

Arbeitsrecht 2001



Tagungsband
zum RWS-Forum
am 30. und 31. August 2001 in Köln

herausgegeben
von
Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim



RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH · Köln

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Arbeitsrecht ... – Köln : RWS Verlag

Kommunikationsforum.

2001 (2002)

(RWS-Forum ; 21)

ISBN 3-8145-5021-8

© 2002 RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH

Postfach 27 01 25, 50508 Köln

E-Mail: info@rws-verlag.de, Internet: <http://www.rws-verlag.de>

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, das Werk oder Teile daraus in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) zu vervielfältigen.

Druck und Verarbeitung:

Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen

Vereinbarte Betriebsratsstruktur in Unternehmen und Konzern

von

Prof. Dr. VOLKER RIEBLE, Mannheim

Inhaltsübersicht

- I. Organisation der Betriebsverfassung als Modernitätselement der BetrVG-Novelle
- II. Der vermutete Gemeinschaftsbetrieb
- III. Gegenstand der vereinbarten Betriebsstruktur (§ 3 Abs. 1 BetrVerfG)
 1. Die unternehmensbezogene Betriebsverfassungsorganisation (Nr. 1)
 2. Spartenbetriebsräte im Unternehmen und Konzern (Nr. 2)
 - a) Spartenbetriebsräte im Unternehmen
 - b) Spartenbetriebsräte im Konzern
 3. Die unternehmensübergreifende Betriebsverfassungsorganisation (Nr. 3) als konturenloser Auffangtatbestand
 4. Zusätzliche Vertretungen nach Nr. 4 und 5
- IV. Regelungsinstrument
 1. Tarifvertrag
 2. Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 2
 - a) Besonderer Tarifvorbehalt
 - b) Verhältnis zu § 77 Abs. 3 BetrVG
 3. „Urabstimmung“ der Belegschaft
- V. Legitimationsprobleme
 1. Zusammenschluss von Arbeitgebern
 2. Zwangsvereinigung von Arbeitnehmern in unternehmensübergreifenden Belegschaften
 3. Schutz vor Tarifwillkür
 4. Folgen für Umstrukturierungen

I. Organisation der Betriebsverfassung als Modernitätselement der BetrVG-Novelle

Die BetrVG-Novelle¹⁾ schafft – wenigstens in einem Punkte – Flexibilität: Entgegen der Ankündigung im Koalitionsvertrag verzichtet die Novelle auf jede Definition des Betriebsbegriffes auch nur in betriebsverfassungsrechtlicher Sicht. Stattdessen wird der Betrieb als Organisationseinheit der autonomen Selbstregelung überantwortet. Ungeachtet aller Kritik im Detail ist das der richtige Weg: Flexibilisierung der Betriebsverfassung nach den konkreten Bedürfnissen der Beteiligten.

Die Organisationsreform hat drei Elemente: Neben der so zentralen wie weitreichenden Neufassung von § 3 BetrVG sind der Vermutungstatbestand für den Gemeinschaftsbetrieb in § 1 Abs. 2 BetrVG sowie die Neuregelung der Betriebsteile und Kleinstbetriebe in § 4 BetrVG zu nennen.

II. Der vermutete Gemeinschaftsbetrieb

Der Gemeinschaftsbetrieb wird durch die Vermutung in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG aufgewertet, während Nummer 2 nahezu identisch ist mit dem bisherigen § 322 Abs. 1 UmwG²⁾ – die betriebliche Organisation muss allerdings nur im Wesentlichen unverändert sein. In der Sache ist das eine nur redaktionelle Änderung, weil eine unwesentliche Änderung auch bislang schon die Vermutung nicht hindern konnte.³⁾ Nr. 1 dagegen ist neu: Die bloße Zusammenarbeit von Arbeitgebern kann – nimmt man die Norm wörtlich – zu einem Gemeinschaftsbetrieb führen.

Schon der Tatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist sehr unscharf:⁴⁾ Was heißt „gemeinsam eingesetzt werden“? Ist damit nur die faktische Zusammenarbeit gemeint oder auch – mit Blick auf das Wort „gemeinsam“ – eine Willensentschließung der beteiligten Arbeitgeber? Und wenn Betriebsmittel *sowie* die Arbeitnehmer eingesetzt werden müssen: in welchem Umfang? Und wie lange muss diese geplante Zusammenarbeit wäh-

1) Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23. 7. 2001, BGBl I, 1852.

2) Vgl. hierzu *Boecken*, Unternehmensumwandlung und Arbeitsrecht, 1996, Rz. 389 f; *Joost*, in: Lutter, UmwG, 2. Aufl., 2000, § 322 Rz. 11 ff.

3) *GK-Kraft*, BetrVG, 6. Aufl., 1997, § 4 Rz. 27, 28; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 20. Aufl., 2000, § 1 Rz. 82.

4) Ebenso *Richardi/Annus*, DB 2001, 41.

ren? Nicht schon jeder kürzere gemeinsame Arbeitseinsatz darf die Frage nach einem gemeinsamen Betrieb und damit zugleich der Zerstörung der bestehenden Betriebsstrukturen aufwerfen. Vernünftig wäre es, wenigstens die Hälfte einer Amtsperiode, also zwei Jahre, zu fordern!

Gleichwohl kann und darf die Norm entgegen mancher Aussage in der Rechtsfolge nicht dazu führen, dass die bloße faktische Zusammenarbeit die Arbeitgeber zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Einheit macht.⁵⁾ Das hat zwei Gründe: Faktisch bedeutet jeder Gemeinschaftsbetrieb für die Arbeitgeber eine Abstimmungsnotwendigkeit: Sie müssen in denjenigen Angelegenheiten, in denen sie mit dem Betriebsrat des Gemeinschaftsbetriebes verhandeln, zu einer einheitlichen Willensbildung gelangen. Das wiederum ist nur aufgrund einer rechtlichen, nicht faktischen Verbindung möglich, eben der BGB-Gesellschaft, die das Bundesarbeitsgericht⁶⁾ stets als Grundlage des Gemeinschaftsbetriebes gesehen hat. Ohne eine solche Grundlage scheitert der Gemeinschaftsbetrieb auf der Arbeitgeberseite an rechtlicher Unmöglichkeit: Wie soll der eine Arbeitgeber den anderen dazu bewegen, sich auf einen Verhandlungswillen zu einigen?

Rechtlich bedeutet die Kooperation von Arbeitgebern in der Gemeinschaftsbetriebsführung eine Vereinigung zu einer Gesellschaft i. S. v. Art. 9 Abs. 3 GG. Dann aber ist es ausgeschlossen, dass das Betriebsverfassungsgesetz eine „Zwangvereinigung“ gegen den Willen der beteiligten Arbeitgeber vornimmt.

Das heißt: Die faktische Zusammenarbeit der Arbeitgeber kann nur bedeuten, dass die Führungsvereinbarung vermutet wird. Diese Vermutung kann widerlegt werden – namentlich durch eine negative Vereinbarung oder einen Aufhebungsvertrag, vergleichbar dem Entherrschungsvertrag, mit dem die Konzernvermutung des § 17 Abs. 2 AktG beseitigt wird.⁷⁾

5) So aber *Däubler*, ArbuR 2001, 1, 2; *Benz-Overhage/Klebe*, AiB 2001, 24, 25; ähnlich *Hjort/Hummel/Helm*, die auf die räumliche und soziale Verbundenheit abstellen, AiB 2001, 122, 123.

6) BAG, Beschl. v. 11. 11. 1997 – 1 ABR 6/97, ZIP 1998, 1320 = AP Nr. 42 zu § 111 BetrVG = NZA 1998, 723, dazu EWiR 1998, 919 (*Däubler*); BAG, Urt. v. 5. 3. 1987 – 2 AZR 623/85, ZIP 1987, 1588 = AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969 = NZA 1988, 32 = DB 1987, 2362, dazu EWiR 1987, 1233 (*Blank*).

7) *Götz*, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht, 1991, S. 60 f; *MünchKomm-Bayer*, AktG, 2. Aufl., 2000, § 17 Rz. 99 ff; *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., 1999, § 17 Rz. 22.

Denn dann steht fest, dass die erforderliche gemeinschaftliche Willensbildung ausscheidet.

Der zu erwartenden Kritik, die den Gemeinschaftsbetrieb „effektiv“ machen will, ist entgegenzuhalten: § 1 Abs. 2 BetrVG ist kein Instrument, um Arbeitgeber in eine unternehmensübergreifende Struktur zu zwingen! Das vermögen allein § 3 Abs. 1 Nr. 2 und vor allem Nr. 3 BetrVG. Insofern liefert die Ausweitung des § 3 BetrVG ein plausibles Gegenargument gegen die Ausdehnung des Gemeinschaftsbetriebes.

