

Volker Rieble<sup>\*)</sup>

## Die Betriebsverfassungsgesetz-Novelle 2001 in ordnungspolitischer Sicht

*Der Referentenentwurf zur geplanten Novelle des Betriebsverfassungsgesetzes ist unlängst bekannt geworden. Mit der Verabschiedung eines Regierungsentwurfes ist im Februar zu rechnen. Der Autor unterzieht den Referentenentwurf einer kritischen Analyse. Neben Einwänden zu Detailregelungen konzentriert sich die Kritik auf den ordnungspolitischen „Systemwechsel“, den eine Umsetzung des Gesetzesvorhabens mit sich bringen würde, was gleichzeitig zu Friktionen mit bisher nicht in Frage gestellten Rechtsstrukturen führen müsste. Der Beitrag versteht sich als Anstoß für eine tief greifende Diskussion über das Reformvorhaben.*

### I. Entwicklung und Stand der Novelle

#### 1. Stand

Die wichtigsten Stationen der Betriebsverfassung lauten: Räteartikel 165 der Weimarer Reichsverfassung, Betriebsrätegesetz 1920, Betriebsverfassungsgesetz 1952, dann die letzte große Reform 1972 mit erheblicher Ausweitung der Mitbestimmung. Auch das Betriebsverfassungsgesetz 1972 wurde bereits vorsichtig reformiert: 1988 wurde zuerst die Jugendvertretung zur Jugend- und Auszubildendenvertretung erhoben;<sup>1)</sup> sodann mit der eigentlichen Novelle<sup>2)</sup> eine eigene Interessenvertretung für die leitenden Angestellten (SprecherausschussG) errichtet, der Minderheitenschutz verstärkt, eine wenig bedeutsame Mitbestimmungsintensivierung nach § 90 bei neuen Techniken, die Amtszeitverlängerung des Betriebsrates, sowie eine Regelung der Einigungsstellenkosten, die bis heute nicht umgesetzt ist, weil der Bundesarbeitsminister die vom Gesetzgeber geforderte Verordnung nicht erlassen hat.

Das Umwandlungsgesetz hat 1994 für das Betriebsverfassungsgesetz nur wenige, eher redaktionelle Änderungen gebracht. Seine arbeitsrechtlichen Regelungen – die gerade auch für die Betriebsverfassung bedeutsam sind – blieben dagegen im Umwandlungsgesetz selbst und sind beschränkt auf Umwand-

lungsfolgen in der Betriebsverfassung. Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996<sup>3)</sup> hat schließlich die von Arbeitgeberseite oft geforderte Befristung des Interessenausgleiches in § 113 Abs. 3 Satz 2 und 3 eingeführt – freilich in einem etwas überrumpelnden Gesetzgebungsverfahren.<sup>4)</sup> Unmittelbar nach dem Regierungswechsel hat das so genannte Korrekturgesetz den Interessenausgleich wieder entfristet.<sup>5)</sup>

Die jetzige Novelle wurde umfassend durch die „Kommission Mitbestimmung“ der Bertelsmann-Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung vorbereitet. Deren Abschlussbericht von 1998 ist durchweg mitbestimmungsfreundlich. Als mögliches Gegeninteresse wird nur die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft gesehen; insofern hat die Kommission die Mitbestimmung gar zum Standortvorteil erklärt.<sup>6)</sup>

Einwände gegen überbordende Mitbestimmung fanden dort – plangemäß – kein Gehör, weder was die Berücksichtigung von Individualinteressen auf Arbeitnehmerseite betrifft noch was die Auswirkungen auf die Unternehmerfreiheit namentlich in solchen Branchen betrifft, die auf Marktentwicklungen sehr schnell reagieren müssen. Die Kommission hat sich vielmehr zu einem umfassenden Nützlichkeitsurteil der betrieblichen Mitbestimmung durchgerungen und dann ebenso paternalistisch wie interventionistisch gemeint, was so nützlich sei, dürfe auch vorgeschrieben werden.

1) Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen in Betrieben v. 13. 7. 1988, BGBl I, 1034.

2) Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten und zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung v. 20. 12. 1988, BGBl I, 2312; hierzu *Wlotzke*, DB 1989, 111, 173.

3) Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) v. 25. 9. 1996, BGBl I, 1476, 1478.

4) *Löwisch*, NZA 1996, 1009, 1016.

5) Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v. 19. 12. 1998, BGBl I, 3843, 3850.

6) Hierzu insbes. *Streck*, in: *Jahrbuch für Arbeitsrecht* 36, 1999, S. 21; *ders.*, in: *Küttner/Schliemann*, RWS-Forum Arbeitsrecht 1999, 2000, S. 37 ff. Dabei darf und soll nicht vergessen werden, dass es bereits eine Mitbestimmungskommission unter dem Vorsitz von *Biedenkopf* gegeben hat, die zu den Mitbestimmungsgrundlagen Stellung genommen hat (BT-Drucks. VI/334).

*\*) Dr. iur., Universitätsprofessor in Mannheim. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 6. 12. 2000 für das Walter-Eucken-Institut, Freiburg i. Br., gehalten hat.*

Im Koalitionsvertrag der rot-grünen Koalition vom 20. Oktober 1998 ist ein Bekenntnis zur Mitbestimmung und zu einer „grundlegenden Novelle des Betriebsverfassungsgesetzes“ mit den Stichworten „Betriebsbegriff, Arbeitnehmerbegriff, Telearbeit, Vereinfachung des Wahlverfahrens“ enthalten – unter der Hauptüberschrift „Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und Stärkung der Wirtschaft“.<sup>7)</sup>

Gleichfalls 1998 hat der DGB einen umfassenden Reformvorschlag für eine neue Betriebsverfassung gemacht,<sup>8)</sup> der auf eine systemverändernde Ausweitung der Mitbestimmung in allen Bereichen, vor allem aber in wirtschaftlichen Angelegenheiten zielte. In die jetzige Novelle haben nur einige wenige Punkte aus den DGB-Vorschlägen Eingang gefunden. Insofern erweist sich das DGB-Konzept eher als strategisches Element, als „Denkmodell“: Die Arbeitgeber sollten froh sein, dass jenes Schreckensbild möglicher Mitbestimmungsausweitung nicht Realität wird, und den jetzigen Entwurf schon als „zurückhaltend“ bewerten.

Das laufende Gesetzgebungsvorhaben ist durch „Zehn Eckpunkte“ strukturiert, die der Novelle Inhalte und Ziel vorgeben. Sie entstammen aus der Mitte des Bundestages, vom SPD-Abgeordneten *Klaus Brandner*. Das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung hat diese „weiterbearbeitet“ und – in zwei Versionen – verfeinert.

Der Referentenentwurf, mehrfach angekündigt und immer wieder ausgeblieben, ist am Nikolaustag 2000 aus dem Bundesarbeitsministerium den anderen Ministerien zur Abstimmung des Kabinettsentwurfes (§§ 15, 28 GO BReg) übermittelt worden. Wie der Presse zu entnehmen ist, drängt das Frauenministerium auf eine Intensivierung der „betrieblichen Frauenförderung“.<sup>9)</sup>

Der Zeitrahmen für die Gesetzgebung ist recht eng: Die Reform soll zur nächsten ordentlichen Betriebsratswahl 2002 in Kraft sein, was wegen der Reform des Wahlverfahrens einerseits und der möglichen Flexibilisierung der Organisation andererseits zusätzlich einen gewissen zeitlichen Abstand gebietet. An sich müsste mit Blick auf den Wahlzeitpunkt vom 1. März bis 31. Mai 2002 die Reform bis zum Herbst 2001 unter Dach und Fach sein. Wenn dieser Zeitplan nicht zu halten ist, weil (hoffentlich) unter Verzicht auf die neuerlich übliche Hau-Ruck-Gesetzgebung eine Sachdiskussion geführt wird, ließe sich noch an eine Verschiebung der ordentlichen Betriebsratswahlen denken: So ist auch schon 1970 die Amtszeit der amtierenden Betriebsräte um 16 Monate verlängert worden,<sup>10)</sup> was man unter demokratischen Aspekten kritisieren kann. So viel Zeit steht wahltaktisch nicht zur Verfügung: Denn die Koalition möchte mit dieser demonstrierten Arbeitnehmerfreundlichkeit in den Bundestagswahlkampf 2002 ziehen.

## 2. Grund und Grenzen einer Reform

Über das Ob einer betrieblichen Mitbestimmung gibt es keinen Streit. Schon *Walter Eucken* hat in einem kurzen Abschnitt über die Betriebsverfassung in seinen Grundsätzen der Wirtschaftspolitik nicht nur betont, dass die Wettbewerbswirtschaft eine Mitwirkung der Arbeiter von unten her – anders als die Zentralverwaltungswirtschaft – als systemkonform ver-

trage, sondern sich für eine Interessenvertretung durch Mitbestimmung in der Betriebsverfassung ausgesprochen.<sup>11)</sup>

*Walter Eucken* hat dann aber die Frage gestellt, die vielen heute aus dem Blick geraten ist: die Fragen nach der „Grenze der möglichen Einflussnahme der Arbeiter oder der Betriebsräte“, die sich aus der wirtschaftlichen Gesamtverfassung ergibt, also die Wechselbezüge zur Wirtschaftsordnung, aber gerade auch der Arbeitsmarktordnung.

