)*
- *§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG (Zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften))*
- *§ 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG (Zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer)*

*Regelungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 BetrVG können bei Tariffreiheit auch durch Betriebsvereinbarung vereinbart werden.*

*Der unternehmenseinheitliche Betriebsrat nach § 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG kann auch bei Tariffreiheit und Betriebsratslosigkeit durch Beschluss der Arbeitnehmer begründet werden.*

- c) Wesentliche Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes zu § 3 BetrVG

*Auswertung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes:*

- *Wann erfüllt eine neue Betriebsstruktur die Anforderung einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer?*
- *Welche Bedeutung kommt dem Kriterium der Ortsnähe zu?*
- *Was ist der Prüfungsmaßstab des Arbeitsgerichtes? Nur Vorher-Nachher-Vergleich oder Abgleich mit theoretisch denkbaren, weiteren Optionen?*
- *Wann ist eine Interessenvertretung wirksam und zweckmäßig? Muss diese besser als die gesetzliche Regelung sein?*
- *Was ist Tariffreiheit iSd. § 3 Abs. 2 BetrVG?*

## 2. Definition und Zweck von Betriebsstrukturvereinbarungen nach § 3 BetrVG

- a) Die "Betriebsstrukturvereinbarung"  
*Anwendungsbeispiele für mögliche Sachverhalte aus Praxis und Rechtsprechung*
- b) Ziele von Betriebsstrukturvereinbarungen  
*Mit Betriebsstrukturvereinbarungen wird das Ziel verfolgt einen Mangel der bisherigen gesetzlichen betrieblichen Mitbestimmung zu beheben und durch eine neue Betriebsstruktur zu ersetzen.*
- c) Bedeutung von Betriebsstrukturvereinbarungen für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretungen  
*Gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG kann eine Betriebsstrukturvereinbarung zur Folge haben, dass ein oder mehrere neue Betriebe entstehen und dies insoweit Einfluss hat sowohl auf die Arbeitnehmervertretungsorgane als auch auf die bestehenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG).*  
*Möglich ist aber auch, dass es nur zusätzliche Gremien bzw. Vertretungen gibt, die die bisherigen betrieblichen Strukturen nicht verändern und auch keine Auswirkungen auf die Amtsträger haben, sondern deren Tätigkeit ergänzen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG).*

## 3. Voraussetzungen für den Abschluss einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG

- a) Materielle Voraussetzungen  
*Wer ist Partei der Betriebsstrukturvereinbarung?*  
*Darstellung der materiellen Voraussetzungen im Detail – je nach Variante*
- b) Formelle Voraussetzungen  
*Ordnungsgemäße Beschlussfassung*  
*Schriftform / Notwendigkeit der Unterzeichnung durch alle Parteien*

## 4. Inhalt einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG

- a) Inhalte und Beispiele einer Betriebsstrukturvereinbarung  
*Darstellung der Inhalte einer Betriebsstrukturvereinbarung am Beispiel einer Betriebsvereinbarung zur Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates.*

b) Gestaltungsspielräume?

*Darstellung von Überlegungen auf Seiten von Arbeitnehmervertretungen/Gewerkschaften/Arbeitgebern zu Varianten von Betriebsstrukturvereinbarungen*

*Die Kommunikationsbeauftragten?*

*Die (richtige) Anzahl an Betriebsratsmitgliedern?*

*Die Ausgestaltung der Betriebsratsarbeit (von Sachmitteln über Freistellung über Bildung von Reisebetriebsräten)*

**5. Rechtsfolgen einer Betriebsstrukturvereinbarung nach § 3 BetrVG**

a) Mitbestimmungsrechtliche Auswirkungen

aa) Auf bestehende Arbeitnehmervertretungen

*Rechtsnachfolge / Folgebetriebsrat*

*Auswirkungen auf die Amtsträger vor Inkrafttreten der neuen Betriebsstrukturvereinbarung*

bb) Auf vorhandene kollektivrechtliche Vereinbarungen

*Zur Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen/Gesamtbetriebsvereinbarungen und Konzernbetriebsvereinbarungen*

cc) Auf Betriebsratswahlen

*Zur zeitlichen Wirksamkeit von Betriebsstrukturvereinbarungen*

b) Umgang mit Anfechtungsverfahren?

*Wann kann angefochten werden und durch wen?*

*Auswirkung von laufenden Anfechtungsverfahren auf die neue Betriebsstruktur*

c) Umgang mit Beschlussverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG?