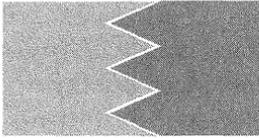
In der Rechtsfolge stellen sich Zusatzprobleme: Der Zusammenschluss zu einem Gemeinschaftsbetrieb ist Betriebsverschmelzung und damit Betriebsänderung i. S. v. § 111 BetrVG, so wie umgekehrt dessen Auflösung eine Betriebsspaltung ist.⁸⁾ Löst dann schon die (womöglich unbemerkt gebliebene) Vermutung des § 1 Abs. 2 BetrVG die Mitbestimmungstatbestände der §§ 111 ff BetrVG aus? Jedenfalls muss die – rückwirkende – Widerlegung der Vermutung jegliche Mitbestimmung ausschließen, weil sich an den Betrieben dann nichts geändert hat.

Schließlich und ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es nur um den Gemeinschaftsbetrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne geht.⁹⁾ So wenig wie bislang nach § 322 UmwG wird künftig der Gemeinschaftsbetrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne vermutet werden: Mithin bedeutet die Vermutung des § 1 Abs. 2 BetrVG nicht, dass die Sozialauswahl unternehmensübergreifend stattzufinden hat. Dazu bedarf es einer (Personaleinsatz-)Führungsvereinbarung, mit der der eine Arbeitgeber verlangen kann, dass sein Arbeitnehmer, dessen Kündigung ihm verwehrt wird, auf dem Arbeitsplatz eines vergleichbaren Arbeitnehmers des anderen Arbeitgebers beschäftigt wird. Diese Führungsvereinbarung wird nicht vermutet, sie muss festgestellt werden.

8) GK-Fabricsius (Fußn. 3), § 111 Rz. 239, 244 f; *Fitting/Kaiser/Heitber/Engels* (Fußn. 3), § 111 Rz. 79 ff.

9) *Joost*, in: Lutter (Fußn. 2), § 322 Rz. 14, 20; *Wlotzke*, DB 1995, 40, 44.

Vermuteter Gemeinschaftsbetrieb



1. Arbeitsorganisatorische Verzahnung
nicht: WerkV, Leiharbeit
2. Führungsvereinbarung der Arbeitgeber wird [aus 1] vermutet
Vermutungswiderlegung
Aufhebung
3. Rechtsfolge
einheitlicher Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn
Abstimmungsnotwendigkeit in einer GBR

III. Gegenstand der vereinbarten Betriebsstruktur (§ 3 Abs. 1 BetrVG)

1. Die unternehmensbezogene Betriebsverfassungsorganisation (Nr. 1)

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist der (halbwegs) unproblematische Tatbestand: Er verlangt ein Unternehmen mit mehreren Betrieben. Für solche Unternehmen kann der Tarifvertrag dann in der Rechtsfolge entweder einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat vorsehen (Buchst. a) oder Betriebe zusammenfassen (Buchst. b). Der zweite Fall wird gelegentlich als „Fialial“-Betriebsrat apostrophiert,¹⁰⁾ zu Unrecht, denn die Vorschrift erlaubt nur die Vergrößerung bestehender Einheiten, nicht aber deren Verkleinerung. Es können also bestehende Filialbetriebe zu einem „Regional“-Betriebsrat zusammengefasst werden.¹¹⁾

Die Vorschrift tritt in gewisse Konkurrenz zur Zuordnung von Kleinbetrieben (mit weniger als 5 Arbeitnehmern) nach § 4 Abs. 2 BetrVG n. F. Allerdings sagt der Gesetzgeber in der Begründung,¹²⁾ dass § 4 Abs. 2 BetrVG nicht etwa vorgeht, sondern dass eine anderweitige Zuordnung nach § 3 BetrVG möglich bleibt, etwa die Zusammenfassung mehrerer

10) Engels, DB 2001, 532, 533.

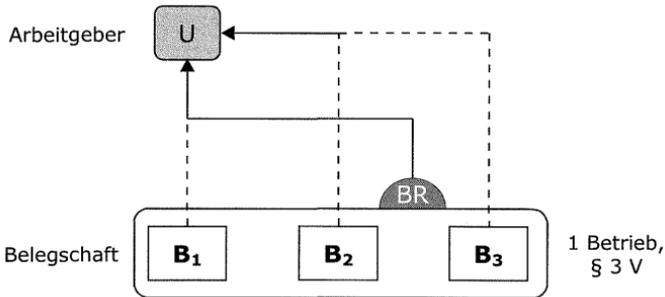
11) So auch die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (RegE BetrVerf-Reformgesetz), BT-Drucks. 14/5741, S. 34.

12) Begründung zum RegE BetrVerf-Reformgesetz, BT-Drucks. 14/5741, S. 35.

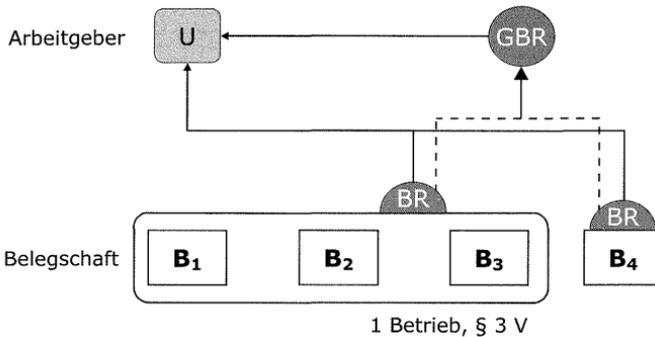
betriebsratsunfähiger Filialen zu einem Betrieb. Dieser Vorrang des § 3 vor § 4 BetrVG entspricht der systematischen Stellung der Norm.

Beide Varianten – und nicht etwa nur § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BetrVG – sind unter die nachgeschaltete Voraussetzung gestellt, dass die Zusammenlegung entweder die „Bildung von Betriebsräten erleichtert“ oder der „sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient“ – was immer das heißen mag.

Unternehmenseinheitlicher Betriebsrat



Gewillkürte Betriebsstruktur



An sich könnte man mithin fragen, weshalb § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mit den beiden Buchstaben überhaupt einen Unterschied zwischen der Zusammenlegung einzelner Betriebe und der Zusammenlegung aller Betriebe zum dann Unternehmenseinheitsbetrieb macht. Immerhin lässt sich infolge der Reihung ein Vorrang des unternehmenseinheitlichen Betriebsrats folgern: Der Unterschied zur Zusammenfassung nur mancher Betriebe in einem Unternehmen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BetrVG liegt darin, dass so eine Ungleichheit in der Willensbildung der Arbeitnehmer in ein Unternehmen getragen wird, die ihrerseits rechtfertigungsbedürftig ist – und missbrauchsanfällig. Hat ein Unternehmen etwa vier Betriebe und werden von diesen vier Betrieben drei zu einem Einheitsbetrieb zusammengefasst, so ist es begründungsbedürftig, weshalb die Arbeitnehmer dieses einen Betriebes aus dem im Übrigen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat „herausgehalten“ werden sollen.

Die Zusammenfassung *aller* Betriebe zu einem „Gesamtbetrieb“ vermeidet solche Ungleichbehandlung – und erübrigt den Gesamtbetriebsrat (sowie Kompetenzabgrenzungen). Freilich ist nicht zu verkennen, dass auch die Zusammenfassung aller Betriebe eines Unternehmens dazu dienen kann, einen Wahlerfolg einer bestimmten Gruppierung zu behindern oder zu befördern. Das gilt vor allem dann, wenn es sich um Kleinbetriebe handelt, die nach § 14 Abs. 2 BetrVG dem vereinfachten Wahlverfahren des § 14a BetrVG¹³⁾ und (deshalb!) dem Mehrheitswahlrecht unterfallen. Lässt man das zusätzliche Problem des vereinbarten Wahlverfahrens nach § 14a Abs. 5 BetrVG beiseite (für das zu fragen ist, ob die Vereinbarung auch die Mehrheitswahl nach sich ziehen darf!), so illustriert das obige Beispiel das Problem: Wenn der vierte Betrieb mit seinen etwa 40 Arbeitnehmern und seinem dreiköpfigen Betriebsrat „in den Händen“ einer Mehrheit außerhalb des DGB ist, so spricht – aus Sicht der tarifschließenden DGB-Gewerkschaft – viel für einen Tarifvertrag, der den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat konstituiert und die lästige Kleinbetriebsmehrheit ausschaltet, wenn und soweit auf Unternehmensebene eine klare Mehrheit der DGB-Gewerkschaft erwartet werden kann. Ist dagegen die

13) Siehe hierzu *Konzen*, RdA 2001, 76, 88; *Löwisch*, BB 2001, 1734, 1738; *Däubler*, ArbuR 2001, 1.

DGB-Gewerkschaft in Kleinbetrieben in der Mehrheit, so kann das Machtkalkül dafür sprechen, dies zu belassen, etwa um den Vorteil der Mehrheitswahl im Kleinbetrieb zu erhalten. Abgesehen hiervon lassen sich durch Zusammenlegung von Betrieben gegebenenfalls geschickt Mehrheiten „basteln“.