Der Gesetzgeber darf Gesetze ändern; er kann das mit guten oder schlechten Gründen tun. Für das Betriebsverfassungsrecht wird durchaus bestritten, dass es überhaupt einer Reform bedarf. Gegner betonen nicht zu Unrecht, dass sich das Betriebsverfassungsgesetz bewährt hat, die betriebliche Mitbestimmung also im Großen und Ganzen funktioniert. Insofern ließe sich der für das Richterrecht berühmte Satz, man möge eine gewachsene Rechtsprechung nur aus triftigen Gründen ändern<sup>12)</sup>, auch in eine Gesetzgebungslehre übernehmen. Der derzeitige Gesetzgeber hat bislang keine Spitzenleistungen erbracht.<sup>13)</sup> Arbeitsrechtlich werden nur Berater und Seminarveranstalter die Regelungen zur Scheinselbstständigkeit in guter Erinnerung behalten. Alle anderen erinnern sich an große Rechtsverwirrung, erhebliche Kosten und an das Ergebnis: außer Spesen nichts gewesen.

Rechtliche Gründe für eine Betriebsverfassungsnovelle gibt es kaum. Die Neufassung der EU-Betriebsübergangsrichtlinie fordert eine Ausdehnung des Betriebsrats-Übergangsmandates nach dem Umwandlungsgesetz auch auf die Fälle des schlichten Teilbetriebsüberganges, damit dieser keine betriebsratslosen Zeiten auslöst: Indessen hat sich das Bundesarbeitsgericht in vorgreiflicher Richtlinienumsetzung vor Fristablauf bereits für eine entsprechende umfassende Analogie ausgesprochen.<sup>14)</sup>

Verfassungsrechtlich ist geltend gemacht worden, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, wonach die Herausnahme von *Kleinbetrieben* aus dem Kündigungsschutz

7) „Die neue Bundesregierung wird die Mitbestimmung am Arbeitsplatz sowie in Betrieb und Verwaltung im Interesse der Beteiligung und Motivation der Beschäftigten stärken und an die Veränderungen in der Arbeitswelt anpassen. Vorrangig ist dazu eine grundlegende Novelle des Betriebsverfassungsgesetzes (Betriebsbegriff, Arbeitnehmerbegriff, Telearbeit, Vereinfachung des Wahlverfahrens). Dazu kommen muss die Sicherung und Weiterentwicklung der qualifizierten Mitbestimmung in den Unternehmen und in Europa (Europäische Betriebsräte, Europäische Aktiengesellschaft)“.

8) DGB (Hrsg.), Novellierungsvorschläge des DGB zum Betriebsverfassungsgesetz 1972; die DAG zog 1999 nach: DAG-Vorschlag zur Novellierung des BetrVG; zum DGB-Vorschlag *Richardi*, NZA 2000, 161.

9) Gebot einer „Ist-Analyse“ der Situation der weiblichen Beschäftigten im Betrieb und von Betriebsrat und Arbeitgeber zu vereinbarenden Frauenförderplan (FAZ v. 2.11.2000, S.17). Dabei ist unklar, ob diese vom Bundeswirtschaftsministerium verkündete, aber im Frauenministerium ressortierte Initiative noch Eingang in das laufende Gesetzgebungsverfahren erhalten soll. Denn dort ist die Frauenförderung als Eckpunkt 8 bereits genannt. Völlig offen ist auch noch, welche Sanktionen den Arbeitgeber treffen sollen.

10) Gesetz über die Verlängerung der Amtszeit der Betriebsräte v. 16. 12. 1970, BGBl 1970 I, 1718.

11) *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., 1990, S. 320.

12) So BGHZ 85, 64, 66; ferner BGHZ 87, 150, 155 f. = ZIP 1983, 834. Zum Ganzen auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 252 ff.

13) Da schon die Schuldrechtsreform das „intellektuell anspruchsvollste rechtspolitische Projekt“ der Legislaturperiode sein soll (dazu *Jakobs*, JZ 2001, 27), bleibt für die Betriebsverfassung wenig zu erhoffen.

14) BAG DB 2000, 2482.

nur als Herausnahme von Kleinunternehmen zu rechtfertigen ist,<sup>15)</sup> weil nur deren geringere Belastbarkeit arbeitsrechtliche Privilegien rechtfertigt, auf die größenabhängigen Mitbestimmungsrechte des Betriebsverfassungsgesetzes zu übertragen sei. Aus betriebsbezogenen müssten also unternehmensbezogene Schwellenwerte gemacht werden. Dabei geht es vor allem um die Mitbestimmung bei Betriebsänderungen nach §§ 111 f. BetrVG, aber auch um personelle Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG. Namentlich der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichtes hat sich für eine entsprechende Anpassung ausgesprochen.<sup>16)</sup> Allerdings hat Löwisch so eindringlich wie überzeugend nachgewiesen, dass es dem Betriebsverfassungsgesetz bei seiner Kleinbetriebsschonung eben nicht um die wirtschaftliche Belastbarkeit des Unternehmens, sondern um die Berücksichtigung kleinerer Organisationseinheiten geht.<sup>17)</sup> Das Betriebsverfassungsgesetz ist – vom Wirtschaftsausschuss einmal abgesehen – keine Regelung der Unternehmensverfassung.

So bleibt als zentrales Argument für eine Reform der Betriebsverfassung deren „Erosion“: Immer weniger Betriebe haben einen Betriebsrat; immer mehr Belegschaften verzichten auf dessen Wahl, machen also von dem Recht Gebrauch, eine soziale Wohltat nicht in Anspruch zu nehmen. 1981 wurden 50,6% der Beschäftigten von einem Betriebsrat vertreten, 1994 nurmehr 39,5%.<sup>18)</sup> Eine Umfrage aus einem DFG-Forschungsprojekt ergibt für 2000 eine Betriebsratsquote von 18%.<sup>19)</sup> Augenscheinlich ist das in der „new economy“: Nur 9 von 50 Nemax-Unternehmen haben einen Betriebsrat.

Die Kommission Mitbestimmung meint dazu in ihrem Abschlussbericht: „Der Zugang der Arbeitnehmer zu einer funktionierenden Vertretung ihrer Interessen am Arbeitsplatz und zu den Vorzügen einer kooperativen Unternehmenskultur darf nicht allein dem Zufall oder den Marktkräften überlassen bleiben; an ihm besteht vielmehr ein legitimes, zielführendes Interventionsrecht rechtfertigendes öffentliches Interesse.“<sup>20)</sup>

Das ist kaum nachvollziehbarer Paternalismus: Dem Zufall oder den Marktkräften ist die Wahl eines Betriebsrats ohnehin nicht unterworfen. Das entscheiden allein die Beschäftigten, die die Wahl durch Berufung eines Wahlvorstandes einleiten. Der Staat hat grundsätzlich nicht die Aufgabe, diese Entscheidung für die Arbeitnehmer zu treffen; seine Aufgabe ist es nur, ein funktionierendes, für beide Seiten attraktives System bereitzustellen. Dementsprechend hätte eine empirische Untersuchung vorab klären müssen, ob nicht etwa die Wandlungen der Beschäftigung (Stichwort: Verselbstständigung der Arbeitnehmer) das Schutzbedürfnis oder das Schutzinteresse der Betroffenen verändern.

Je mehr Arbeitnehmer ihr Arbeitsleben selbst gestalten, also zum eigenständigen Verwerter der eigenen Arbeitskraft werden, desto weniger müssen sie vor dem Arbeitgeber und dessen Einfluss geschützt werden. Die Gefahrenlage ändert sich: An die Stelle der Fremdausbeutung tritt die Selbstausbeutung. Nur: Ist es Aufgabe der Betriebsverfassung, Arbeitnehmer vor sich selbst zu schützen? Darauf geben weder Mitbestimmungskommission noch DGB eine Antwort.<sup>21)</sup>

Ich möchte das verneinen: Eine Belegschaft muss auch das Recht haben, keinen Betriebsrat zu wählen („negative Freiheit zur Mitbestimmung“).<sup>22)</sup> Andernfalls mutiert das Betriebsverfassungsgesetz vom Arbeitnehmerschutzgesetz zur Zwangsbeglückung im zufällig verfassten Betrieb. Die in diesem Kontext oft gehörte Beschwerde, der Arbeitgeber verhindere durch Druck auf die Belegschaft die Wahl des Betriebsrats,<sup>23)</sup> rechtfertigt keinen entgegengesetzten Zwang zum Betriebsrat. Vielmehr muss ergründet werden, ob und gegebenenfalls weshalb die Sanktionen gegen solche Arbeitgeber unzureichend sind.

Der Referentenentwurf hingegen sieht solche Zwangsbeglückung vor. Konzernbetriebsrat und Gesamtbetriebsrat sollen befugt sein, in betriebsratslosen Betrieben eine Betriebsratswahl durchzuführen, also den Wahlvorstand zu bestellen (§ 16 Abs. 3 RefE) – und das, obschon weder Gesamtbetriebsrat noch Konzernbetriebsrat von der Belegschaft eines betriebsratslosen Betriebes in irgendeiner Form legitimiert sind. Die Begründung zum Referentenentwurf nennt das „Mentorenprinzip“;<sup>24)</sup> augenscheinlicher kann man Paternalismus nicht offenbaren.