*Prüfungsmaßstab*

*Rechtsfolge je nach Ausgang des Verfahrens*

**III. Fazit**

**1. Zusammenfassung**

**2. Fazit zur Bedeutung und Wirksamkeit von Betriebsstrukturvereinbarungen**

Tobias Vogt

Bucerius Law School

## **Betriebsteilverselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG**

---

### Gliederung

#### **I. Der heutige § 4 I 1 BetrVG**

#### **II. Gestaltung des § 4 I 1 BetrVG durch die Arbeitgeberseite**

1. Ausgangspunkt: Organisationshoheit des Arbeitgebers
  - a) Institutionalisierte Leitung als Gestaltungsoption
  - b) Gestärkte Organisationshoheit durch Digitalisierung
2. Möglichkeit A: Bewusste Veränderung der institutionalisierten Leitung vor Ort
3. Möglichkeit B: Wegfall der institutionalisierten Leitung im Inland – „Flucht aus dem BetrVG“?
  - a) Betriebsratsfähiger Betriebsteil trotz Hauptbetrieb im Ausland
  - b) Verringerung der inländischen Leitung – „race to the bottom“ absehbar
  - c) Keine Anknüpfung des Betriebsteils an Software als institutionalisierte Leitung
  - d) Keine grundrechtskonforme Auslegung des Betriebsteils i.S.d. § 4 I 1 BetrVG
  - e) Aber: Verstoß der Betriebsteildefinition gegen Art. 2 lit. b. RL 2002/14/EG
4. Ergebnis – drei Thesen

### **III. Gestaltung des § 4 I BetrVG durch die Arbeitnehmerseite**

1. Ausgangspunkt: Gesetzgeberisch gewollter beschränkter Handlungsspielraum
2. Möglichkeit A: Der Zuordnungsbeschluss (§ 4 I 2 BetrVG)
3. Möglichkeit B: Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands?
4. Ergebnis – drei Thesen

### **IV. Gemeinsame Gestaltung des § 4 I BetrVG**

1. Absprachen – mit wem?
2. Auswirkungen von Absprachen über Abweichung von § 4 I 1 BetrVG
3. Ergebnis – drei Thesen

### **V. Ausblick**

1. Abweichende Auslegung des Betriebsteils (§ 4 I 1 BetrVG) de lege lata?
2. Reform des § 4 I BetrVG de lege ferenda?
3. Ergebnis – drei Thesen

### **V. Fazit**

## Thesen

1. Die Organisationshoheit des Arbeitgebers begründet seinen großen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Betriebsteilverselbstständigung (§ 4 I BetrVG).
2. Zentraler Anknüpfungspunkt für den Arbeitgeber ist die vom BAG geforderte institutionalisierte Leitung.
3. Die „Flucht aus dem BetrVG“ durch Verlagerung sämtlicher Leitung in das Ausland scheidet im Regelfall an der unionsrechtskonformen Auslegung des § 4 I 1 BetrVG anhand von Art. 2 lit. b. RL/2002/14/EG.
4. Die Abgrenzung des Betriebsteils (§ 4 I 1 BetrVG) steht der Arbeitnehmerseite mangels Organisationshoheit nicht zu.
5. Das primäre Werkzeug der Betriebsteilgestaltung für die Arbeitnehmerseite ist der Zuordnungsbeschluss des § 4 I 2 BetrVG, welcher – soweit ersichtlich – selten genutzt wird.
6. Der Wahlvorstand hat keinen Beurteilungsspielraum für die Betriebs(teil)-abgrenzung.
7. Bei Absprachen über die Betriebsteilabgrenzung ist es zur Erhöhung der Rechtssicherheit (Zwei-Wochen-Frist, ex nunc) für die Praxis wichtig, dass die Wahl lediglich anfechtbar ist.
8. Je nach betrieblicher Ausgangslage unterscheidet sich der potenzielle Ansprechpartner für den Arbeitgeber.
9. Nicht die bloße Existenz einer Absprache, sondern der Grad der Abweichung von der betriebsratsfähigen Einheit muss für die Nichtigkeit der Betriebsratswahl entscheidend sein.
10. Die Betriebsteildefinition des § 4 I 1 BetrVG wird – gerade angesichts der Digitalisierung – zu wenig hinterfragt.
11. Die herrschende Definition des Betriebsteils i.S.d. § 4 I 1 BetrVG ist überholt.
12. *De lege ferenda* bietet sich eine Reform des § 4 BetrVG statt des § 1 BetrVG an, wobei ein Abspaltungsbeschluss sowie eine gestärkte Belegschaftsautonomie denkbar sind.