Zu dem konsequenten Schritt, den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat – so wie die Wahl zwischen Betriebs-Sprecherausschuss und dem Unternehmenssprecherausschuss nach § 20 SprAuG – in das voraussetzungslose Belieben der Entscheider zu stellen, hat sich der Gesetzgeber trotz eines entsprechenden Vorschlages von *Löwisch*¹⁴⁾ nicht durchringen können.

2. Spartenbetriebsräte im Unternehmen und Konzern (Nr. 2)

a) Spartenbetriebsräte im Unternehmen

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gestattet in Unternehmen und Konzernen die Errichtung von Spartenbetriebsräten unter der Voraussetzung, dass erstens

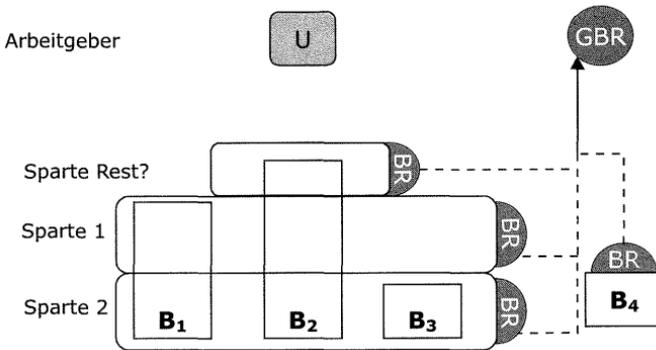
- „sie nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind“ und zweitens
- „die Leitung der Sparte auch Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft“.

Der Rechtsfolgenunterschied zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG liegt in zwei Punkten: Erstens bedeuten Spartenbetriebsräte auf Unternehmensebene in der Regel eine Aufteilung der Betriebe. Nach Nummer 1 ist aber nur eine Zusammenlegung möglich. Der zweite Unterschied liegt darin, dass mit dem Konzernbezug auch eine unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur möglich wird, die Betriebe aus unterschiedlichen Unternehmen vereinen, aber auch spalten kann.

14) *Löwisch*, DB 1999, 2209 f.

Spartenbetriebsrat im Unternehmen

[§ 3 I Nr. 2 Var. 1]



Der **Tatbestand** ist in beiden Merkmalen **diffus** und bereitet enorme Schwierigkeiten. Was eine Spartenorganisation ist, sagt das Gesetz nicht. Wie organisiert man produkt- oder projektbezogene Geschäftsbereiche, und was unterscheidet diese Organisationsform von anderen Unternehmensorganisationsformen? Ist mit „Organisation“ die Arbeitsorganisation gemeint – wofür in Ansehung des Betriebsbezuges vieles, insbesondere § 4 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, spricht, so muss es sich um eine spartenbezogene Arbeitsorganisation handeln, die neben derjenigen besteht, die den klassischen Betrieb ausmacht. Wenn etwa in einem Betrieb einerseits Farben hergestellt werden (Sparte Farben und Lacke) und zum anderen Kunststoffe verarbeitet werden (Sparte Spitzguss), dann muss einerseits zwischen den beiden Spartenteilen ein und desselben Betriebes ein arbeitsorganisatorischer Zusammenhang bestehen (oder eine einheitliche Leitungsmacht), damit es sich um einen Betrieb im klassischen Sinne handelt. Zum anderen aber müssen die beiden Spartenteile des an sich einheitlichen Betriebes eine gewisse arbeitsorganisatorische Selbständigkeit aufweisen, damit sie „spartenfähig“ i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sind.

Dieselbe Frage stellt sich in Ansehung der **spartenbezogenen Leitungsmacht in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten**. Hier muss nicht nur der jeweilige Betrieb oder Betriebsteil für sich genommen einer bestimmten spartenbezogenen Leitungsmacht unterfallen. Vielmehr muss diese spartenbezogene Leitungsmacht die unterschiedlichen Betriebsteile der getrennten Betriebe in ihrer Sparte zu einer irgend gearteten Einheit

verbinden. Dabei kann die Spartenleitungsmacht nicht so intensiv sein, dass sie die arbeitsorganisatorisch selbständigen Betriebe zu einem einheitlichen Betrieb vereinigt.

Insofern liegt, ganz ähnlich wie bei § 4 BetrVG (jetzt Abs. 1) auch schon in der alten Fassung, Folgendes nahe: Die dort angeordnete Verselbständigung der Betriebsteile setzt mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG eine relative organisatorische Eigenständigkeit voraus, die aber denkbare hinter der Selbständigkeit eines von vornherein eigenen Betriebes zurückbleiben muss. Insofern nimmt § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mit den beiden Merkmalen der relativ eigenständigen Arbeitsorganisation und der relativen Leitungsmacht in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten also die allgemeinen Merkmale des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffes auf.¹⁵⁾

Die Norm sagt schließlich nichts zur Frage, ob und inwiefern spartenunfähige Reste – etwa Verwaltungs- oder Serviceeinheiten – dem Spartenbetriebsrat entgegenstehen oder wie sie zu organisieren sind. Man wird erstens nicht verlangen können, dass das Unternehmen vollständig betriebsübergreifend spartenorganisiert ist. Denn das wird praktisch nie der Fall sein. Außerdem lässt § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mit dem Wort „soweit“ auch eine nur teilweise Umstellung der Betriebsverfassung zu. Das heißt: In den spartenmäßig organisierten Betrieben können Spartenbetriebsräte vereinbart werden – die übrigen Betriebe können ihre traditionelle Struktur behalten.

Auf der anderen Seite kann für einen Betrieb sinnvollerweise nur eine einheitliche Betriebsratsstruktur gewählt werden: Der Betrieb muss entweder insgesamt von Spartenbetriebsräten vertreten werden oder von einem herkömmlichen Betriebsrat. Überlappende Zuständigkeiten durch ein Nebeneinander von herkömmlichen und gewillkürten Betriebsstrukturen darf es nicht geben. Für ein und denselben Arbeitnehmer darf immer nur ein Betriebsrat zuständig sein. Ein Nebeneinander von Sparten und herkömmlichem Betriebsrat, womöglich mit einer Zuständigkeitsabgrenzung nach Maßgabe der Entscheidungsmacht in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, ist der Mitbestimmung abträglich. Das macht insbeson-

15) BAG, Beschl. v. 29. 5. 1991, AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG 1972; GK-Kraft (Fußn. 3), § 4 Rz. 12 ff; Fitting/Kaiser/Heitber/Engels (Fußn. 3), § 1 Rz. 59 ff

dere § 3 Abs. 5 BetrVG deutlich, wonach die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1–3 BetrVG gewillkürten Einheiten als Betriebe anzusehen sind. Wo ein Spartenbetriebsrat installiert ist, da ist also nur ein Betrieb (und nicht zwei).

Was also geschieht mit den spartenunfähigen Resten der spartenmäßig organisierten Einheiten, etwa dem Schreibbüro, der Kantine oder anderen klassischen Nebeneinheiten. Ist für sie eine Rest- und Auffangsparte zu bilden, die alles Liegendebliebene organisiert? Das ist mit dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kaum zu vereinbaren. Denn für diesen Rest besteht weder eine spartenmäßige Arbeitsorganisation noch eine sparten-spezifische Leitungsmacht. Alternativ bliebe freilich nur, solche Reste notwendig als jeweils eigenständigen Betrieb zu behandeln, was ebenfalls wenig sinnvoll ist. Insofern ließe sich ergänzend § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BetrVG heranziehen, um wenigstens innerhalb des Unternehmens diese „Restbetriebe“ zusammenzufassen, auch wenn sie nicht durch eine Spartenorganisation verbunden sind.

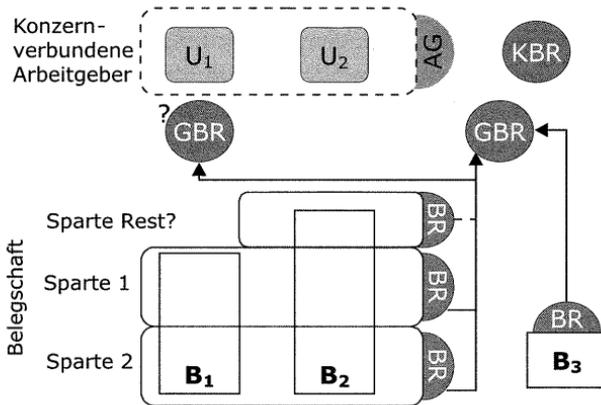
Die Begründung¹⁶⁾ wirft eine weitere, unnötige Frage auf: Dort ist von Spartengesamtbetriebsräten die Rede. Indessen: Wenn jede Sparte als „Betrieb“ anzusehen ist, dann ist für mehrere Spartenbetriebsräte ein ganz normaler Gesamtbetriebsrat zu bilden. Hat ein Unternehmen Spartenbetriebsräte und normale Betriebe, sind auch nicht etwa ein Sparten- und ein normaler Gesamtbetriebsrat zu bilden. Klassische Betriebe und solche nach § 3 Abs. 5 BetrVG stehen einander gleich und entsenden in denselben Gesamtbetriebsrat. Anders geht es auch gar nicht, da der Gesamtbetriebsrat unternehmenseinheitlich mitbestimmen können muss.

b) Spartenbetriebsräte im Konzern

Die zweite Variante des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, der Spartenbetriebsrat im Konzern, wirft mehrere zusätzliche Fragen auf. Zuerst geht es um den Konzernbegriff. Richtigerweise handelt es sich wie bei § 54 BetrVG nur um den Unterordnungskonzern, auch wenn hier der Klammerverweis auf § 18 Abs. 1 AktG fehlt. Dass der Gesetzgeber hier einen anderen Konzernbegriff wählt, ist nicht anzunehmen und wäre auch kaum sinnvoll. Beim Gleichordnungskonzern bleibt aber immerhin der Generalauffangtatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

16) Begründung zum RegE BetrVerf-Reformgesetz, BT-Drucks. 14/5741, S. 34.