Auf die Spitze getrieben heißt das: Wenn zwei von zwanzig Betrieben einen Betriebsrat haben, so kann der Gesamtbetriebsrat in allen anderen Betrieben eine Wahl gegen den Willen der dortigen Arbeitnehmer veranstalten. Wenn ein Unternehmen ein „erfolgreich“ betriebsratsloses Unternehmen erwirbt, muss von vornherein einkalkuliert werden, dass der obligatorische Konzernbetriebsrat der „hinzuverworbenen“ Konzernbelegschaft eine Betriebsratswahl „verordnet“. Kollektivistische Fremdbestimmung wird zum Programm.

Und mehr noch: Für den Gesamt- und Konzernbetriebsrat ist die Situation noch komfortabler. Sie brauchen die Ignoranten in den betriebsratslosen Betrieben gar nicht erst auf Kurs zu bringen; sie können unmittelbar soziale Vormundschaft ausüben: Der Referentenentwurf (§ 50 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) sieht in Übereinstimmung mit § 50 Abs. 3 des DGB-Entwurfes eine Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates für betriebsratslose Betriebe vor (ebenso § 58 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 für den Konzernbetriebsrat).

Das heißt erstens: Gesamtbetriebsvereinbarungen (in betriebsübergreifenden Angelegenheiten) und entsprechend Konzernbetriebsvereinbarungen gelten für Arbeitnehmer, die schlecht-

15) BVerfGE 97, 169 = ZIP 1998, 705 = AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 17, dazu EWiR 1998, 509 (Ebrich).

16) BAG ZIP 1999, 1898 = AP Nr. 47 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. Hess = EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 37 mit Anm. Jacobs = SAE 2000, 169 mit Anm. Löwisch, dazu EWiR 2000, 113 (H. Otto).

17) Löwisch, SAE 2000, 175.

18) Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 51; Begr. RefE, S. 2.

19) Franz u. a., Flexibilisierung der Arbeitsentgelte und Beschäftigungseffekte, ZEW-Dokumentation Nr. 00-09, 2000.

20) Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 9.

21) Allgemein Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; Löwisch, ZfA 1996, 293; v. Münch, in: Festschrift Hans Peter Ipsen, 1977, S. 113; Wiese, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 3.

22) Jetzt BAG, Beschl. v. 6. 12. 2000 – 7 ABR 34/99, Pressemitteilung Nr. 83/00 der BAG.

23) Etwa DGB-Entwurf, Begr. zu § 14a, S. 20.

24) Begr. RefE, S. 12.

hin gar keine Legitimation erteilt haben. Zweitens: Auch Mitbestimmungsrechte können in betriebsratslosen Einheiten so vom Gesamtbetriebsrat – selbstverständlich im Rahmen seiner Zuständigkeit – wahrgenommen werden.

Das ist nicht zu rechtfertigen. Völlig zutreffend hat vielmehr das Bundesarbeitsgericht jegliche Zuständigkeit von Gesamt- und Konzernbetriebsräten in betriebsratslosen Einheiten als legitimationslos abgelehnt.<sup>25)</sup> Die schon zum jetzigen Betriebsverfassungsgesetz vertretene Gegenauffassung<sup>26)</sup> soll nunmehr durch eine Ergänzung des § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG Gesetz werden.<sup>27)</sup> Der Referentenentwurf stellt so die regulatorische Bequemlichkeit – möglichst unternehmenseinheitliche Geltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen – und den Wunsch nach kollektiver Herrschaft über die Achtung des Individuums und seinen Schutz vor Fremdbestimmung.

Die überkommene Betriebsverfassung überantwortet die Initiativlast zur Errichtung des Betriebsrats mit gutem Grund der Belegschaft.<sup>28)</sup> Diese kann und muss – notfalls über eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft – selbst zeigen, dass sie den Schutz durch einen von ihr legitimierten Betriebsrat will. Damit ist als notwendige Kehrseite das Recht jeder Belegschaft verbunden, auf den Schutz durch einen Betriebsrat zu verzichten – so wie die nahezu 9 000 Köpfe zählende Belegschaft der SAP AG in Walldorf, die ganz ohne Betriebsrat und auch ohne Tarifvertrag zurechtkommt.

Dass so – wie das Beispiel zeigt – eine Minderheit über eine Mehrheit herrschen kann, ist freilich betriebsverfassungstypisch: Auch wenn nur eine Minderheit von 10% der Arbeitnehmer überhaupt an einer Betriebsratswahl teilnimmt, kann sie doch einen gegenüber der Mehrheit handlungsfähigen Betriebsrat installieren. Damit also eine Belegschaft ihr „Recht auf keinen Betriebsrat“ effektiv machen kann, muss sie nahezu einstimmig entscheiden.

Im Sinne möglichst plausibler Legitimation der Mitbestimmung durch die Beschäftigten – zu deren Schutz, nicht zu deren Bevormundung der Betriebsrat gedacht ist – liegt es umgekehrt, irgendeine qualifizierte Form der Mandatierung durch die Belegschaft zu verlangen, sei es per „Urabstimmung“, sei es per Mindestwahlbeteiligung. Diese Entscheidung muss zwar wegen des Arbeitnehmerschutzprinzips nicht notwendig mehrheitlich erfolgen; eine qualifizierte Minderheit, etwa von 25% der Arbeitnehmer, sollte es aber durchaus sein.<sup>29)</sup> Nur so lässt sich auch dem Missbrauch des „Hau-Ruck-Wahlverfahrens“ in § 14a RefE begegnen.<sup>30)</sup>

Wie wenig die „Erosion“ als Reformargument taugt, kann man an der Erosion der Gewerkschaften und des Tarifvertrags ersehen: Dass Arbeitnehmer jener verfassungsrechtlich vorrangigen, weil durchweg autonom legitimierten Form kollektiver Interessenvertretung immer geringeres Interesse entgegenbringen, darf schon wegen der (auch negativen) Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG nicht heißen: Das öffentliche Interesse verlangt nach legitimen, zielführenden Interventionen. So wie es dort Aufgabe der Gewerkschaften ist, verloren gegangene Attraktivität wiederzugewinnen, so müsste es hier Aufgabe der Betriebsräte sein, Mitbestimmung für Arbeitnehmer attraktiv zu gestalten.

Wenn die Mitbestimmung wirklich attraktiv ist und für die Unternehmen ein Standortvorteil, dann müssen die Arbeitgeber, aber mehr noch die Belegschaften überzeugt werden. Dazu gehört auch, dass man die Mitbestimmung attraktiv macht. Eine Reform des Betriebsverfassungsgesetzes darf deshalb nicht als „sozialer Fortschritt“ einseitig nur die Macht und Einsatzkraft der Betriebsräte steigern, sondern muss – wie die Betriebsverfassung selbst – dem Wohl der Belegschaft und des Betriebes (§ 2 Abs. 1 BetrVG) dienen. Jede Politik, die einseitig darauf setzt, die kollektive Herrschaft von Betriebsräten zu verstärken, bringt den Arbeitnehmer vom Regen in die Traufe: Anstatt dem übermächtigen Arbeitgeber ist er nunmehr dem übermächtigen Betriebsrat ausgeliefert. Nur: vor diesem wird er nicht effektiv geschützt;<sup>31)</sup> selbst der normativen Wirkung einer Betriebsvereinbarung kann sich der einzelne Arbeitnehmer nicht immer wirksam über das Günstigkeitsprinzip entziehen.<sup>32)</sup>

Aufgabe des Staates, der – wie die Eckpunkte programmatisch bekennen – die „Wirklichkeit einfangen“ will, kann es insofern nur sein, den Betriebsrat als vom Staat vorgesehenen Sachwalter privater Arbeitnehmerinteressen mit einer ebenso angemessenen wie vernünftigen rechtlichen Ausstattung gegenüber dem Arbeitgeber zu versehen. Insofern kann der Kommission Mitbestimmung durchweg zugestimmt werden: Mitbestimmung muss dem „Leitbild einer kooperativen, dezentralisierten, beteiligungsorientierten und informationsintensiven Unternehmenskultur“ folgen.<sup>33)</sup>

25) BAG AP Nr. 5 zu § 50 BetrVG 1972 = EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 9 = NJW 1984, 2966; ebenso Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 5. Aufl., 1997, § 50 Rz. 8; Kreutz, in: GK-BetrVG, 6. Aufl., 1997, § 50 Rz. 41 ff.; anders (aber in Ansehung des unternehmensbezogenen Informationsrechts des Wirtschaftsausschusses) BAG ZIP 1995, 1615 = AP Nr. 12 zu § 106 BetrVG 1972 = EzA § 106 BetrVG 1972 Nr. 18 = NZA 1996, 55, dazu EWiR 1995, 1053 (Wank); nur mit den Besonderheiten des entschiedenen Falles erklärbar ist BAG ZIP 1999, 1898 = AP Nr. 47 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. Hess = EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 37 mit Anm. Jacobs = SAE 2000, 169 mit Anm. Löwisch.

26) So etwa Fitting/Kaiser/Heiber/Engels, BetrVG, 20. Aufl., 2000, § 50 Rz. 12; Richardi, BetrVG, 7. Aufl., 1998, § 50 Rz. 35; jeweils m. w. N.

27) Dies alles steht bezeichnenderweise unter der Eckpunkte-Überschrift „Modernisierung der Arbeitsbedingungen des Betriebsrates“, übernommen in der Begr. RefE, S. 13.