Spartenbetriebsrat im Konzern
[§ 3 I Nr. 2 Var. 2]



Zusätzlich fragt es sich, ob die Spartenbetriebsbildung im Konzern besondere Anforderungen an die unternehmensübergreifende Spartenorganisation stellt. In der Tat kann man für das erste Tatbestandsmerkmal der arbeitsorganisatorischen Verbindung nicht viel mehr als eine spartenbezogene Zusammenarbeit verlangen. Je nach Ausmaß der Zusammenarbeit stellt sich das zusätzliche Problem, ob diese Zusammenarbeit nicht die Vermutung des Gemeinschaftsbetriebes nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auslöst und wie der etwa vermutete Gemeinschaftsbetrieb mit der Spartenorganisation in Einklang zu bringen ist. Richtigerweise wird man § 3 BetrVG den Vorrang einräumen müssen: Wenn der Tarifvertrag normale Betriebe nach Sparten organisieren darf, dann darf er auch Gemeinschaftsbetriebe entsprechend aufteilen.

Das eigentliche zweite Problem liegt im zweiten Tatbestandsmerkmal: Wie soll man sich eine unternehmensübergreifende spartenbezogene Leitungsmacht in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten vorstellen? Die bloße Konzernleitungsmacht des herrschenden Unternehmens genügt hier so wenig wie sonst, etwa beim Gemeinschaftsbetrieb. Denn sie ist gesellschaftsrechtlicher Natur. Woher also rührt die gemeinsame Spartenleitung mehrerer Konzernunternehmen, die Anknüpfungspunkt der gewillkürten Spartenbetriebsstruktur sein soll? Auch hier hilft wieder der

Seitenblick auf den Gemeinschaftsbetrieb: Eine unternehmensübergreifende Spartenleitung setzt voraus, dass sich die betroffenen Unternehmen in einer Führungsvereinbarung dieser Weisungs- und Entscheidungsbefugnis unterworfen haben. Eine Spartenleitung ohne solche Weisungsmacht ist rechtlich nicht existent.

Überhaupt erst diese unternehmensübergreifende Spartenleitungsmacht schafft dann – wiederum wie beim Gemeinschaftsbetrieb – einen betriebsverfassungsrechtlichen Spartenarbeitgeber, der dem einheitlichen Betriebsrat als Arbeitgeberinheit gegenübertritt.

Damit aber nähern sich die Spartenbetriebsräte deutlich dem Gemeinschaftsbetrieb an – mit einer entscheidenden Konsequenz: So wie dort die Arbeitgeber allein entscheiden, ob sie die Zusammenarbeit beenden und die Führungsvereinbarung aufkündigen, so sind die Arbeitgeber auch hier frei darin, kraft unternehmerischer Organisationsentscheidung sowohl die arbeitsorganisatorische Spartenverbindung als auch die Spartenleitung aufzugeben. Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung können das nicht hindern. Dann aber entfällt die tatbestandliche Voraussetzung des Spartenbetriebsrates. Sein Amt muss notwendig enden!

Bei unternehmensübergreifenden Spartenbetriebsräten stellt sich das Folgeproblem, ob und inwieweit noch unternehmensbezogene Gesamtbetriebsräte zu bilden sind. In Parallele zu den Gemeinschaftsbetrieben mehrerer Unternehmen lässt sich sagen: Es bleiben regelmäßig hinreichend viele mitbestimmte Entscheidungen, die nicht unternehmensübergreifend getroffen werden. So kann eine Spartenorganisation vor allem arbeitsorganisatorische Fragen entscheiden, die Entgeltsysteme aber den Unternehmen vorbehalten. Dann sind unternehmensbezogene Gesamtbetriebsräte die richtigen Interessenvertreter. Das gilt umso mehr, als neben den Spartenbetriebsräten ja normale Betriebsräte stehen können („so weit“).

Wie beim Gemeinschaftsbetrieb (vgl. § 47 Abs. 9 BetrVG) entsenden unternehmensübergreifende Spartenbetriebe dann in mehrere Gesamtbetriebsräte.

3. Die unternehmensübergreifende Betriebsverfassungsorganisation (Nr. 3)
als konturenlosen Auffangtatbestand

Eben wegen der immensen Schwierigkeiten der § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist ziemlich sicher zu erwarten, dass die Tarifvertragsparteien auf Nummer 3 ausweichen werden; den Betriebspartnern steht dieser Weg nach § 3 Abs. 2 BetrVG nicht offen.

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist in Tatbestand und Rechtsfolge uferlos: Die Rechtsfolge erlaubt nahezu beliebige „andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen“, die – wie der „Insbesondere-Satz“ zeigt – auch unternehmensübergreifend ausgestaltet sein können und dabei auch nicht auf eine Konzernverbindung beschränkt sind. Insofern ist also der Spartenbetriebsrat praktisch voraussetzungslos möglich; zudem kann er im Gleichordnungskonzern geregelt werden. Shop-in-shop-Systemen, vernetzte „fraktale“ Fabriken kann eine einheitliche Betriebsverfassungsstruktur durch Tarifvertrag verordnet werden, also: „Arbeitnehmervertretungsstrukturen entlang der Produktionskette (just in time)“.¹⁷⁾ Die Begründung erwähnt zusätzlich den Konzernbetriebsrat im Gleichordnungskonzern.

Einen einschränkenden Tatbestand hat die Norm nicht. Denn der „Insbesondere-Satz“, der auf die „Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation“ einerseits oder auf die anderen „Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen“ verweist, stellt keine Anforderungen auf. Mit der Einleitung „insbesondere“ ist zudem klargestellt, dass es sich nur um eine Beispielerwägung handelt. Vom Gesetzeswortlaut her ist also nicht vorausgesetzt, dass zwischen den Unternehmen eine konkret feststellbare – arbeitsorganisatorische – Zusammenarbeit stattfindet. Ein Tarifvertrag könnte schon eine Lieferbeziehung genügen lassen, etwa um „ungehörigem Preisdruck“ auf den Lieferanten entgegenzuwirken.

Im Übrigen ist einzig vorausgesetzt, dass „dies einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient“. Das wiederum wirkt kaum begrenzend, weil das nur heißt, dass die Tarifparteien die Regelung für sinnvoll halten müssen. Andernfalls aber hätten sie den Tarifvertrag nicht abgeschlossen. Jeder Zweckmäßigkeitkontrolle wer-

17) Begründung zum RegE BetrVerf-Reformgesetz, BT-Drucks. 14/5741, S. 34.

den die Tarifparteien das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Verbot der Tarifzensur¹⁸⁾ entgegenhalten.

Die Begründung¹⁹⁾ betont ausdrücklich, dass die Tarifvertragsparteien auf zukünftige Entwicklungen von Unternehmensstrukturen in Produktion und Dienstleistung angemessen reagieren und entsprechende Arbeitnehmervertretungssysteme errichten können, ohne auf den Gesetzgeber angewiesen zu sein.

Wenn man dies für verfassungsgemäß hält, haben die Tarifparteien freie Bahn: Sie können zusätzliche Gremien mit Kompetenzen (anders als nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG) errichten, etwa den im Gesetzgebungsverfahren „doch noch“ gescheiterten **Konzernwirtschaftsausschuss**.²⁰⁾ Sie können unternehmensübergreifende Systeme vorsehen, wobei noch zu klären ist, inwiefern durch einen solchen Tarifvertrag die Arbeitgeber zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber „zwangsvereinigt“ werden können.

Sie können aber auch auf dem Weg der § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG umfassend in die Grundlagen der Betriebsverfassung eingreifen. Insofern liegt zunächst ein Erst-recht-Schluss nahe: Wenn der Tarifvertrag anstelle von Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat andere Strukturen schaffen kann, dann muss es ihm auch möglich sein, Kompetenzen zwischen den gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen neu zu konturieren. Insofern bleibt nur die Meinung abzuwarten, dass die Tarifvertragsparteien den Sprecherausschuss und die leitenden Angestellten „vereinnahmen“, also ihrer „Einheitsstruktur“ zuordnen können.

Indessen darf aus der unbegrenzten Formulierung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG keine unbegrenzte Tarifmacht abgeleitet werden. Es ist Aufgabe der Wissenschaft und der Rechtsprechung, tragende Prinzipien des Betriebsverfassungsgesetzes herauszuarbeiten, an die auch die Tarifparteien stets gebunden sind. Normativ folgt dies aus § 3 Abs. 5 BetrVG: Wenn die Arbeitnehmervertretungsstrukturen als „Betriebe im Sinne dieses Ge-

18) BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 mit Anm. Rieble = NZA 1991, 809, dazu EWiR 1991, 1205 (Hanau); Löwisch/Rieble, TVG, 1992, Grundl. Rz. 37 ff.

19) Begründung zum RegE BetrVerf-Reformgesetz, BT-Drucks. 14/5741, S. 34.

20) Vgl. § 109a RefE BetrVerf-Reformgesetz und Richardi/Annuf, DB 2001, 41, 45.

setzes“ anzusehen sind, dann müssen sie sich den Organisationsprinzipien des Betriebsverfassungsgesetzes unterordnen. Hierher gehört erstens die Herausnahme der leitenden Angestellten; § 5 Abs. 3 BetrVG ist nicht tarifdispositiv.²¹⁾ Hierher gehört zweitens das Prinzip der strikten Zuständigkeitsabgrenzung. Grundsätzlich ist für einen Arbeitnehmer nur ein Betriebsrat zuständig. Ein Nebeneinander von Betriebsratskompetenzen muss – wie bei Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat – mit einer strikten Zuständigkeitsabgrenzung einhergehen.

4. Zusätzliche Vertretungen nach Nr. 4 und 5

Die „zusätzlichen“ Vertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG sind zuerst einmal ungefährlich: Es handelt sich um „Schwatzbuden“, die neben die bestehenden Betriebsratsstrukturen treten und keine Mitbestimmungsrechte haben. Das folgt schon daraus, dass Nummern 4 und 5 in § 3 Abs. 5 BetrVG nicht genannt sind. Diese Gremien dienen „nur“ der Information und Koordination – im Fall von Nummer 4 zwischen den Betriebsräten unterschiedlicher Unternehmen (zum Zweck der Information und Verhaltensabstimmung), im Fall von Nummer 5 als Zwischenebene zwischen Betriebsrat und Belegschaft, aber ebenfalls nur zur Information. Dass in Nummer 5 von einer „Arbeitnehmervertretung“ gesprochen wird, besagt nichts anderes. Denn jede Ausstattung mit Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrechten bedeutet eine Konkurrenz gegenüber dem Betriebsrat.

Meines Erachtens lassen sich auch durch Tarifvertrag diese Gremien nicht aufwerten oder mit Mitbestimmungsrechten versehen. Insofern ist der Tarifvertrag auf die Möglichkeiten der Nummern 1–3 beschränkt.

Dass jene Gremien auf Informationsaustausch und Verhaltensabstimmung beschränkt sind, macht sie nicht ungefährlich. Insbesondere kann der Arbeitgeber im Fall der Nummer 4 nicht sicher sein, dass die unternehmensbezogenen Informationen auch im Unternehmen bleiben. Insofern ist auf eine empfindliche Schweigepflichtlücke hinzuweisen: Die Mitglieder von unternehmensübergreifenden Betriebsrats-Arbeitsgemein-

21) BAG, Beschl. v. 5. 3. 1974 – 1 ABR 19/73, AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972; BAG, Urt. v. 19. 8. 1975 – 1 AZR 565/74, AP Nr. 1 zu § 105 BetrVG 1972; GK-Kraft (Fußn. 3), § 5 Rz. 72; *Fitting/Kaiser/Heithner/Engels* (Fußn. 3), § 5 Rz. 133; *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl., 1997, § 5 Rz. 232.

schaften sind nicht gesondert zum Schweigen verpflichtet. § 79 Abs. 2 BetrVG nennt zwar immerhin die Arbeitnehmervertretungen des § 3 Abs. 1 BetrVG; insofern ist aber schon zweifelhaft, ob die Arbeitsgemeinschaft der Nummer 4 eine Arbeitnehmervertretung ist (vgl. auch § 119 Abs. 1 Nr. 1, der die Arbeitnehmervertretungen des „§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 oder 5“ nennt). Dann entfielen schon die Strafbewehrung des § 120 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – die übrigen Nummern der Vorschrift greifen nicht. Davon abgesehen könnten solche Geheimhaltungsvorschriften allenfalls den unbefugten Bruch des Geheimnisses ahnden. Mit der Einrichtung eines „Betriebsratsarbeitskreises“ geht aber gerade die Befugnis einher, mit den Betriebsräten anderer Unternehmen Informationen auszutauschen. Dass Geschäftsgeheimnisse hiervon ausgenommen wären, sagt das Betriebsverfassungsgesetz nicht. Über solche Betriebsratsarbeitskreise können mithin Unternehmensdaten an die Betriebsräte von Konkurrenten derselben Branche gelangen. Die Betriebsräte können sich gar auf ein koordiniertes Verhalten gegenüber den Betroffenen Arbeitgebern absprechen. So wird mit dem bisherigen Grundsatz gebrochen, wonach das Amt des Betriebsrats stets auf Betrieb, Unternehmen und Konzern beschränkt war,²²⁾ was für gewissen Informationsschutz gesorgt hat.

Bei börsennotierten Arbeitgebern ist darauf zu achten, dass jedes Betriebsratsmitglied, aber auch jedes Mitglied eines anderen Betriebsverfassungsorgans ein Primärinsider kraft Amtes ist, als „Informations“-Berufsträger (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 WpHG). Das Wertpapierhandelsgesetz sorgt hier für effektiv strafbewehrte Schweigepflichten – mit dem Informationsverbreitungsverbot des § 14 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 38 Abs. 1 WpHG.

IV. Regelungsinstrument

1. Tarifvertrag

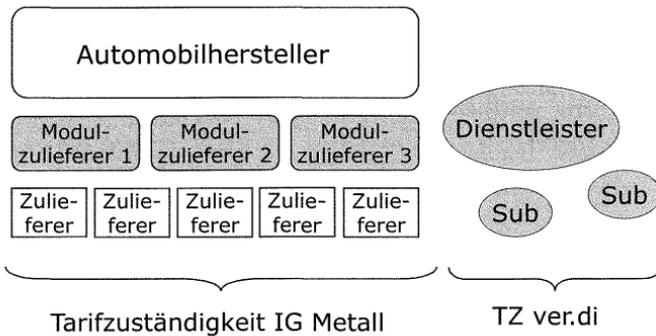
§ 3 BetrVG nennt an erster Stelle den Tarifvertrag: In der Tat soll den Gewerkschaften ein Stück „Betriebsverfassungsmacht“ zugesprochen werden. Das bringt entscheidende Legitimationsprobleme mit sich, weil die Gewerkschaften zur Vertretung der nichtorganisierten Arbeitnehmer nicht berufen sind (siehe ausführlich unten V).

22) v. Hoyningen-Huene, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2000, § 301 Rz. 1; GK-Kreutz (Fußn. 3), vor § 47 Rz. 2, 6; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (Fußn. 3), § 50 Rz. 18, § 54 Rz. 3.

Einfachrechtlich ist die Frage nach der Tarifkonkurrenz zu beantworten. Denn es ist ohne weiteres möglich, dass die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM) einen Betriebsverfassungstarifvertrag abschließt, der mit einem solchen der IG Metall konkurriert. Diese Konkurrenz ist richtigerweise nach dem Prinzip der größten Zahl aufzulösen: Der Tarifvertrag setzt sich durch, der von der Gewerkschaft mit der größten Mitgliederzahl abgeschlossen ist.²³⁾ Problematisch ist nur: in welchem Einzugsbereich? Denn das Prinzip der größten Zahl ist typischerweise betriebsbezogen. Konkurrieren nun zwei Tarifverträge um eine unternehmens- oder gar konzernbezogene Betriebsverfassung, so lässt sich nicht ohne weiteres Unternehmen oder Konzern als Bezugspunkt wählen. Denn dann könnten die Tarifparteien sich ihre Mehrheit suchen. Mir liegt es näher, vom obsiegenden Tarifvertrag die Mehrheit in jedem einzelnen Betrieb zu verlangen! Andernfalls setzt sich kein Tarifvertrag durch; die Regelung der Betriebsstruktur scheitert.

Immer aber muss die tarifschließende Gewerkschaft für alle betroffenen Betriebe tarifzuständig sein.

Betriebsratsstruktur und Unternehmenszusammenarbeit



23) *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fußn. 22), § 276 Rz. 29; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 306 ff; *Däubler*, ArbuR 2001, 1, 3.

Sonderproblem ist auch hier die Nachwirkung betriebsverfassungsrechtlicher Tarifverträge: Eine andere Abmachung i. S. v. § 4 Abs. 5 TVG ist in aller Regel nur der Tarifvertrag.²⁴⁾ Insofern ist auch hier über den Ausschluss oder doch wenigstens über die gesetzliche Befristung der Nachwirkung nachzudenken. Fürsorglich sollte die Nachwirkung im Tarifvertrag befristet oder ausgeschlossen werden.