28) Siehe Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 451.

29) Freilich dient die Betriebsverfassung auch dem Ausgleich der Interessen der Arbeitnehmer untereinander, so dass die dem Betriebsrat obliegende Aufgabe eine doppelte ist: Interessenausgleich innerhalb der Belegschaft und Vertretung des als gemeinsam definierten Interesses gegenüber dem Arbeitgeber. Dabei verbietet es der erstere Zweck, allzu strenge Anforderungen an die Legitimationsgrundlage zu stellen. Zu den Zwecken der Betriebsverfassung jüngst wieder BAG AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung = EzA § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung Nr. 2 = SAE 2000, 188 mit Anm. Gutzeit; grundlegend Wiese, ZfA 2000, 117, insbes. 119 ff., in Auseinandersetzung mit Han-Hanau, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, 1994, S. 102 ff., der zwischen der Schutz- und der Ausgleichsfunktion unterscheidet.

30) Das Wahlverfahren kann nämlich so ausgehen, dass ein Spontankandidat sich selbst in der Betriebsversammlung als Wahlvorschlag präsentiert und dann sich selbst wählt. Die Mehrheit, die keinen Betriebsrat will, kann das nur durch Wahl eines anderen verhindern.

31) Siehe nur die BAG-Entscheidung zur fehlenden Zuständigkeit des Datenschutzbeauftragten für Betriebsratsverstöße: BAG AP Nr. 1 zu § 36 BDSG = EzA §§ 36–37 BDSG Nr. 1 = NZA 1998, 385. Die Belegschaft kann freilich den Weg über § 23 Abs. 1 BetrVG suchen.

32) Dazu nur Th. Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, 1994, S. 81; Wiese, in: GK-BetrVG, 6. Aufl., 1998, § 87 Rz. 117.

33) Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 113.

Das Betriebsverfassungsgesetz muss – im Sinne der von *Hanau* auf dem Juristentag 2000 vorgetragenen „Flexurity“<sup>34)</sup> – auf vertragliche Modifikationen setzen, und nicht nur, wie der Entwurf, für den Zuständigkeitsbereich der Betriebsräte (Vereinbarung der Betriebsgrenzen, Sparten- und Filialbetriebsräte, Unternehmensbezogener Betriebsrat), sondern umfassend auch im Hinblick darauf, was die Mitbestimmungsrechte und das Mitbestimmungsverfahren betrifft. Der gewählte Weg hingegen, den Arbeitnehmern mehr Mitbestimmung aufzuzwingen, geht fehl: Mit Interventionismus fängt man die Wirklichkeit nicht ein, sondern läuft ihr davon.

### 3. Regelungsinhalte und Kritik

Aus den programmatischen zehn Eckpunkten, die nahezu „eins-zu-eins“ in den Referentenentwurf übernommen worden sind, lassen sich vier ordnungspolitische Kernfragen destillieren:

- Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats: Vereinbarungslösungen und Legitimationsprobleme,
- unternehmensübergreifender Einzugsbereich der Arbeitnehmervertretung: Vereinbarkeit mit Wettbewerbsordnung einerseits und Gewerkschaftsvorrang andererseits,
- gesellschaftspolitische Aufgaben des Betriebsrats,
- Schutzbedürfnis des Individuums und Selbstbestimmung.

Im Übrigen lässt sich vieles als unzweckmäßig oder unbedacht kritisieren.

Dass insbesondere die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats nachhaltig verbessert, damit aber auch teurer werden, ist nicht notwendig. Dass die sachliche oder personelle Ausstattung der Betriebsräte ungenügend sei, so dass sie ihrem Interessenvertretungsauftrag nicht nachkommen könnten, ist aus der Praxis nicht belegt. Dass etwa die erste Freistellung, also der erste vollamtliche Betriebsrat, künftig schon ab einer Belegschaftsstärke von 200 Arbeitnehmern greifen soll statt wie bisher ab 300, wird nicht etwa damit begründet, dass in Betrieben zwischen 200 und 300 Arbeitnehmern die Mitbestimmungsarbeit intensiver und aufwendiger geworden sei. Als Argument dient, dass die Betriebsgrößen abnehmen und damit die Zahl der freigestellten Betriebsräte insgesamt.

Eher wird man umgekehrt ein Argument aus der grünen Verkehrspolitik hierher übertragen können: So wie jeder Straßenausbau neuen Verkehr anzieht, so wird auch die Vergrößerung der Betriebsratsressourcen zu entsprechender Mehrarbeit führen: Kapazität sucht sich ihre Auslastung (Stichwort „Gschafflhuberei“). Spöttisch kann man anfügen, dass ein etwaiges, die Erforderlichkeitsgrenze übersteigendes Ziel an Freistellung jedenfalls „sinnvoll“ für Gewerkschafts- oder Pararbeit genutzt werden kann.

Dass Betriebsräte künftig moderne Kommunikationsmittel nutzen sollen – Handy, PC und Internet – mag sinnvoll sein.<sup>35)</sup> Ob der Gewinn an betriebsrätlicher Effizienz mit den erwartbaren Kosten in einem vernünftigen Verhältnis steht, interessiert den Gesetzgeber nicht. Dass gerade der Mittelstand von zusätzlichen Mitbestimmungskosten getroffen wird, weil die leistungsfähigeren Großunternehmen ihre Be-

triebsräte bereits überobligationsmäßig gut behandeln, ist für den Gesetzgeber ohne Belang.

All das sind aber keine ordnungspolitischen Fragen.

## II. Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats: Vereinbarungslösungen und Legitimationsprobleme

Während die Koalitionsvereinbarung eine Neuregelung des Betriebsbegriffes gefordert hat, nimmt die Novelle hiervon mit Recht abstand. Für welche Organisationseinheit der Betriebsrat zuständig sein soll, soll künftig vereinbart werden können. Der bisherige Betriebsbegriff bleibt so nur dispositiver Ausgangspunkt.

Der gewählte Grundsatz ist überzeugend. Die betriebliche Mitbestimmung knüpft mit dem Betriebsbegriff bislang an eine für alle Unternehmen gleichartige Organisationsform an, obschon die Arbeitsorganisation in den Unternehmen vielfältige Unterschiede aufweist und auch die mitzubestimmenden Fragen in unterschiedlichen Einheiten unterschiedlich auftreten. Der organisatorische Teil der Betriebsverfassung ist insgesamt zu starr konzipiert; die Öffnungsklausel des § 3 BetrVG hat sich nicht als plausibler Ausweg erwiesen.

Modernere Gesetze sind flexibler: Sie erlauben entweder – wie das Sprecherausschussgesetz – die Wahl zwischen einer Arbeitnehmervertretung auf Betriebs- oder Unternehmensebene oder – wie das Gesetz über Europäische Betriebsräte (dort §§ 17 ff.) – umfassende Vereinbarungslösungen.

Freilich werfen Vereinbarungslösungen ihrerseits erhebliche Probleme auf. Das Hauptproblem ist die Vereinbarungskompetenz auf Arbeitnehmerseite: Soll über die Organisation der Mitbestimmung durch Belegschaftsentscheidung, durch Vereinbarung mit der bisherigen Arbeitnehmervertretung oder durch Tarifvertrag mit der Gewerkschaft entschieden werden?

Die Novelle sieht als Regelungsinstrument in erster Linie den Tarifvertrag und bloß in zweiter Linie die Betriebsvereinbarung vor.

Der Tarifvertrag – der bisher nach § 3 BetrVG das einzige Flexibilisierungsinstrument für die Organisation der Betriebsverfassung ist und künftig nach § 3 RefE jedenfalls vorrangig vor der Betriebsvereinbarung – weist ein erhebliches Legitimationsdefizit auf: Denn so entscheidet die Gewerkschaft, die im Bundesdurchschnitt nur noch knapp unter 30% aller Arbeitnehmer repräsentiert, über die gesamte Belegschaft durch eine betriebsverfassungsrechtliche Tarifnorm i. S. v. § 3 Abs. 2 TVG. Die intensive Diskussion um die Verfassungsgemäßheit dieser Norm<sup>36)</sup> legt zumindest die Suche nach einer besseren Legitimation nahe.

Weiter gehende Legitimation, aber auch konkrete Entscheidungsnähe verbürgt eine Entscheidung durch die im Unter-

34) *Hanau*, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, in: Verhandlungen des 63. DJT, 2000, S. C 13 ff.

35) Vgl. zur Nutzung eines „Mail-Box Systems“ durch den Betriebsrat ablehnend BAG BB 1993, 1515; den Intranet-Zugang hingegen bejahend ArbG Paderborn DB 1998, 678; krit. dazu *Mühlhausen*, NZA 1999, 136.