Immerhin ließe sich trotz § 3 Abs. 2 BetrVG vertreten, dass nach dem Ende des Tarifvertrages durch Betriebsvereinbarung (auch im Falle eines nachwirkenden Tarifvertrages nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) der Weg zurück zur Betriebsstruktur des Betriebsverfassungsgesetzes eröffnet ist.

2. Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 2

a) Besonderer Tarifvorbehalt

Die Betriebsvereinbarung ist nur subsidiär zulässig, wenn erstens im Unternehmen kein betriebsverfassungsrechtlicher Tarifvertrag i. S. v. § 3 BetrVG und zweitens auch kein anderer Tarifvertrag gilt. Die „anderen Arbeitnehmervertretungsstrukturen“ des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sind der Betriebsvereinbarung stets versagt.

§ 3 Abs. 2 BetrVG regelt das Verhältnis des Tarifvertrages zur Betriebsvereinbarung eigenständig und anders als § 77 Abs. 3 BetrVG. Nachvollziehbar ist sicher, dass eine „tarifliche Regelung“ der Betriebsverfassungsstruktur – unabhängig von jeder „kollektiven Günstigkeit“ – den Betriebsrat sperrt. Darin liegt nichts weiter als der Vorrang des Tarifvertrages;²⁵⁾ zweifelhaft ist dieser nur insofern, als der Betriebsrat die bessere Legitimation hat.

So interessant wie abwegig ist die Idee des Gesetzgebers, jedweden Tarifvertrag mit einer hiermit überhaupt nicht im Zusammenhang stehenden Regelung, also insbesondere den oft erwähnten Gehaltstarifvertrag, zum

24) Wiedemann, TVG, 6. Aufl., 1999, § 4 Rz. 354; Löwisch/Rieble (Fußn. 18), § 4 Rz. 228.

25) Siehe hierzu BAG, Beschl. v. 20. 8. 1990 – 1 ABR 85/91, AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt und BAG, Urt. v. 24. 1. 1996 – 1 AZR 597/95, AP Nr. 2 und 8 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG, Beschl. v. 22. 6. 1993 – 1 ABR 62/92, AP Nr. 22 zu § 23 BetrVG 1972; GK-Kreutz (Fußn. 3), § 77 Rz. 119 m. w. N.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (Fußn. 3), § 77 Rz. 96; Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 7. Aufl., 2000, § 77 Rz. 66.

Anlass für eine Sperre der Betriebsvereinbarung zu nehmen. Das ist meines Erachtens schon im Ausgangspunkt greifbar willkürlich, weil tarifgebundene Arbeitgeber so unzulässig diskriminiert werden.

Dazu kommt eine fast schon irrsinnige Ungleichbehandlung: Denn die Betriebsvereinbarung über einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a BetrVG ist schon dann gesperrt, wenn nur ein Gehaltstarifvertrag gilt. Dagegen bleibt die Urabstimmung nach § 3 Abs. 3 BetrVG in diesem Falle möglich: Im betriebsratslosen Betrieb ist die Urabstimmung über einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat nur ausgeschlossen, wenn eine tarifliche Regelung der Betriebsverfassung besteht. Man kann den Gesetzgeber kaum mehr ernst nehmen.

Zusätzlich stellt sich die Frage nach der Qualität der Tarifgeltung. Die Norm meint sicher die tarifrechtliche Geltung eines anderen Tarifvertrages, so dass eine Bezugnahmeklausel in den Arbeitsverträgen nicht genügt. Aber schon die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gehaltstarifvertrages würde Betriebsvereinbarungen nach § 3 Abs. 2 BetrVG sperren, weil der Tarifvertrag dann normativ gilt²⁶⁾ – eine ganz sinnwidrige Folge.

b) Verhältnis zu § 77 Abs. 3 BetrVG

Das Verhältnis zu § 77 Abs. 3 BetrVG ist ungeklärt. Ziemlich sicher kann neben § 3 Abs. 2 BetrVG die **Üblichkeitssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG**²⁷⁾ schon tatbestandlich nicht greifen. Denn Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG müssen notwendig entweder Haustarife sein oder Verbandstarife mit einem auf ein oder wenige Unternehmen bezogenen Geltungsbereich. Im Flächentarif sind Strukturen nach § 3 Abs. 1 BetrVG nicht vorstellbar. Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG greift aber nur im Geltungsbereich des Tarifvertrages. Platz für die Tarifüblichkeitssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG wäre also nur im Nachwirkungszeitraum eines Tarifvertra-

26) *Löwisch/Rieble* (Fußn. 18), § 5 Rz. 14; *Wiedemann* (Fußn. 24), § 5 Rz. 127 ff.

27) Hierzu BAG, Urt. v. 23. 10. 1985 – 4 AZR 119/84, EzA § 4 TVG Metallindustrie Nr. 21; *GK-Kreutz* (Fußn. 3), § 77 Rz. 95 ff; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (Fußn. 3), § 77 Rz. 80 f; *Matthes*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fußn. 22), § 327 Rz. 68.

ges nach § 3 BetrVG. Indessen hätte der Gesetzgeber diese Üblichkeitsperre hier ausdrücklich anordnen müssen. Mithin kann die Betriebsvereinbarung den nachwirkenden Tarifvertrag ablösen und gemäß § 3 Abs. 2 BetrVG modifizieren.

§ 3 Abs. 2 BetrVG enthält keine tarifliche Öffnungsklausel. Hierfür ist zwar in der Tat mit *Hanau*²⁸⁾ nicht der geringste Sachgrund erkennbar. Gleichwohl lässt sich die Tarifdispositivität von § 3 Abs. 2 BetrVG nicht ohne weiteres in das Gesetz hineininterpretieren, denn dem Gesetzgeber war bei seiner Beschlussfassung dieser Einwand bekannt. Das führte dann zu der hübschen Folge, dass ein Arbeitgeber, der mit seinem Betriebsrat eine Betriebsverfassungsstruktur vereinbaren will, tarifungebunden bleiben muss. Das wiederum legt eine verfassungskonforme Restriktion der Vorschrift in Richtung Öffnungsklausel nahe. Denn sonst schließen die Tarifparteien auch gegen den eigenen Willen mit jedwedem Tarifvertrag über Entgelt, Arbeitszeit oder sonstige Fragen notwendig die Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 2 BetrVG aus.

3. „Urabstimmung“ der Belegschaft

An sich liegt die „beste Legitimation“ für eine Strukturentscheidung bei der Belegschaft. Das Gesetz lässt sie gleichwohl nur subsidiär hinter Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zu: Die Belegschaft darf nach § 3 Abs. 3 BetrVG von allen Fällen des Absatzes 1 nur den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat der Nummer 1 Buchst. a entscheiden, und das auch nur dann, wenn erstens kein Tarifvertrag über die Betriebsverfassungsstruktur gilt und zweitens kein Betriebsrat besteht.

Ergänzend ist die Entscheidungsbefugnis in § 4 Abs. 1 BetrVG zu sehen: Die Arbeitnehmer eines verselbständigungs-fähigen Betriebsteiles können – solange dort kein Betriebsrat besteht – beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen; die dortigen Arbeitnehmer können sich dagegen nicht wehren.

28) *Hanau*, Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, 65, 74.

Mitbestimmungsstrukturen - Übersicht

§ 3 I Nr.	Regelungsgegenstand	Regelungsinstrument	Organisatorische Vor.	Funktionale Vor.
1 lit a	Unternehmens-einheitlicher Betriebsrat	TV, BV [nur II], Urabstimmung	Mehrere Betriebe eines Unternehmens	Bildung von Betriebsräten erleichtert oder sachgerechte Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer
1 lit b	Zusammenlegung von Betrieben	TV, BV [nur II], Urabstimmung nur § 4 I		
2	SpartenBR	TV, BV,	Spartenorg. und Spartenleitung in Unternehmen oder Konzern	Dient sachgerechter Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats
3	Beliebige Systemstruktur	TV	keine	Dient einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer

V. Legitimationsprobleme

1. Zusammenschluss von Arbeitgebern

Bedenklich ist die unternehmensübergreifende Betriebsverfassung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG: Die bloße Zusammenarbeit von Unternehmen darf weder die Unternehmen noch die Beschäftigten in eine gemeinsame Betriebsverfassung zwingen. Das Gesetz nennt auch kein brauchbares Kriterium. Ein schwerwiegendes Regelungsdefizit besteht darin, dass der Entwurf zwar einen unternehmensübergreifenden Betriebsrat erlaubt, aber nicht sagt, wer diesem als Arbeitgeber gegenübersteht.²⁹⁾ Während beim gemeinsamen Betrieb die beiden Unternehmen kraft ihrer autonomen Führungsvereinbarung zu einem Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne „verschmelzen“, kann der Tarifvertrag zwei Arbeitgeber nicht zwangsweise zusammenlegen. Das wäre ein Verstoß gegen die negative Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG. Das heißt dann aber weiter: Entweder erfasst § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur freiwillige (nicht erkämpfbare) Haustarifverträge mit den betroffenen Unternehmen, die

29) Zu diesem Problem auch *Wißmann* NZA 2001, 409 ff.

dann auch einen Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne bilden oder die Regelung beschränkt sich darauf, einen Betriebsrat mit zwei (oder mehr) Arbeitgebern verhandeln zu lassen.