36) Ausführlich *Wiedemann/Oetker*, TVG, 6. Aufl., 1999, § 3 Rz. 133 ff. m. w. N.

nehmen bestehende Arbeitnehmervertretung. Erstens kennt sie die betrieblichen Umstände der Mitbestimmung am besten; zum anderen repräsentiert sie alle und nicht nur die organisierten Arbeitnehmer. Freilich bestehen auch insofern Zweifel: Wenn nämlich der Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat den Einzugs- bzw. Zuständigkeitsbereich für die Mitbestimmung vereinbaren kann, so wird damit auch der Wahlbezirk für die nächsten Betriebsratswahlen festgelegt. Gerade die erwogenen Sparten- und Filialbetriebsräte können nicht nur im Sinne einer sachgerechteren Mitbestimmung festgelegt werden; dem Betriebsrat ist so auch die Möglichkeit gegeben, sein „Wahlvolk“ zu bestimmen. Im Sinne weitest gehender Legitimation liegt es deshalb näher, alle wesentlichen, die „Verfassung“ des konkreten Betriebes betreffenden Entscheidungen von der Belegschaft entscheiden zu lassen – nach dem Vorbild des Sprecherausschussgesetzes, wo nicht die Vertretung der leitenden Angestellten, sondern diese selbst darüber entscheiden, ob sie betriebliche Sprecherausschüsse wollen oder einen Unternehmenssprecherausschuss. Das kann etwa anlässlich einer Betriebsversammlung geschehen, womöglich gar im Wege elektronischer Abstimmung.

Schließlich muss – was bislang kaum gesehen ist – eine effektive Änderung der einmal getroffenen Entscheidung möglich sein, und zwar im Sinne einer Rückkehr zu der gesetzlichen Mitbestimmungs-Ausgangslage. Der Referentenentwurf hätte für jene organisationsbezogenen Tarifverträge in jedem Fall das bekannte Problem der Nachwirkung betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen angehen müssen.<sup>37)</sup>

### III. Unternehmensübergreifende Organisation des Betriebsrates

#### 1. Grundsätzliche Beschränkung

Die Systemfunktion des Betriebsrats ist grundsätzlich auf das Unternehmen und seine Betriebe als Unterorganisation beschränkt. Wie die unterschiedlichen Arbeitnehmerinteressen innerhalb eines Unternehmens vertreten werden, ist nur eine legitimatorische Frage. Ob aber unternehmensübergreifende Betriebsratsstrukturen geschaffen werden können, ist eine Systemfrage, mit zwei Fragezeichen.<sup>38)</sup>

Nur am Rande sei vermerkt, dass in einem solchen Fall zudem individualarbeitsrechtliche Folgefragen auftreten, vor allem diejenige nach dem Einzugsbereich der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung. Der unternehmensübergreifende Betriebsrat kann in keinem Fall zu einer unternehmensübergreifenden Sozialauswahl führen.<sup>39)</sup>

#### 2. Eingriff in den Wettbewerb

Schon *Walter Eucken* hat mit Recht davor gewarnt, dass im Rahmen der Betriebsverfassung eine „Planverlagerung aus den Betrieben heraus auf überbetriebliche Instanzen erfolgt“.<sup>40)</sup> Insofern hat jede unternehmensübergreifende Mitbestimmung eine wettbewerbsbeschränkende Dimension. Sie ist mit der Wettbewerbsordnung des deutschen und europäischen Wirtschaftsrechts schlechterdings nicht vereinbar: Mitbestim-

mungsstrukturen dürfen nicht zu Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Unternehmen führen.

Das war dem Gesetzgeber vor kurzem noch bekannt: Im Spaltungs- und TreuhandG des Jahres 1991<sup>41)</sup> war im § 13 Abs. 3 für das unternehmensübergreifende Übergangsmandat des Betriebsrats klar gesagt:

„Stehen die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger im Wettbewerb zueinander, so sind in den Fällen der Absätze 1 und 2 die Vorschriften über die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nicht anzuwenden, soweit sie Angelegenheiten betreffen, die den Wettbewerb zwischen diesen Gesellschaften beeinflussen können“.

Dass diese Regelung später nicht in das Umwandlungsgesetz übernommen worden ist, liegt daran, dass die zeitliche Befristung des Übergangsmandates auf sechs Monate ernstliche Wettbewerbsbeschränkungen nicht erlaubt.

Eine dauerhafte unternehmensübersteigende Betriebsratsorganisation ist aber gerade mit Blick auf den Wunsch nach Beschäftigungssicherung darauf angelegt, wettbewerbliche Entscheidungen der beteiligten Unternehmen zu beeinflussen. Auch hier ist die Zielrichtung des Berliner Autorenkollektivs „Arbeitsrecht von links“<sup>42)</sup> dankenswerterweise aufgezeigt: Die Beschränkung der Betriebsräte auf den einzelnen Betrieb wird beklagt, weil das die so dringend erforderliche Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen innerhalb der Branche behindere; eben deshalb müsse neu über Wirtschafts- und Sozialräte nach gedacht werden – „nicht als Quasi-Behörden, sondern als flexible, branchenweite, auch branchenübergreifende Informations- und Koordinationsnetzwerke“. Und für die Kooperation von Betriebsräten verschiedener Unternehmen wird dort ausdrücklich gefordert: „Um Sozialdumping und insbesondere zwischenbetriebliche Lohnkostenkonkurrenz wenn nicht aufzuheben, so doch einzudämmen, ist eine – freiwillige – Kooperation der Betriebsräte der Unternehmen, die in Konkurrenz zueinander stehen, erforderlich. Sie müssen das Recht haben, sich über sämtliche Unternehmensdaten, die das Konkurrenzverhalten der Unternehmen beeinflussen, auszutauschen.“

Ordnungspolitisch wird umgekehrt ein Schuh daraus: Der Wettbewerb hat Vorrang vor der Mitbestimmung, weil nur der Wettbewerb die Freiheit sichert, die vom Arbeitsmarkt ausgehende Vermachtung durch Arbeitnehmerkollektive begrenzen kann. Das Kartellrecht sieht sozialpolitische Erwägungen gerade nicht als ungeschriebenen Freistellungsgrund, nach der GWB-Novelle (§ 7 GWB)<sup>43)</sup> noch weniger als zuvor.<sup>44)</sup>

37) Dazu BAG AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 20; *Wiedemann/Wank* (Fußn. 36), § 4 Rz. 344 m. w. N.

38) Hierzu ebenfalls krit. *Scholz*, in: FAZ v. 28. 11. 2000, S. 16.

39) Dazu nur *Hueck/v. Hoyningen-Huene*, KSchG, 12. Aufl., 1997, § 1 Rz. 435 m. w. N.

40) *Eucken* (Fußn. 11), S. 321.

41) Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG) v. 5. 4. 1991, BGBl I, 854.

42) [www.labournet.de/diskussion/gewerkschaft/vdj-1.html](http://www.labournet.de/diskussion/gewerkschaft/vdj-1.html), unter VII 1 und 2 (abgerufen am 10. 1. 2001); zum Arbeitsrecht von links *Hanau*, RdA 2000, 314.

43) Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26. 8. 1998, BGBl I, 2521 – Neufassung BGBl I, 2547.

44) Siehe nur *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl., 1999, § 7 Rz. 64, § 8 Rz. 59 f., 63; eindringlich auch *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 57 ff.

Eine Betriebsverfassungsnovelle darf den Wettbewerb der Unternehmen nicht beeinträchtigen. Dass das eine ernst gemeinte Gefahr ist, zeigt das historische Beispiel des Ladenschlussstreites um den so genannten Dienstleistungsabend: Nach Freigabe des Donnerstagabend haben Betriebsräte der großen Kaufhäuser in einzelnen Städten – namentlich in Freiburg – verabredet, die Mitbestimmung über die betrieblichen Arbeitszeiten gleichförmig auszuüben und ihre Arbeitgeber so zu einem einheitlichen Marktverhalten zu zwingen.<sup>45)</sup> Damit sollte gezielt verhindert werden, dass der Konkurrenzdruck der Kaufhäuser die jeweiligen Betriebsräte zum Nachgeben zwingt.<sup>46)</sup> Freilich hat diese Idee nicht funktioniert; der Wettbewerbsdruck war größer.

Ganz ähnlich sollen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 RefE (nur durch Tarifvertrag nach Abs. 2) und Nr. 4 (auch durch Betriebsvereinbarung) – einer alten Idee aus dem Gewerkschaftslager entsprechend – arbeitsorganisatorisch verbundene Unternehmen zu betriebsverfassungsrechtlichen Einheiten geschmiedet werden können, wiederum um im Arbeitnehmerinteresse das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen zu steuern<sup>47)</sup> – ob das nun die Händler eines Einkaufszentrums sind oder produktionstechnisch verbundene Unternehmen etwa in der Automobilherstellung.

Dass solche Mitbestimmungsverbände durch Tarifvertrag regelbar sein können (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 RefE: Arbeitsgemeinschaften zur unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit),<sup>48)</sup> lässt befürchten, dass Arbeitgeber nicht nur freiwillig an solcher Mitbestimmung teilnehmen. Sie könnten vielmehr in ein betriebsverfassungsrechtliches Zwangskartell gezwungen werden. Zum Ausschluss der Erkämpfbarkeit solcher Tarifverträge, die für den bisherigen § 3 BetrVG wegen des Erfordernisses behördlicher Genehmigung begründbar ist,<sup>49)</sup> sagt der Entwurf nichts.

Selbst die geplante weitaus schwächere Koordination in einem branchenspezifischen Betriebsratsarbeitskreis – etwa der Gesamtbetriebsräte der Automobil- und Zulieferindustrie – gefährdet durch Verhaltensabstimmung den Wettbewerb.

### 3. Konkurrenzverhältnis zu den Gewerkschaften

Zugleich wird mit jeder unternehmensübersteigenden Betriebsverfassung das mehr oder weniger sorgsam austarierte Gleichgewicht der Arbeitnehmervertretungen, also namentlich das Verhältnis des betrieblichen Rates zur überbetrieblichen Gewerkschaft gestört.

Einzugsbereich und Zuständigkeit von Gewerkschaften und Betriebsräten sind sorgsam abgegrenzt. Während Betriebsräte bislang auf Betrieb und Unternehmen beschränkt waren, müssen Gewerkschaften, jedenfalls nach herrschender Meinung, „überbetrieblich“ – gemeint ist unternehmensübergreifend – organisiert sein. Die Arbeitsteilung zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat ist bislang mit Bedacht austariert: Zentrale Tarifrechte sind der Gewerkschaft vorbehalten, namentlich die Regelung der Entgelte, wie überhaupt des Preis-Leistungs-Verhältnisses, der Arbeitskampf und das Recht, Beiträge zu erheben.

Wer unternehmensübergreifende Betriebsratsorganisationen schafft, sorgt damit für eine größere Konkurrenz zu den Gewerkschaften. Dass Gewerkschaftsvertreter diese Gefahr derzeit nicht sehen, sondern eher auf den Machtzuwachs durch Mitbestimmung setzen, weil den Gewerkschaften der eigene Organisationserfolg fehlt, hat für die rechtliche und politische Bewertung nichts zu besagen. Personalunion macht kurzfristig.

Eine unternehmensübergreifende Stellung von Betriebsräten – sei es durch einen Betriebsrat „organisatorisch verbundener“ Unternehmen, sei es aber auch nur durch die Kooperationsmöglichkeiten der Betriebsräte unterschiedlicher Unternehmen – bringt die Gefahr einer arbeitgeberfinanzierten Ersatzgewerkschaft mit sich. Man braucht sich nur einmal die Koordination in einem branchenspezifischen Betriebsratsarbeitskreis – etwa der Gesamtbetriebsräte der Automobil- und Zulieferindustrie – praktisch vorzustellen: Die Betriebsräte könnten ihre betrieblichen Interessen zu einem branchenbezogenen Arbeitnehmergesamtinteresse zusammenführen. Man stelle sich etwa vor, die IG Metall befürwortete eine Arbeitszeitverkürzung und der Betriebsräte-Arbeitskreis spräche sich dagegen aus, und das auch noch mit dem Argument, sie vertreten schließlich alle Arbeitnehmer, nicht nur die organisierten. Außerdem wüssten sie kraft Betriebsnähe besser Bescheid. So beanspruchte eine letztlich vom Staat installierte und legalisierte überbetriebliche Räteorganisation die Kompetenz zur Arbeitnehmervertretung für sich. Man braucht kein Prophet zu sein, um darin einen möglichen Weg zum österreichischen Kammersystem zu sehen. In Deutschland aber ist das verboten: Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Arbeiterkammer-Entscheidung dem Staat gerade das Recht abgesprochen, den Koalitionen mit öffentlich-rechtlichen Kammern effektive Konkurrenz zu machen.<sup>50)</sup> Art. 9 Abs. 3 GG setzt auf autonome Selbsthilfe in Koalitionen unter freiwilliger Mitgliedschaft und nicht auf Zwangsrepräsentanz durch Betriebsräte, denen man sich durch Austritt nicht entziehen kann und die durch den Wahlakt nur mäßig legitimiert sind.

Nur am Rande sei bemerkt, dass auch die Mitbestimmung über Qualifizierung nach § 97 RefE ein Problem der Gewerkschaftskonkurrenz ist: Bislang sind Fragen des Synallagma (Entgelt, Dauer der Arbeitszeit) mit Recht den Tarifparteien vorbehalten. Qualifizierung ist aber eine geldwerte Leistung des Arbeitgebers, wie die Diskussion um Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten zeigt, die beim Arbeitnehmer einen entsprechenden Humankapitalvorteil erzeugen. Dementsprechend rechnet Qualifizierung zum Primat des Tarifvertrages. Dass entsprechende Tarifforderungen der Gewerkschaft

45) So der Betriebsräte-„Arbeitskreis“ in Freiburg; dazu auch *Windbichler*, ZfA 1991, 35, 41.

46) Allerdings sind die Grenzen des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vor dem Hintergrund der Unternehmerfreiheit zweifelhaft; vgl. die „Ladenschlussentscheidung“ des BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 13.

47) Etwa *Däubler*, in: Bieback/Zechlin (Hrsg.), Ende des Arbeitskampfes?, 1989, S. 101.

48) Siehe schon *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., 1993, Rz. 1085.

49) Allgemein zur Frage der Erkämpfbarkeit *Otto*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2000, § 285 Rz. 12 ff.

50) BVerfGE 38, 281, 303 f. = AP Nr. 23 zu Art. 9 GG.

ten, vor allem der IG Metall, in der Vergangenheit erfolglos waren, rechtfertigt keine Staatshilfe via Betriebsverfassungsgesetz.

#### 4. Rechtfertigung durch bestehende überbetriebliche Mitbestimmungsstrukturen

Beides lässt sich nicht etwa damit rechtfertigen, dass das geltende Betriebsverfassungsrecht mit dem Konzernbetriebsrat und dem Betriebsrat im gemeinsamen Betrieb zweier Unternehmen bereits unternehmensübergreifende Mitbestimmungsstrukturen kennt. Denn das sind bereits Ausnahmen, die zudem dadurch begrenzt werden, dass der Betriebsrat seine unternehmensübergreifenden Befugnisse den vom Arbeitgeber einseitig geschaffenen Macht- und Leitungsstrukturen verdankt. Die Neuregelung will aber Betriebsrat und Gewerkschaft gerade in den Stand versetzen, solche unternehmensübergreifenden Strukturen zu verhandeln und zu beeinflussen. Auch das ist ein Zugriff auf die Unternehmerfreiheit – hier die Organisationsfreiheit.

Im Gegenteil ist namentlich der konzerninterne Wettbewerb – den das Kartellrecht vor autonomen Wettbewerbsbeschränkungen gerade schützt<sup>51)</sup> – vor dem Zugriff des Konzernbetriebsrats zu schützen. Selbst der konzerninterne Standortwettbewerb darf durch eine Arbeitnehmervertretung nicht unterbunden werden. Auch insofern handelt es sich um Wettbewerb, der unter den Schutz des Kartellrechts fällt und nicht zur Disposition von Betriebsräten gestellt werden darf.

Hier zeigt das Novellierungsvorhaben bemerkenswerte Inkonsistenz: Während auf der Betriebsebene im Wege der Vereinbarungslösung umfassend flexibilisiert wird, will das Bundesarbeitsministerium allen Ernstes den Konzernbetriebsrat obligatorisch machen. Bislang entscheiden die Gesamtbetriebsräte der Konzernunternehmen, ob es ein Bedürfnis nach Mitbestimmung auf Konzernebene gibt, bilden einen Konzernbetriebsrat – oder lassen dies bleiben. Nun soll der Konzernbetriebsrat, wie bisher schon der Gesamtbetriebsrat, eine Pflichtveranstaltung werden (§ 54 Abs.1 RefE). Zusätzlich wird ein obligatorischer Konzernwirtschaftsausschuss geschaffen (§ 109a RefE).

#### IV. Mitbestimmungserweiterung auf überbetriebliche Gegenstände

Der Betriebsrat ist Vertreter der Belegschaft, privater Sachwalter im Interesse der bei einem Arbeitnehmer bereits beschäftigten Arbeitnehmer. Dementsprechend hat er bislang nur die Interessen der im Betrieb/Unternehmen bereits beschäftigten Arbeitnehmer geltend zu machen. Die Novelle durchbricht diesen Grundsatz in vier Elementen:

##### 1. Beschäftigungsförderung

Während die Beschäftigungssicherung, also der Erhalt der Arbeitsplätze für die im Betrieb/Unternehmen bereits beschäftigten Arbeitnehmer, vom Mandat des Betriebsrats gedeckt ist, wie das bislang schon das Initiativrecht für Kurzarbeit<sup>52)</sup> und das Beratungsrecht zum Interessenausgleich zeigen, ist jede Beschäftigungsförderung nicht mehr Dienst an der Beleg-

schaft, sondern ein Dienst an der Allgemeinheit. Denn insofern geht es um die Arbeitslosen, die außerhalb des Betriebes stehen und für die der Betriebsrat nicht legitimiert ist. Die Arbeitslosigkeit ist ein gesellschaftliches und kein betriebliches Problem.

Gleichwohl zeigt der Aufruf des erwähnten Berliner Arbeitskreises „Arbeitsrecht von links“,<sup>53)</sup> dass genau das gewollt ist: Mit Blick auf die in § 2 SGB III formulierte arbeitsmarktpolitische Verantwortung des Arbeitgebers fordert jenes Autorenkollektiv gerade ein arbeitsmarktpolitisches Mandat des Betriebsrats, ja sogar ein neues Nachdenken über Wirtschafts- und Sozialräte.