Durchweg angreifbar ist die Erwägung, diese Organisationsregelungen zuerst dem Tarifvertrag, dann der Betriebsvereinbarung und – nur in Nebenpunkten (§ 3 Abs. 3 und § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) – der Abstimmung durch die Belegschaft zuzuordnen. Wer sich immer wieder auf „Demokratie“ als Grundlage der Mitbestimmung beruft,³⁰⁾ müsste die betriebliche Urabstimmung als demokratischen Akt mit größtmöglicher Legitimation und Dignität ansehen. Wie schon im Sprecherausschussgesetz sollten alle elementaren Organisationsentscheidungen von den Arbeitnehmern selbst getroffen werden. Im Sinne „demokratischer Legitimation“ liegt es auch, die Beschäftigten über das Ob eines Betriebsrats entscheiden zu lassen, gerade in Kleinbetrieben.

Der Tarifvertrag ist in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten ein heftig umstrittenes Regelungsinstrument, weil der Gewerkschaft die erforderliche Legitimation zur Regelung für die ganze Belegschaft fehlt. Bei stets weiter abnehmendem Organisationsgrad (zwischen 30 und 25%) herrscht so die Minderheit über die Mehrheit der Nichtorganisierten. Dass organisatorische Tarifverträge bislang nach § 3 BetrVG einer staatlichen Genehmigung bedürfen, ist auch keine Belanglosigkeit, sondern Ausdruck staatlichen Schutzes und staatlicher Legitimation.³¹⁾ Der Legitimationsfrage lässt sich ebenso wenig durch den Hinweis auf § 3 Abs. 2 TVG entgehen. Denn auch dort ist die Frage nach der Legitimation gestellt.³²⁾ Dass betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen ohnehin „aus rechtlichen Gründen notwendig betriebseinheitlich gelten müssen“, ist doch keine tragfähige Legitimation zur beliebigen Ausgestaltung der Betriebsverfassung. Vielmehr gilt: Die Gewerkschaften haben grundsätzlich

30) *Burghardt u. a.*, AuR 2000, 205, 207; *Dütz*, DB 2001, 1306, 1307; Erklärung der ver.di-Gewerkschaften, AiB 2000, 326; *Wassermann*, WSI 2000, 697, 698; *Wendeling-Schröder*, AiB 2000, 328.

31) Kritisch auch *Hanau*, Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, 3 f; *Richardi*, NZA 2001, 349 f.

32) BAG, Beschl. v. 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG; BAG, Beschl. v. 17. 6. 1997 – 1 ABR 3/97, AP Nr. 2 zu § 3 TVG Betriebsnormen; *Wiedemann* (Fußn. 24), § 3 Rz. 133; *Löwisch/Rieble* (Fußn. 18), § 3 Rz. 61 f; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 310.

kein Mandat zur Regelung der Arbeitsbedingungen von Nichtmitgliedern.³³⁾ Diese können sich zwar nicht auf die negative Koalitionsfreiheit berufen, um von den Gewerkschaften „in Ruhe gelassen zu werden“; wie aber die Allgemeinverbindlicherklärung richtig zeigt, dürfen sie eine Fremdbestimmung nur kraft staatlich demokratischer Legitimation erfahren. Der die Außenseiter an die Tarifnorm bindende Geltungsbefehl ist dem Staat vorbehalten. Eben diese Legitimation besorgte bislang die staatliche Genehmigung von Tarifverträgen nach § 3 BetrVG. Insofern besteht aus meiner Sicht hinreichender Anlass, das Betriebsverfassungsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht überprüfen zu lassen.

2. Zwangsvereinigung von Arbeitnehmern in unternehmensübergreifenden Belegschaften

Man kann sogar noch einen Schritt weitergehen: Die Zusammenfassung der Arbeitnehmer zu einer Belegschaft war bislang von der faktischen Arbeitsorganisation bestimmt. Soweit schon heute nach dem Sprecherausschussgesetz aber auch mit Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuss das Unternehmen zum Bezugspunkt der Betriebsverfassung gemacht wird, kann sich das auf die Gemeinsamkeit des einheitlichen Arbeitgebers stützen: Die Belegschaft als „Betriebsverband“³⁴⁾ erfasst alle Arbeitnehmer mit demselben Arbeitgeber als Vertragspartner. An die Stelle der unmittelbar faktischen Wechselbezüglichkeit der Arbeitsbedingungen in einer Arbeitsorganisation tritt hier die eher rechtliche und eher mittelbare Wechselwirkung über den Arbeitgeber als Vertragspartei. Sie kommt etwa in der zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vertretenen „Topftheorie“ zum Ausdruck, die die Arbeitnehmer (typischerweise eines Unternehmens) als Mitglieder einer Verteilungsgemeinschaft sieht, die durch die Mitbestim-

33) GK-Kreutz (Fußn. 3), § 75 Rz. 44; Löwisch/Rieble, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fußn. 22), § 251 Rz. 20 ff; Fitting/Kaiser/Heither/Engels (Fußn. 3), § 2 Rz. 26 f.

34) Zur Terminologie siehe bereits Konzen, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG, Betriebsbuße; Leinemann, Der Betriebsverband, BUV 1971, 145.

mung vor Verteilungsgerechtigkeit geschützt werden.³⁵⁾ Insofern kann auch die von *Reichhold*³⁶⁾ herausgearbeitete Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung als rechtfertigende Grundlage für die Zusammenfassung der Arbeitnehmer eines Arbeitgebers dienen.

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG setzen nun an die Stelle der faktischen Betriebsgemeinschaft die durch den Tarifvertrag erst geschaffene Belegschaft: Der Tarifvertrag soll unternehmensübergreifend Belegschaften zusammenführen – bei der Spartenorganisation auch zuvor teilen – können. Schon im Konzern (Nr. 2) begegnet das erheblichen Bedenken, weil die Konzernleitungsmacht aus der Konzernmutter keinen „wirtschaftlichen Arbeitgeber“ macht, soweit nicht gerade die Arbeitgeberkompetenzen der Leitungsmacht unterfallen.

Gar nicht nachvollziehbar ist diese neue Tarifmacht außerhalb des Konzerns. Dass nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Arbeitnehmer unterschiedlicher Unternehmen ohne einen (wie beim Gemeinschaftsbetrieb) vorausgesetzten arbeitsorganisatorischen Zusammenhang allein deshalb zu einer Belegschaft zusammengefasst werden können, weil das „aufgrund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient“, reicht als faktische Grundlage nicht aus – ganz abgesehen davon, dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht kontrollierbar ist. Denn „irgendeine Zusammenarbeit“ von Unternehmen schafft keine faktischen Wechselbeziehungen zwischen den Arbeitnehmern, die Grundlage einer Betriebsgemeinschaft sein kann.

Fußt diese vereinbarte Betriebsstruktur aber nicht mehr auf einer faktischen Betriebsorganisation, so wird das Band zwischen den Arbeitnehmern erst durch den Tarifvertrag geschaffen. **Der Tarifvertrag definiert und schafft die Belegschaft, die dann von dem einheitlichen Betriebsrat vertreten wird.** Wird aber der betrieblichen Arbeitnehmervertretung anstelle der faktischen eine gewillkürte Grundlage gegeben, so handelt es

35) BAG, Beschl. v. 3. 12. 1991 – GS 2/90, ZIP 1992, 1095 = DB 1992, 1579, dazu EWiR 1993, 645 (*Hanau*); BAG, Urt. vom 22. 9. 1992 – 1 AZR 405/90, NZA 1993, 668 = BB 1993, 135; dazu EWiR 1993, 333 (*Hromadka*); BAG, Beschl. v. 14. 6. 1994 – 1 ABR 63/93, AP Nr. 69 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = NZA 1995, 543; GK-*Wiese* (Fußn. 3), § 87 Rz. 877 ff; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels* (Fußn. 3), § 87 Rz. 439 ff; *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 25), § 87 Rz. 257 ff.

36) *Reichhold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 486 ff.

sich um eine Vereinigung i. S. v. Art. 9 GG: Die Arbeitnehmer sind in der Belegschaft nunmehr durch ein rechtliches Band verbunden. Aus Art. 9 GG folgt aber, dass dieses rechtliche Band nur der freiwillige Beitritt der Arbeitnehmer sein kann. Der unternehmensübergreifende Betrieb kraft Tarifvertrages (Rechtsfolge gemäß § 3 Abs. 5 BetrVG) schafft eine Belegschaft als Verband, die nicht mehr auf dem Gesetzesbefehl des Betriebsverfassungsgesetzes, sondern auf dem Normbefehl des Tarifvertrages fußt und keine faktische Legitimation mehr in sich trägt.