§ 92a Abs.1 Satz 1 RefE nennt Sicherung und Förderung der Beschäftigung gleichrangig nebeneinander. Auch hier wird deutlich: Der Betriebsrat erhält ein Mandat in wirtschaftlichen Angelegenheiten, soll insbesondere Alternativen zu Ausgliederung und Fremdvergabe vorschlagen dürfen. Auf diese Weise „anerkennt“ der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes, dass der Arbeitgeber für Beschäftigung verantwortlich ist. Das ist schon faktischbarer Unsinn, weil ein Arbeitgeber allenfalls für seine Arbeitsnachfrage, aber nicht für das steigende Arbeitsangebot zu Gunsten der Arbeitssuchenden verantwortlich gemacht werden kann.<sup>54)</sup>

##### 2. Betrieblicher Umweltschutz

Der betriebliche Umweltschutz hat mit Arbeitnehmerinteressen ebenfalls nichts zu tun. Derjenige betriebliche Umweltschutz, der die Arbeitnehmer in der Belegschaft schützt, heißt Arbeiterschutz, was die Begründung zum Referentenentwurf auch sieht.<sup>55)</sup> Was „Umwelt“ eigentlich ist, weiß der Gesetzgeber sonst nicht und hat deshalb diese Bezeichnung in Art. 20a GG bewusst vermieden. Wir dürfen deshalb gespannt sein auf den betriebsverfassungsrechtlichen Umweltbegriff.

Das „betriebliche Wissen“ soll für einen vom Arbeitnehmerschutz nicht mehr gedeckten Umweltschutz genutzt werden; die Entwurfsbegründung nennt beispielhaft die Abfallvermeidung. Das ist ein gesellschaftliches Anliegen. Umweltschutz kann den Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer gerade zuwiderlaufen.<sup>56)</sup> Das anerkennen die Eckpunkte mit der hübschen Formulierung, man solle den Betriebsrat nicht mit einem „allgemeinen Umweltmandat überfordern“. Dass der Betriebsrat auf diesem Umweg ermächtigt werden soll, über umweltrelevante Investitionsentscheidungen mitzudiskutieren, ist ein erster Einstieg in die umfassende Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

51) Dazu *Emmerich* (Fußn. 44), S. 411 f.; *Rittner* (Fußn. 44), § 7 Rz. 47.

52) Dazu grundlegend BAG vom 4. 3. 1986 – 1 ABR 15/84, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit mit Anm. *Wiese* = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17.

53) [www.labournet.de/diskussion/gewerkschaft/vdj-1.html](http://www.labournet.de/diskussion/gewerkschaft/vdj-1.html) (abgerufen am 10. 1. 2001).

54) Dazu *Murmann*, in: *Zohnhöfer* (Hrsg.), *Tarifautonomie auf dem Prüfstand*, 1996, S. 43; weiter *Rieble*, RdA 2000, 119, 120 f.; *ders.*, Anm. zu BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101 und 102.

55) *Begr. RefE*, S. 18.

56) Eingehend *Rieble*, ZTR 2000, 1, 3; ähnlich *Begr. RefE*, S. 18.

### 3. Frauenförderung

Auch die Frauenförderung ist kein betriebliches, sondern ein gesellschaftliches Anliegen und damit betriebsverfassungsfremd. Für die Erhöhung der Frauenquote im Betrieb kann der Betriebsrat kein Mandat haben, weil das nur im Interesse aller Frauen, und damit der betriebsexternen, geschieht.<sup>57)</sup> Innerbetrieblich und damit systemkonform ist allein der Schutz der bereits beschäftigten Arbeitnehmerinnen – einmal vor Diskriminierung, insbesondere beim beruflichen Aufstieg, und zum anderen durch Arbeitszeitregelungen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für die Mütter in der Belegschaft verbessern. Hierher gehört selbstverständlich die verbesserte Repräsentation von Frauen im Betriebsrat, die *Löwisch* bereits 1974 in seinem Juristentagsgutachten gefordert hat.<sup>58)</sup>

### 4. Gegen Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit

Vollends nur im Dienst des politischen Wahlkampfes verständlich ist der geplante Einsatz des Betriebsrats gegen Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit. Schon bislang hat der Betriebsrat auf die Integration von ausländischen Arbeitnehmern zu achten (§ 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), und schon bislang lässt sich sowohl die Kündigung von Arbeitnehmern, die ausländische Kollegen drangsalieren, vom Betriebsrat erzwingen als auch deren Einstellung verhindern. Voraussetzung ist nur, dass sich diese Fremdenfeindlichkeit in einer Betriebsstörung hinreichend konkret zeigt oder erwartbar ist (§§ 104, 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG). Eben hierauf weist das Bundesarbeitsministerium auf seinen Internetseiten zum „Topthema Bekämpfung von Rechtsradikalismus und Fremdenfeindlichkeit“ eingehend hin – unter Nennung der einschlägigen Vorschriften und Gerichtsentscheidungen.<sup>59)</sup> Das Betriebsverfassungsgesetz vermeidet bislang freilich eine einseitige politische Ausrichtung auf rechts- oder linksextreme Ursachen. Ihm kommt es neutral nur darauf an, ob das Verhalten des betroffenen Arbeitnehmers gesetzwidrig ist oder den Grundsätzen des § 75 BetrVG grob widerspricht und ob dadurch der Betriebsfrieden gestört wird.

Was also kann durch eine Änderung des Gesetzes erreicht werden? Soll der Betriebsrat etwa nicht mehr darauf beschränkt sein, auf konkrete Vorfälle zu reagieren, sondern schon die rechtsextreme oder ausländerfeindliche Gesinnung aufspüren und ihr vorbeugen? Soll der Betriebsrat gar das außerdienstliche Verhalten von Arbeitnehmern beobachten? Der Betriebsrat als Blockwart? Hier werden unselige Erinnerungen an das DDR-Arbeitsrecht und seine erzieherische Funktion wachgerufen.<sup>60)</sup> Warum nicht gleich eine Wiederbelebung der Konfliktkommissionen für Arbeitnehmer mit unbotmäßigem Gedankengut?

Die Musterbetriebsvereinbarung der IG Metall<sup>61)</sup> regelt nur Anti-Diskriminierungsfragen, geht aber insbesondere zu weit, wo es um die Einstellung geht. Der Schutz von (ausländischen) Bewerbern fällt nicht ins Mandat des Betriebsrats.

Und wer hat die Definitionskompetenz festzusetzen, wo der rechte Rand sich befindet, welches politische Verhalten also gerade noch erlaubt ist und was schon „rechtsextrem“ ist? Soll der Betriebsrat alle Republikaner unter Beobachtung halten oder besser noch ihre Einstellung hintertreiben? Geht es gar

um ein Berufsverbot für solche Personen, die in ihrer Freizeit an einer Demonstration teilnehmen, die „eindeutig rechtsradikalischen Charakter trägt“?<sup>62)</sup>

Durchaus „angsterregend“ sind die Gewerkschaftlichen Monatshefte 11/2000, die zeigen, wohin die Reise gehen kann: Unter der Heftüberschrift „Was tun gegen rechts“ werden schon Äußerungen angegriffen, die von der Meinungsfreiheit gedeckt sind: So inkriminiert *Funke*<sup>63)</sup> schon die Äußerung, „nach der es in Deutschland zu viele Ausländer gibt“; die „Einwanderungsgesellschaft wider Willen“ oder die Parole „Das Boot ist voll“ sollen unterbunden werden; denn selbstverständlich geht es auch hier um die Menschenwürde, mit deren Hilfe man die Meinungsfreiheit mundtot machen möchte. So mag dann der Betriebsrat sich bei der nächsten CDU-Kampagne „Kinder statt Inder“ oder „deutsche Leitkultur“ einmischen. Die bislang harte Grenze zur verbotenen partei- und allgemeinpolitischen Betätigung des Betriebsrats (§ 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) wird aufgeweicht.

Der Betriebsrat erhält ein politisches Mandat, das wiederum den von ihm vertretenen Arbeitnehmern schwerlich zuzumuten ist. Dass es eben hier um die politische Indienstnahme des Betriebsrats geht, zeigt die Wortwahl der Begründung zum Referentenentwurf: Die Betriebsversammlung soll zum „Forum gegen das Schweigen im Betrieb“ gemacht werden; die Betriebsparteien sollen Zeichen setzen. Das ist der Staatsauftrag zur Umerziehung der Belegschaft.

Entlarvend eindeutig hierzu die Begründung des Referentenentwurfs: Die Auseinandersetzung mit Ausländerfeindlichkeit sei eine Aufgabe der Bundesregierung, die in den gesellschaftspolitischen Bereichen aktiv geführt werden müsse. Dazu gehören Familie und Schule ebenso wie Ausbildung und Betrieb.<sup>64)</sup> Der Betriebsrat als arbeitgeberfinanzierter Helfer des Staates in politischen Aufgaben? In der Tat: Dem Arbeitgeber soll die Ausländerintegration als „Thema im Betrieb“ vorgeschrieben werden.

Der Referentenentwurf setzt sich zu keiner Sekunde damit auseinander, dass es eine langwierige Diskussion um politische Mandate verfasster Studentenschaften und anderer Zwangsverbände gegeben hat, die jenen das Recht zur allgemeinpolitischen Vertretung ihrer Mitglieder stets abgesprochen hat. Bislang hat der Betriebsrat mit gutem Grund nur betriebsbezogene – genauer: belegschaftsbezogene – Funktionen. Sobald man ihn „politisch-korrekt“ für den Umweltschutz, die Be-

57) So haben Vorstand und Gesamtbetriebsrat der DaimlerChrysler AG am 15. 11. 2000 eine beschäftigungsquotenorientierte Gesamtbetriebsvereinbarung „Förderung von Frauen in der DaimlerChrysler AG“ geschlossen.

58) *Löwisch*, Gutachten D zum 50. DJT, 1974, S. D 13, 80 ff., 103 (Vorschlag 28).

59) [www.bma.de/de/aktuell/thema/fre0660.htm](http://www.bma.de/de/aktuell/thema/fre0660.htm) (abgerufen am 10.1.2001); ferner *Däubler*, NJW 2000, 3691; *ders.*, AuR 2001, 1, 7.

60) Siehe nur Autorenkollektiv unter Leitung von *Kunz/Thiel*, Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1984, S. 331.

61) <http://www.igmetall.de/auslaendischearbeitnehmer/betriebsvereinbarung/musterbv.html>.

62) So das Beispiel von *Däubler*, NJW 2000, 3691. Und was ist bei „zweideutigen Demonstrationen“? Hier wird der Weg zur Gesinnungsdiktatur der Gutmenschen bereitet.

63) Gegenwärtige No-go-areas, Gewerkschaftliche Monatshefte 2000, 637, 641.

64) Begr. RefE, S. 6.

schäftigung oder andere betriebs- oder unternehmensübergreifende Ziele einsetzt, wird das System gesprengt. Der Betriebsrat wird vom Belegschaftsvertreter zum funktionswidrigen Sachwalter allgemeinpoltischer Interessen.

Erstens können gesellschaftliche Ziele denen der Belegschaft zuwiderlaufen, wenn etwa Umweltschutzaufgaben Arbeitsplätze bedrohen oder wenn Beschäftigungsförderung Geld kostet, das dann für eine betriebliche Sozialeinrichtung nicht mehr zur Verfügung steht. Der Betriebsrat wird dann vom parteiischen Interessenvertreter zum politischen Schiedsrichter.

Vor allem aber: Für das Gemeinwohl ist allein der Staat demokratisch legitimiert, keinesfalls der Betriebsrat oder die Gewerkschaft. Die allgemeine Sozialbindung des Unternehmers kann nicht von Arbeitnehmervertretungen geltend gemacht werden. Denn so würde die Grenze zur verfassten Gesellschaft überschritten; der Betriebsrat mutierte zu einem Reichswirtschaftsrat im Kleinen.

Dass eben dies gewollt ist, offenbart die Begründung des Referentenentwurfs – interessanterweise bei den Kosten: „Demokratie ist nicht kostenneutral. Dieser Grundsatz gilt auch für die Demokratie im Betrieb und das daraus resultierende System der betrieblichen Mitbestimmung in der Betriebsverfassung.“<sup>65)</sup>

Dass betriebliche Mitbestimmung nicht dem Arbeitnehmerschutz diene, sondern Ausdruck der Demokratisierung der Wirtschaft sei, zeigt gedankliche Nähe zu Alternativmodellen der „Sozialautonomie“, wie sie Anfang der Achtzigerjahre diskutiert worden sind:<sup>66)</sup> Die Betriebe würden zu Zwangsverbänden, denen der Staatsauftrag zur gesellschaftlichen Selbstverwaltung erteilt wird. An die Stelle der Legitimation durch selbstbestimmte private Bindung tritt die Legitimation durch staatlich vorgeschriebenes Verfahren.<sup>67)</sup> Der historische Streit um die öffentlich-rechtliche Natur des Betriebsrats wird auf diese Weise ebenso wiederbelebt wie die Forderung nach einer Staatsaufsicht.<sup>68)</sup>

## V. Schutzbedürfnis des Individuums und Selbstbestimmung

Die Novelle räumt in Eckpunkt 6 den „Trend zur Individualisierung“ ein,<sup>69)</sup> will aber – und das ist die entscheidende Einschränkung – verhindern, „dass hierdurch die kollektive Interessenvertretung durch Zerfaserung der Beteiligungsrechte Schaden nimmt“: Der Wunsch nach kollektiver Herrschaft hat also Vorrang vor den Individualinteressen der Arbeitnehmer.

Um das zu gewährleisten bedient sich die Novelle einer interessanten Methode: Teilautonome Arbeitsgruppen sollen sich vom Betriebsrat spezifische Beteiligungsrechte, insbesondere bei Arbeitszeit und Urlaubsplanung „delegieren“ lassen können – und zwar über eine Rahmenvereinbarung mit dem Arbeitgeber (§ 28a RefE). Dabei folgt das Ministerium einem DGB-Vorschlag (§ 87 Abs. 4 DGB-Entwurf).

Das ist anstößig. Erstens soll es Freiheit vom Betriebsrat primär nur im – wenn auch kleinen – Kollektiv geben. Eine Delegation von Mitbestimmungsrechten an einzelne autonome

Arbeitnehmer ist nicht vorgesehen; das Individuum kommt nicht vor. Zweitens und vor allem erhält die kleinere Einheit ihre Berechtigung zur Selbstregelung eigener Angelegenheiten durch Delegation aus dem großen Kollektiv. Und das selbstverständlich nur auf Widerruf (§ 28a Abs. 1 Satz 4 RefE): Der Betriebsrat muss kontrollieren können, ob die kleineren Einheiten von ihrer Freiheit gemeinverträglichen Gebrauch machen! Insofern bleibt unberücksichtigt, dass das zentrale Instrument zur Selbstregelung eigener Angelegenheiten der Vertrag ist, also der Arbeitsvertrag.

Über das Verhältnis des Arbeitsvertrages zur Betriebsvereinbarung, aber auch zur Wahrung von Mitbestimmungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung sagt die Novelle nichts. Insofern ist das Günstigkeitsprinzip gefragt – nicht in seiner viel diskutierten arbeitsplatzerhaltenden Variante, die eine tarifrechtliche Angelegenheit ist, sondern als sehr viel grundlegendere Abgrenzung individueller und kollektiver Regelungsrechte. Dieses Günstigkeitsprinzip ist im Betriebsverfassungsgesetz nicht geregelt, wird aber aus dem Tarifrecht in die Betriebsverfassung übertragen. Die wissenschaftliche Diskussion um eine Modernisierung des Günstigkeitsprinzips ist weit vorangeschritten (Stichwort: Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen arbeitsvertraglicher und kollektiver Regelung, namentlich in Arbeitszeitfragen). In ein modernes Betriebsverfassungsgesetz gehört deshalb eine – gleichfalls moderne – Regelung des Günstigkeitsprinzips.<sup>70)</sup>

In ein kollektivistisches Weltbild passen solche Tendenzen – die zu einer weitreichenden Selbstbestimmung des Arbeitnehmers führen könnten – selbstverständlich nicht. Sie trügen letztlich zur „Zerfaserung“ kollektiver Herrschaftsrechte bei und könnten gar erkennen lassen, dass die Betriebsverfassung eine einzige privatnützige, also dem Schutzinteresse des einzelnen Arbeitnehmers folgende Einrichtung ist.

## VI. Schluss

Ordnungspolitisch ist das Novellierungskonzept weithin verfehlt:

Das Gesetzgebungsvorhaben spricht Gewerkschaften und Betriebsräten einfach nur einen kräftigen Schluck aus der Flasche des sozialen Fortschritts zu, ohne sich die wesentlichen Systemfragen überhaupt bewusst zu machen. Auf zentrale Arbeitgeberforderungen nach Vereinfachung, aber auch Überwindung von Mitbestimmungsblockaden geht der Referentenentwurf nicht ein. Kennzeichnend ist der pragmatische Verzicht auf die dogmatische Frage nach der Funktion der Mitbestimmung.<sup>71)</sup> Sie allein kann aber eine wirkliche Reform des Betriebsverfassungsgesetzes tragen.

65) Begr. RefE, S. 24.

66) Brüggemeier, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, 1982, S. 60; Eike Schmidt, JZ 1980, 153, insbes. 159 ff.

67) Zu Recht krit. Rittner, AcP 188 (1988), 101, 130 f.

68) Etwa Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 435.

69) Ähnlich Begr. RefE, S. 17 f.

70) Dazu nur Th. Schmidt (Fußn. 32), passim.

71) So auch der berechtigte Einwand von Richardi/Annuf, DB 2001, 41, 46.

Freilich: Der bereits erreichte hohe Stand des Arbeitnehmerschutzes in Deutschland und namentlich der betrieblichen Mitbestimmung lässt einen entscheidenden „Fortschritt“ innerhalb des Systems gar nicht mehr zu. Keineswegs wird also – wie *Däubler* die Novelle harmlos redet<sup>72)</sup> – der Protest der Arbeitgeberseite antizipiert und so ein „Mittelweg“ beschränkt, der nur „den Tod bringt“. Die Novelle erschöpft sich mit hin in populistischen Gefälligkeiten, die zugleich die betriebliche Mitbestimmung als System sprengen. Damit verwirklicht sich die Gefahr, vor der *Walter Eucken* in Ansehung der Be-

triebsverfassung warnte und der das deutsche Arbeitsrecht erlegen ist:<sup>73)</sup> „Eine wohlgemeinte, über die bezeichnende Grenze hinausgehende Mitbestimmung der Betriebsräte kann zu einer Beeinträchtigung der Ordnung führen und zentralverwaltungswirtschaftliche Eingriffe nach sich ziehen, die auf eine Linie führen, die man gar nicht will.“

---

72) *Däubler*, AuR 2001, 1, 8.

73) *Eucken* (Fußn. 11), S. 321.