Wer an die Stelle der vom Gesetz aufgegriffenen Faktizität den Tarifvertrag als Vereinbarung setzt, unterwirft die Arbeitnehmer einem gewillkürten Zwangsverband: Das ist nicht nur eine Frage des „Wie“ im Arbeitsverhältnis oder der betrieblichen Organisation, für das § 3 Abs. 2 TVG noch reichen mag. Hier geht es um das – verfassungsrechtlich anstößige – „Ob“ einer Zwangsmitgliedschaft in einem geschaffenen Verband.³⁷⁾ Diese Zwangsmitgliedschaft verstößt gegen die negative Koalitionsfreiheit.

3. Schutz vor Tarifwillkür

Dass die Tarifparteien künftig mit den Belegschaften bis an die Grenze der Willkür – oder gar der bewussten Manipulation von Betrieben als „Wahlkreise“ – verfahren dürfen, will offenbar auch das BetrVerf-Reformgesetz nicht. Denn es bindet in § 3 Abs. 1 BetrVG die tarifliche Modifikation der Betriebe an – unscharfe und unterschiedliche – Tatbestandsvoraussetzungen: „sachgerechte Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer“ (Nr. 1), „sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats“ (Nr. 2), „wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer“ (Nr. 3). Sind das Wirksamkeitsvoraussetzungen des Tarifvertrages, so dass an die Stelle der präventiven Ministererlaubnis die repressive Wirksamkeitskontrolle durch die Arbeitsgerichte tritt? Die Folge wäre – angesichts der Unschärfe der Kriterien – erhebliche Rechtsunsicherheit über den Bestand der gewählten Betriebsräte. Eben dies

37) Ähnlich *Biedenkopf* vor dem Bundesrat, Stenografischer Bericht, 761. Sitzung; *Richardi*, NZA 2001, 350.

vermied die bisherige präventive Staatsaufsicht durch das Erfordernis der Genehmigung der Tarifverträge nach § 3 BetrVG a. F.³⁸⁾

Dass die nunmehr mittelbare Grundrechtsbindung der – privatautonom legitimierten – Tarifverträge neuerdings auf die Schutzpflicht des Staates gestützt wird und damit teilweise abgemilderte Schutzintensitäten begründet werden,³⁹⁾ darf für betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen keine Folgen haben. Denn das zentrale Argument, die Arbeitnehmer hätten durch die Mitgliedschaft den sie belastenden Tarifbedingungen zugestimmt, gilt für die Außenseiter gerade nicht. Im Gegenteil: So wie die Allgemeinverbindlicherklärung als staatlich legitimierte Tarifgeltung weiterhin der unmittelbaren und nicht abgeschwächten Grundrechtsbindung unterfällt,⁴⁰⁾ so muss auch der Schutz der Außenseiter vor den Betriebsnormen des § 3 Abs. 2 TVG unverändert aufrechterhalten werden. Denn die Außenseiter haben den Tarifvertragsparteien gerade kein Mandat durch Mitgliedschaft erteilt.

Mit diesem Schutzgebot ist § 3 BetrVG n. F. nicht vereinbar: Erstens enthält § 3 Abs. 1 BetrVG von vornherein nur **scheinbare Grenzen**, indem für Nummer 1 erforderlich ist, dass „dies die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient“, oder für Nummer 2 zur Voraussetzung erhoben wird, dass „dies der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient“, oder für Nummer 3, dass die Regelung „einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient“. Das hilft nicht weiter, schafft insbesondere keinen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigenden Außenseiterschutz. Denn diese Umschreibungen bedeuten nichts weiter, als dass die Tarifvertragsparteien die gewillkürte Betriebsratsstruktur für zweckmäßig halten müssen.

Selbst wenn der Gesetzgeber sich entschlösse, handhabbare Kriterien zum Schutz der Arbeitnehmer zu entwickeln, ist eine **repressive Tarifkontrolle zum Schutz der Außenseiter ungenügend**. Denn jede gerichtliche Be-

38) GK-Kraft (Fußn. 3), § 3 Rz. 39; *Fitting/Kaiser/Heiþer/Engels* (Fußn. 3), § 3 Rz. 3; *Trümmer*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 25). § 3 Rz. 69.

39) *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck 20. Aufl., 1999, Rz. 353 ff m. w. N.; *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fußn. 22), § 246 Rz. 71

40) BVerfG, Kammerbeschl. v. 10. 9. 1991 – 1 BvR 561/89, NZA 1992, 125.

anstandung eines Strukturtarifvertrages nach § 3 BetrVG würde nachträglich zur Nichtigkeit des Tarifvertrages führen und damit der bereits gewählten Betriebsvertretung jede Legitimation entziehen. Die Arbeitnehmer stünden – bis entsprechende Neuwahlen regulärer Betriebsräte stattgefunden hätten – schutzlos da. Ein Übergangs- oder Restmandat der auf Basis eines nichtigen Tarifvertrages gewählten Räte kann nicht anerkannt werden.

Das wiederum wird einmal die Arbeitsgerichte davon abhalten, Tarifverträge nach § 3 BetrVG zu beanstanden; vernünftigerweise achten Arbeitsgerichte auf die Folgen ihres Spruches. Und dort, wo eine Beanstandung unvermeidlich ist, müssen die Außenseiter die Tarifkontrolle zu ihren Gunsten mit dem Entzug des Betriebsratsschutzes bezahlen. Das ist systemwidrig.

Richtigerweise muss deshalb bei tariflichen Eingriffen in die Betriebsratsstruktur eine **präventive Kontrolle** zum Schutz der Außenseiter installiert werden: Gleich ob Arbeitsbehörden oder Gerichte entscheiden, muss schon vor In-Kraft-Treten des Tarifvertrages geprüft werden, ob der Tarifvertrag das Außenseiterinteresse an einer sachgerechten neutralen Arbeitnehmervertretung verletzt. Dass mit der Streichung der staatlichen Tarifkontrolle lediglich Verwaltungsaufwand vermieden werden soll,⁴¹⁾ zeigt nur, dass ein plausibler Sachgrund nicht vorliegt. Denn Verwaltungsaufwand lässt sich gegen Außenseiterschutz nicht aufwiegen.

Bislang half auf der Rechtsfolgenrechte als Ausweg die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts,⁴²⁾ nach der die Verkennung des Betriebsbegriffes nur zur Anfechtbarkeit der Wahl führt, so dass mit dem Verstreichen der Anfechtungsfrist der Fehler geheilt war. Auf die Nichtigkeit von Tarifverträgen lässt sich das nicht übertragen. Einmal ist die Verkennung der Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen keine Verkennung des organisatorischen Betriebsbegriffes. Zum anderen würde – wollte man ernstlich diesen Weg gehen – der Tarifvertrag letztlich jeder Kontrolle entzogen; die Tarifparteien könnten nahezu unkontrolliert in die betriebliche Mitbestimmung eingreifen.

41) Ernstlich *Riester*, Bundesrat, Stenografischer Bericht, 761. Sitzung, 1 A f.

42) BAG, Beschl. v. 14. 5. 1997 – 7 ABR 26/96, AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG = DB 1997, 2083; BAG, Beschl. v. 26. 6. 1996 – 7 ABR 51/95, unveröff.; BAG, Beschl. v. 13. 9. 1984 – 6 ABR 43/83, AP Nr. 3 zu § 1 BetrVG = NZA 1985, 293.

4. Folgen für Umstrukturierungen

Bislang nicht hinreichend beachtet wurde der Zusammenhang von Betriebsstrukturtarifverträgen mit Unternehmensumstrukturierungen. Denn mit Hilfe der unternehmensübergreifenden Betriebsstruktur lässt sich eine Unternehmensspaltung betriebsverfassungsrechtlich kompensieren – ganz ähnlich wie dies gelegentlich mit der gemeinsamen Betriebsfortführung nach Spaltung gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG möglich ist.

Aus meiner Sicht steht zu befürchten, dass aus Anlass einer Unternehmensumstrukturierung Tarifverträge zur Beibehaltung der bisherigen Mitbestimmungsstruktur gefordert werden. Das spielt insbesondere dort eine Rolle, wo sich die Gewerkschaften, aber auch etablierte Betriebsräte, in ihrem betrieblichen Besitzstand gefährdet sehen. So könnte etwa die IG Metall fordern, dass eine Ausgliederung einer Vertriebsseinheit zu einem selbständigen Unternehmen betriebsverfassungsrechtlich folgenlos bleibt. Der alte Traum vom „Grundrecht auf Mitbestimmung“⁴³⁾ gerade in unternehmensorganisatorischer Sicht wird vermehrt geträumt werden.

Vor allem aber dürfen Arbeitgeber nicht durch Tarifverträge in einem betriebsverfassungsrechtlichen Zwangsverband gehalten werden. Ein solcher Eingriff – man denke etwa an die Zwangsvereinigung im Gesamthafenbetrieb⁴⁴⁾ muss dem Staat vorbehalten bleiben.

43) So schon *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973.

44) Vgl. hierzu *Martens*, NZA 2000, 449; *Zeuner*, AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG.