*Volker Rieble**)/*Martin Gutzeit***)

Urheberrechte achten!

Übergangsmandat bei Betriebsverschmelzung: Streit zwischen Betriebsräten und Durchsetzung***)

Das Übergangsmandat nach § 21a BetrVG gibt hinreichend Stoff für Erörterung. Eine ganz praktische Frage stellt sich bei der Betriebs(teil)verschmelzung nach § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG: Wie stellt man eigentlich fest, welcher Betriebsrat derjenige ist, der „nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer" dem „größten Betrieb oder Betriebsteil" entstammt und damit das Übergangsmandat innehat? Kommt es auf den Zeitpunkt der letzten Betriebsratswahl oder auf den der Betriebsverschmelzung an? Und wie löst man die Frage prozessual?

I. Maßgeblicher Zeitpunkt des Größenvergleichs

1. Meinungsstand zum maßgeblichen Zeitpunkt

Werden Betriebe oder Betriebsteile zu einem Betrieb „zusammengefasst" (§ 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG) oder „zusammengelegt" (Abs. 3) oder „zusammengeschlossen" (§ 106 Abs. 3 Nr. 8, § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG), also besser: verschmolzen,[1] so nimmt der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils das Übergangsmandat wahr (§ 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Die entscheidende Frage ist damit offen: Auf welchen Zeitpunkt kommt es an? Ist derjenige der vorangegangenen Wahl maßgebend oder derjenige der Verschmelzung?

Die Literatur hat sich mit dieser Frage eher am Rande beschäftigt. So meinen etwa *Löwisch* und *Schmidt-Kessel*, maßgeblicher Stichtag für die Feststellung des größten Betriebs sei der Tag, an dem die Zusammenfassung tatsächlich erfolgt ist.[2] Hingegen wird von *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* die Ansicht vertreten, dass es auf die Größenverhältnisse zum Zeitpunkt der – letzten vorangegangenen – Betriebsratswahlen ankomme. Begründet wird letztere Ansicht immerhin damit, dass die Größenverhältnisse der einzelnen Betriebe im Zeitpunkt der Zusammenfassung durch den Arbeitgeber beliebig manipuliert werden könnten. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit seien deshalb die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Betriebsratswahlen maßgeblich.[3] Und auch *Kreutz* nennt den Zeitpunkt der letzten Betriebsratswahl als maßgeblichen Zeitpunkt, weil der auf diese Weise ermittelte (Übergangs-)Betriebsrat eine größere „Legitimationsbasis" habe.[4]

2. Wortlaut des § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG

Äußere Grenze jeder Auslegung einer Norm bildet deren Wortlaut. Das Ergebnis einer Auslegung darf sich nicht jenseits des sprachlich möglichen Wortsinns bewegen. Und insofern scheint der Wortlaut für die hier gestellte Frage wenig ergiebig. Das Gesetz spricht in § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG lediglich von der Betriebsgröße, ohne ausdrücklich festzulegen, welcher Zeitpunkt für die Größenbestimmung maßgeblich sein soll. Der Wortlaut lässt auf den ersten Blick beide Auslegungsergebnisse gleichermaßen zu.[5]

Bei exakter Wortlautinterpretation spricht jedoch mehr für die Ansicht, welche die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der tatsächlichen Verschmelzung als maßgeblich erachtet. Allerdings streitet dafür nicht schon der vom Gesetzgeber gewählte Anknüpfungspunkt „Betrieb". Immerhin, so könnte man meinen, hätte der Gesetzgeber, hielte er die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Betriebsratswahl für maßgeblich, dies dadurch deutlich machen können, dass er nicht an die Größe der einzelnen Betriebe, sondern an die der Betriebsräte anknüpft. Nach Maßgabe des § 9 BetrVG schlägt nämlich die Größe des Betriebs zum Zeitpunkt der Betriebsratswahlen auf die Größe des Betriebsrats durch. Hiergegen streitet freilich schon, dass § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG vom Gesetzgeber als Konkurrenzklausel konzipiert ist. Die wegen der Stufungen des § 9 BetrVG vergröbernde Skalierung würde eine hieran anknüpfende Konkurrenzregel häufig leer laufen lassen. Die Ausnahmevorschrift des § 11 BetrVG passt erst recht nicht.

Stark für die Größenverhältnisse zum aktuellen Zeitpunkt der Betriebs(teil)verschmelzung spricht, dass § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG eindeutig auch die Größe des Betriebsteils nennt. Wird nur ein Betriebsteil mit einem anderen Betrieb (oder gar Betriebsteil) verschmolzen, so ist die Größe des in die Verschmelzung eingehenden Betriebsteils – und nicht die des (Gesamt-)Betriebs – maßgeblich.

Das „Prinzip der größeren Zahl" bezieht sich notwendig auf den Betriebsteil.[6] Die Größe eines Betriebsteils lässt sich nicht sinnvoll auf den Zeitpunkt der Betriebsratswahl zurückberechnen oder herunterbrechen. Auch eine verhältnismäßige Umrechnung wäre willkürlich.

Am Beispiel: Entspricht die personelle Stärke eines Betriebsteils einem Drittel der Personalstärke des Gesamtbetriebs, so könnte man, wenn der Gesamtbetrieb heute 90 Arbeitnehmer

*) *Dr. iur., Universitätsprofessor LMU München, Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR)*
**) *Dr. iur., München*
***) *Der Text beruht auf einem Rechtsgutachten für eine große Kommune.*

1) *Rieble*, NZA 2002, 233, 237: Regelungspfusch; *Kreutz*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., 2002, § 21a Rz. 58: Begriffswirrwarr ist dilettantisch.

2) BB 2001, 2162, 2164; vgl. auch *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 5. Aufl., 2002, § 21a Rz. 23. Dieser Ansicht haben sich *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock*, BetrVG, 6. Aufl., 2002, § 21a Rz. 11, 25 sowie *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 2. Aufl., 2003, D Rz. 81, angeschlossen.

3) *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, 21. Aufl., 2002, § 21a Rz. 18

4) Fußn. 1, § 21a Rz. 71.

5) *Kreutz* (Fußn. 1), § 21a Rz. 71: Beurteilungszeitpunkt sei vom Gesetz offen gelassen.

6) Vgl. etwa *Kreutz* (Fußn. 1), § 21a Rz. 70; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 8. Aufl., 2002, § 21a Rz. 9; *Thüsing*, DB 2002, 738, 739; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* (Fußn. 2), D Rz. 81. Zur Vorgängerregelung des allgemeinen Übergangsmandats § 321 Abs. 2 UmwG vgl. *Lutter/Joost*, UmwG, 2. Aufl., 2000, § 321 Rz. 24.

zählt und damit der Betriebsteil entsprechend 30, die Größe des Betriebsteils im Zeitpunkt der Wahl dahin gehend bestimmen, dass – bei einer unterstellten Größe des Gesamtbetriebs im Zeitpunkt der Wahl von 60 Arbeitnehmern – die Größe des Betriebsteils entsprechend dem Verhältnis mit 20 Arbeitnehmern veranschlagt wird. Die Willkür dieser Berechnung zeigt sich aber zum einen in dem Fall, in dem der betreffende Betriebsteil – wie meist – eine abgrenzbare Einheit bildet: etwa bei dem Betriebsteil „Vertrieb". Hier leuchtete es nicht ein, die – im Beispiel konstant gebliebene – Größe der „Vertriebsabteilung" mit Blick auf die schwankenden Größenverhältnisse des Gesamtbetriebs umzurechnen. Vor allem aber hätte es der Arbeitgeber bei einer verhältnismäßigen Umrechnung durch vorherige Abspaltungen usw. in der Hand, das Verhältnis des jeweiligen Betriebsteils zum Gesamtbetrieb erheblich zu beeinflussen. Insgesamt liegt es deshalb näher, auf die tatsächlichen Größenverhältnisse zum Zeitpunkt der Zusammenfassung abzustellen. Das gilt jedenfalls – wie ausgeführt – für den Betriebsteil. Kaum sinnvoll wäre es dann aber, für die Größenbestimmung des Betriebs an einen anderen Zeitpunkt anzuknüpfen.

Die Umrechnung der aktuellen Größe eines Betriebsteils auf den Zeitpunkt der Betriebsratswahlen führt zu erheblichen Schwierigkeiten und zu unsinnigen Ergebnissen. Weil der Gesetzgeber hieran aber anknüpft, spricht der Wortlaut des § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG – jedenfalls eher – dafür, auf die aktuellen Größenverhältnisse abzustellen.

3. Systematische Auslegung

3.1 Betriebs- und Unternehmensgrößen im BetrVG

Das BetrVG stellt an verschiedenen Stellen auf die Betriebs- bzw. Unternehmensgröße ab. Im Wesentlichen lassen sich dabei zwei Gruppen bilden: Zum einen kennt das Gesetz größenabhängige Organisationsnormen (vgl. u. a. § 1 Abs. 1, § 9, § 13 Abs. 2, § 28, § 28a und § 38 Abs. 1 BetrVG). Zum andern verlangt das Gesetz für bestimmte Befugnisse des Betriebsrats eine Mindeststärke der Belegschaft (etwa § 92a Abs. 2, § 95 Abs. 2, § 99, § 106 und § 111 BetrVG): größenabhängige Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte.

Soweit das Gesetz im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsvorschriften auf die Betriebsgröße abstellt, ist nur bei der „Grundgröße", nämlich der Größe des Gremiums, der Zeitpunkt der Betriebsratswahlen maßgebend. Der genaue (Stich-)Tag ist für § 9 BetrVG spezifiziert durch die Wahlordnung: Maßgeblich ist wegen § 3 Abs. 2 Nr. 5 und § 31 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 WO der Tag des Erlasses des Wahlausschreibens, mit dem die Betriebsratswahl eingeleitet wird (§ 3 Abs. 1 Satz 2, § 31 Abs. 1 Satz 2 WO).[7)]

Die spätere Änderung der Belegschaftsstärke soll nicht zu anpassenden Schwankungen bei der Größe des Betriebsrats führen. Das folgt schon aus § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG: Der Betriebsrat ist außerhalb der Zeiten regelmäßiger Betriebsratswahlen nur dann (neu) zu wählen, wenn mit Ablauf von 24 Monaten, vom Tage der Wahl an gerechnet, die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer um die Hälfte, mindestens aber um fünfzig, gestiegen oder gesunken ist. Im Übrigen soll der Betriebsrat sein Amt in unveränderter personeller Zusammensetzung fortführen. Schwankungen nach unten – wie auch nach oben – sind also innerhalb der Grenzen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG unbeachtlich.

Mit Recht sieht das BAG den Zweck der Vorschrift des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG vor allem darin, die Kontinuität der Amtsführung des Betriebsrats gegenüber nachträglich eintretenden Veränderungen der Belegschaft zu sichern.[8)]

Mehr ist nicht gemeint: Schon für die „Grundvoraussetzung" der Bildung eines Betriebsrats – die Betriebsratsfähigkeit des Betriebs – kommt es auf die aktuellen Verhältnisse an. Sinkt ein Betrieb unter die in § 1 Abs. 1 BetrVG gezogene Grenze von regelmäßig 5 ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern, so endet (nach allgemeiner Ansicht) das Amt des Betriebsrats automatisch. Ein Betriebsrat bleibt also nicht schon deshalb im Amt, weil der Betrieb, für den er gewählt ist, im Zeitpunkt der Betriebsratswahl betriebsratsfähig gewesen ist.[9)]

Entsprechend endet nach richtiger Ansicht die Amtszeit eines nach § 28 BetrVG gebildeten Ausschusses, sobald die regelmäßige Belegschaftsstärke auf 100 oder weniger Arbeitnehmer sinkt. Die Übertragung von Aufgaben auf eine Arbeitsgruppe (§ 28a BetrVG) wird entsprechend gegenstandslos.[10)]

Auch für den Wirtschaftsausschuss, der nach § 106 BetrVG zu errichten ist, ist Voraussetzung, dass – unternehmensbezogen – mehr als 100 Arbeitnehmer ständig beschäftigt sind. Sinkt die Zahl der Arbeitnehmer nach der Errichtung unter diesen Grenzwert, so entfällt der Wirtschaftsausschuss. Eine Mitgliedschaft im Wirtschaftsausschuss endet.[11)]

Selbst hinsichtlich der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG ist die jeweils aktuelle Belegschaftsstärke maßgebend. Erhöht sich die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer, so sind nach Maßgabe der Staffel des § 38 Abs. 1 BetrVG weitere Betriebsratsmitglieder freizustellen. Sinkt hingegen die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer, so verringert sich der Anspruch des Betriebsrats auf Freistellungen entsprechend.[12)] Das ist schon deshalb richtig, weil das Gesetz über die Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG die unwiderlegliche Vermutung aufstellt, die Freistellung sei in diesen Fällen

7) Dazu *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 9 Rz. 33; *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 9 Rz. 12; *Kreutz* (Fußn. 1), § 9 Rz. 8; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 9 Rz. 13; *Schneider*, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 8. Aufl., 2002, § 9 Rz. 6.

8) BAG v. 7. 12. 1988 – 7 ABR 10/88, EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 25; vgl. auch *Kreutz* (Fußn. 1), § 13 Rz. 36; unscharf *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 13 Rz. 21: Rechtssicherheit.

9) *Berg*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 1 Rz. 184; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 1 Rz. 269 (mit Einschränkungen); *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 1 Rz. 29; *Kreutz* (Fußn. 1), § 1 Rz. 70; *Löwisch/Kaiser* (Fußn. 2), § 1 Rz. 19; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 21 Rz. 23.

10) *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 28 Rz. 4, § 28a Rz. 6; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 28 Rz. 15, § 28a Rz. 9; *Löwisch/Kaiser* (Fußn. 2), § 28a Rz. 6; zu weit geht *Wedde*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 28a Rz. 13: ein einmal gewährtes „Mandat" könne fortgeführt werden.

11) *Fabricius/Oetker*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., 2002, § 106 Rz. 21; *Löwisch/Kaiser* (Fußn. 2), § 106 Rz. 5; *Richardi/Annuß*, BetrVG, 8. Aufl., 2002, § 106 Rz. 11; a. M. *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 106 Rz. 13.

12) Dazu *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 38 Rz. 11; *Löwisch/Kaiser* (Fußn. 2), § 38 Rz. 5; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 38 Rz. 11; *Wiese/Weber*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., 2002, § 38 Rz. 13 f.; vgl. ferner *Berg*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 38 Rz. 10 sowie *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 38 Rz. 15 (beide allerdings mit unzutreffenden Einschränkungen für das Absinken der Belegschaftsstärke).

auch erforderlich.[13] Eine größere Belegschaft macht erfahrungsgemäß „mehr Arbeit" als eine kleinere. Und darum kommt es auf die jeweiligen Größenverhältnisse an. Jede andere Interpretation – etwa ein solche, die die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Betriebsratswahl oder während des ersten Freistellungsbeschlusses für maßgeblich hielte – verstieße entweder gegen des Benachteiligungs- oder das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. Der Betriebsrat darf weder bestandsschützend mehr Freistellungen in Anspruch nehmen als notwendig (Begünstigungsverbot); noch dürfen dem Betriebsrat Freistellungen vorenthalten werden, wenn sich die betrieblichen Verhältnisse entsprechend geändert haben (Benachteiligungsverbot).[14]

Auch hinsichtlich der Schwellenwerte, die materiale Befugnisse des Betriebsrats auslösen – betriebsgrößenabhängige Mitbestimmungsrechte –, herrscht weithin Einigkeit, dass es grundsätzlich auf die aktuellen Werte ankommt.[15] Das gilt etwa für die unternehmensbezogene Größe von mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern, die die Rechte des Betriebsrats aus § 99 BetrVG auslöst. So wie die Befugnisse aus § 99 BetrVG durch eine Erhöhung der Zahl der regelmäßig Beschäftigten auf mehr als 20 auch während der laufenden Amtszeit des Betriebsrats erst entstehen können, so können sie umgekehrt bei einem Absinken dieser Größe (wieder) entfallen.[16]

Schließlich sind auch die aus § 111 BetrVG folgenden Unterrichtungs- und Beratungsrechte von einem unternehmensbezogenen Schwellenwert abhängig: Es müssen in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer in dem Unternehmen beschäftigt sein. Auch hierfür ist aber entscheidend, dass der Schwellenwert noch dann überschritten ist, wenn die in § 111 BetrVG genannten Beteiligungsrechte entstehen. Es reicht also auch hier nicht aus, wenn der Schwellenwert nur im Zeitpunkt der Betriebsratswahlen überschritten war.[17]

Die Systematik also zeigt: Sofern das Gesetz Schwellenwerte festsetzt, sind regelmäßig die aktuellen Größenverhältnisse maßgeblich – und nicht frühere Größenverhältnisse etwa im Zeitpunkt der Betriebsratswahl. Das gilt sowohl für die größenabhängigen Beteiligungsrechte des Betriebsrats als auch für einzelne organisationsrechtliche Bestimmungen. Lediglich die Größe des Betriebsratsgremiums (§ 9 BetrVG) ist im Hinblick auf die Kontinuität der Amtsführung von Schwankungen der Belegschaftsstärke weithin entkoppelt: Hier geht es um die Statuseinrichtung des Betriebsrats als Gremium. Und deswegen ist hier nur eine Korrektur nach Maßgabe des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG möglich. Aber auch insofern gilt: Sinkt die Belegschaftsgröße unter die in § 1 Abs. 1 BetrVG verlangte Mindeststärke, so ist der Betrieb insgesamt nicht mehr betriebsratsfähig. Das Amt des Betriebsrats endet dann automatisch – ungeachtet der Regelung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

Der Gedanke des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG trägt für das Übergangsmandat nicht. § 21a BetrVG will nicht eine kontinuierliche Amtsführung eines der in Frage kommenden Betriebsräte sichern. Es geht schlicht um eine Auswahlentscheidung, eine Konkurrenzsituation zwischen zwei für das Übergangsmandat nach Betriebsverschmelzung in Betracht kommenden Betriebsräten. (Nur) Diese muss bewältigt werden. Hierfür knüpft das Gesetz an die Betriebsgrößen an. Weil das Gesetz aber bei Größenverhältnissen regelmäßig auf die aktuellen Werte abstellt, spricht mangels gegenteiliger Anhaltspunkte die Systematik des Gesetzes dafür, dass auch im Falle des § 21a Abs. 2 BetrVG die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Zusammenfassung gemeint sind.[18]

3.2 Gegenargument von Kreutz: § 47 Abs. 7 BetrVG

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Argumentation von *Kreutz*, der für seine Ansicht, die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Betriebsratswahlen seien für § 21a Abs. 2 BetrVG maßgeblich, als systematisches Argument § 47 Abs. 7 BetrVG heranzieht.[19] Gemäß § 47 Abs. 7 BetrVG hat jedes Mitglied des Gesamtbetriebsrats so viele Stimmen, wie in dem Betrieb, in dem es gewählt wurde, wahlberechtigte Arbeitnehmer in der Wählerliste eingetragen sind. Dabei kommt es auf den Tag der Betriebsratswahl an – und nicht etwa auf den die Betriebsratsgröße bestimmenden Tag des Wahlausschreibens. Denn der Wahlvorstand hat die Wählerliste bis zum Tag vor Beginn der Stimmabgabe permanent zu korrigieren (§ 4 Abs. 3 WO). Schon deswegen ist § 47 Abs. 7 BetrVG ein nur beschränkt brauchbares Argument. Eine Wählerliste für Betriebsteile wird nicht geführt.

Damit ist § 47 Abs. 7 BetrVG aber in Wahrheit ein systematisches Gegenargument gegen die von *Kreutz* vertretene Ansicht. Das BetrVG stellt nämlich bei § 47 Abs. 7 – anders als bei § 21a Abs. 2 und abweichend von den sonst im Gesetz genannten Schwellenwerten – gerade *ausdrücklich* auf die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Wahl ab und schreibt diese fest. Das hat für § 47 Abs. 7 BetrVG seinen guten Grund darin, dass sonst das Stimmgewicht eines in den Gesamtbetriebsrat entsandten Betriebsratsmitglieds kaum je rechtssicher bestimmt werden könnte. Vor jeder einzelnen Beschlussfassung des Gesamtbetriebsrats müsste eine Erhebung der Belegschaftsstärke in den einzelnen Betrieben erfolgen, um das

13) BAG v. 26. 7. 1989 – 7 ABR 64/88, EzA § 38 BetrVG 1972 Nr. 11 = AP Nr. 10 zu § 38 BetrVG 1972 = NZA 1990, 621; BAG v. 26. 6. 1996 – 7 ABR 48/95, EzA § 38 BetrVG 1972 Nr. 15 = AP Nr. 17 zu § 38 BetrVG 1972 = NZA 1997, 58.

14) Vgl. auch BAG EzA § 38 BetrVG 1972 Nr. 11 = AP Nr. 10 zu § 38 BetrVG 1972 = NZA 1990, 621: kein „Bestandsschutz".

15) Siehe zu § 92a Abs. 2 und § 95 Abs. 2 BetrVG nur *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 92a Rz. 12 sowie § 95 Rz. 13, 15; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6) § 92a Rz. 12 sowie § 95 Rz. 49: jeweils aktuelle Größenverhältnisse (genauer: bei Stellungnahme bzw. „im Zeitpunkt des Verlangens") sind entscheidend. Für § 95 Abs. 2 BetrVG auch *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 95 Rz. 14.

16) Dazu *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 99 Rz. 12; *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 99 Rz. 3; *Kittner*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 99 Rz. 9; *Kraft*, in: GK-BetrVG (Fußn. 1), § 99 Rz. 9; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 99 Rz. 14.

17) So richtig BAG v. 9. 5. 1995 – 1 ABR 51/94, ZIP 1995, 1762 = EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 30 = AP Nr. 33 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1996, 166, dazu EWiR 1995, 1055 *(Bormann)*; BAG v. 10. 12. 1996 – 1 ABR 43/96, ZIP 1997, 855 = EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 33 = AP Nr. 37 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1997, 733, dazu EWiR 1997, 581 *(Plander)*; *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fußn. 7), § 111 Rz. 27; *Fabricius/Oetker* (Fußn. 11), § 111 Rz. 20; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 111 Rz. 28; *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 111 Rz. 12h; *Löwisch/Kaiser* (Fußn. 2), § 111 Rz. 9; *Richardi/Annuß* (Fußn. 11), § 111 Rz. 24.

18) Vgl. auch *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 21a Rz. 11: abweichender Zeitpunkt hätte einer gesetzlichen Klarstellung bedurft.

19) *Kreutz* (Fußn. 1), § 21a Rz. 71.

Stimmgewicht der Delegierten zu bemessen. Das wäre faktisch allein deswegen nicht durchführbar, weil § 47 Abs. 7 BetrVG – anders als bei den Schwellenwerten – jeweils eine exakte Feststellung der Belegschaftsstärke verlangt.

Für § 21a Abs. 2 BetrVG hingegen fehlt eine solche Festschreibung der Verhältnisse durch Festlegung des Wahlzeitpunkts. Für die Frage, wer bei einer Zusammenfassung zweier Betriebe Träger des Übergangsmandats wird, bedeutet eine aktuelle Größenerhebung auch nichts Unzumutbares. Dies schon deshalb, weil es für § 21a Abs. 2 BetrVG – anders als im Falle des § 47 Abs. 7 BetrVG – nicht notwendig auf eine genaue Größenbestimmung ankommt. Es genügt ein „jedenfalls größer" oder „jedenfalls kleiner", um die in § 21a Abs. 2 BetrVG geregelte Konkurrenzfrage zu bewältigen. Damit bleibt es dabei: Auch für § 21a Abs. 2 BetrVG ist davon auszugehen, dass die jeweils aktuellen Größenverhältnisse maßgeblich sind.

4. Teleologische Überlegungen

Auch der Zweck des § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG spricht für die Maßgeblichkeit der Betriebsgrößenverhältnisse im Zeitpunkt der Umstrukturierungsmaßnahme.

4.1 Hintergrund der Regelung: Legitimationsproblem

Grundproblem eines jeden Übergangsmandats ist das Legitimationsproblem – vor allem mit Blick auf die Normsetzungsbefugnis. Anders als bei Tarifnormen fußt nämlich die Geltung von Betriebsvereinbarungen nicht auf einem privatautonom erteilten Mandat der regelungsunterworfenen Belegschaftsmitglieder. Ein schlüssiges privatautonomes Konzept für die Betriebsverfassung fehlt. Die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien lässt sich – jedenfalls im Grundsatz – nur abgeleitet vom Staat begreifen, der seine Kompetenz auf die Betriebspartner delegiert hat.[20]

Ein insgesamt überzeugendes „Legitimationsmodell" ist für die Betriebsverfassung gleichwohl noch nicht gefunden. Unklar ist insbesondere, ob und welche Bedeutung die Betriebsratswahl als demokratische Legitimationsgrundlage hat. Auf ein personelles Legitimationsmoment setzt jedenfalls in erster Linie der Tarifvertrag, der seine Geltung über die beiderseitige Tarifbindung – also qua Mitgliedschaft – beansprucht und rechtfertigt. Anders als die Tarifvertragsparteien haben allerdings die Betriebspartner keine privatautonome, sondern eine vom Staat verliehene und gesetzlich (relativ) klar umrissene Regelungskompetenz für den Betrieb als Einheit – und damit grundsätzlich: personenunabhängig. Ein neu eingestellter Arbeitnehmer unterfällt der Regelungsgewalt der Betriebspartner deshalb auch dann, wenn er bei den Betriebsratswahlen noch gar nicht beschäftigt war. Einigermaßen gesichert ist bei alledem nur, dass mit dem „Betrieb als organisatorische Einheit" zwar keine innere Rechtfertigung, aber eine äußere Grenze der Legitimation der Betriebspartner aufgezeigt ist.[21]

Wenn das aber so ist, stellt sich die Legitimationsfrage dann besonders dringlich, wenn der bisherige Betrieb – wie in den Fällen eines Übergangsmandats regelmäßig – seine Identität verliert, weil er gespalten wird oder weil er mit einem anderen Betrieb oder Betriebsteil zusammengefasst wird.[22] Nach einem „strengen Legitimationskonzept" müsste der Betriebsrat in diesen Fällen eigentlich jede Zuständigkeit verlieren. Gleichwohl will hier der Gesetzgeber – auch europarechtlich motiviert – das zeitlich befristete Übergangsmandat zulassen.[23]

Nur vor dem Hintergrund dieses Legitimationsproblems ist § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu lesen: Der Betriebsrat des größeren Betriebs oder Betriebsteils soll das Übergangsmandat im Falle der Zusammenfassung ausüben. Der Betrieb, für den er bislang legitimiert und zuständig war, dominiert quantitativ in der neuen Zusammensetzung. Dahinter steht schlicht der Gedanke, dass – sofern sich im Falle der Zusammenfassung ein Übergangsmandat überhaupt legitimieren lässt – die Legitimation dieses Betriebsrats jedenfalls eine größere ist als die des Betriebsrats eines kleineren Betriebs oder Betriebsteils.[24]

In diesem Sinne lässt sich auch plastisch davon sprechen, das „Prinzip der größeren Zahl" ersetze einen Wahlakt.[25] Deshalb sind aus legitimatorischer Sicht die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Zusammenfassung entscheidend.

Deswegen verfehlt der Einwand von *Kreutz*, der Betriebsrat mit dem im Zeitpunkt der Wahl größten Wahlvolk habe eine „größere Legitimationsbasis",[26] sein Ziel. Das muss schon in tatsächlicher Hinsicht nicht so sein. Wer nämlich nach der Größe der tatsächlichen Legitimationsbasis fragt, müsste auch Wahlbeteiligung und Wählerverhalten (Protestwahl) mit berücksichtigen. Ein Betrieb mit 4 000 Arbeitnehmern und 80 % Wahlbeteiligung hat in diesem Sinne eine größere „Legitimationsbasis" als ein Betrieb mit 4 500 Arbeitnehmern und 20 % Wahlbeteiligung. Zudem: Man stelle sich vor, ein Betrieb habe bei der letzten Betriebsratswahl 4 000 Arbeitnehmer gehabt und werde durch Betriebseinschränkung auf 1 000 Arbeitnehmer heruntergefahren, so dass an sich nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG Neuwahlen anzusetzen wären. Nun werde der Restbetrieb mit einem Betrieb von 2 000 Arbeitnehmern verschmolzen. Mit welchem Recht soll der Betriebsrat des ersten Betriebs den des zweiten Betriebs im Übergangsmandat verdrängen können? Die ursprüngliche „Legitimationsbasis" ist

20) Dazu jüngst *Picker*, NZA 2002, 761, 769 f.; vgl. weiter *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998, S. 196 ff.; zum Geltungsgrund von Betriebsvereinbarungen auch *Kreutz* (Fußn. 1), § 77 Rz. 220 ff., der die Betriebsvereinbarung als „privatheteronomes Rechtsgeschäft" begreifen will; einen vertragsrechtsakzessorischen Ansatz versucht insbesondere *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, S. 542 ff.; Letzterem zuneigend auch *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 1411 ff., 1418 ff.

21) Dazu *Kreutz* (Fußn. 1), § 77 Rz. 190 f.; *Jung*, Das Übergangsmandat des Betriebsrats, 1999, S. 17 f.; freilich ist nach Maßgabe des § 3 BetrVG auch eine andere organisatorische Zuordnung möglich.

22) Zum regelmäßig eintretenden Identitätsverlust des Betriebs in den in § 21a BetrVG geregelten Fällen vgl. *Feudner*, DB 2003, 882 ff. Nach richtiger Ansicht ist der Identitätsverlust des Betriebs aber kein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 21a BetrVG, auch wenn bei einer identitätswahrenden Umstrukturierung der Betriebsrat sein Vollmandat grundsätzlich behält; dazu *Rieble*, NZA 2002, 233, 234 f.

23) Vgl. schon *Rieble*, NZA 2002, 233, 234: „vom Staat legitimierte Notlösung"; *Thüsing*, DB 2002, 738: „Kompromiss zwischen regulärem Mandat und Betriebsratslosigkeit"; ferner *Feudner*, DB 2003, 882; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 21a Rz. 1, 18; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 21a Rz. 2.

24) Vgl. auch *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* (Fußn. 2), D Rz. 81: Betriebsrat mit der „höchsten demokratischen Legitimation" soll Übergangsmandat ausüben.

25) *Rieble*, NZA 2002, 233, 237.

26) Fußn. 1, § 21a Rz. 71.

mit Blick auf § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG entfallen. Vor allem aber ist der von *Kreutz* gewählte Bezugspunkt falsch. Es geht beim Übergangsmandat im Falle der Zusammenfassung zunächst um eine (plausibel kaum zu legitimierende) Ausweitung der Zuständigkeit eines Betriebsrats über den Betrieb und über die bislang von ihm vertretene Belegschaft hinaus. Richtig formuliert lautet die Frage bei der Verschmelzung zweier Betriebe, warum der Betriebsrat eines dieser Betriebe (auch) für den neu geschaffenen Betrieb zuständig sein soll. Wer hier mit „größerer Legitimationsbasis" argumentiert, redet einer uferlosen Kompetenzerstreckung das Wort. Nimmt man diesen Einwand nämlich ernst, so müsste gelten: Je mehr Arbeitnehmer einen Betriebsrat einmal gewählt haben, desto eher kann man Arbeitnehmer anderer organisatorischer Einheiten dessen Regelungsmacht unterwerfen. Soll also ein Betrieb mit 1 000 Arbeitnehmern nach einer Zusammenfassung mit einem ausgegliederten Betriebsteil der BASF von 500 Arbeitnehmern nur deshalb von dem Betriebsrat des Werks Ludwigshafen der BASF dominiert werden, weil dieser eine kaum zu überbietende Legitimationsbasis hat (ca. 38 500 Arbeitnehmer)?

Die Frage stellen, heißt sie verneinen: Tatsächlich will § 21 Abs. 2 BetrVG jenes Legitimationsdefizit nur begrenzen. So wenig Arbeitnehmern als möglich soll der bislang für sie zuständige Betriebsrat entzogen werden. Dafür kommt es aber auf die Größenverhältnisse im Zeitpunkt der Zusammenfassung an.

4.2 Manipulationsgefahr als Gegenargument?

Vor allem *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* meinen, der Arbeitgeber könne die Belegschaftsstärke in seinem Sinne manipulieren, sollte es auf die Größenverhältnisse zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zusammenfassung ankommen.[27] Das ist richtig. Nur bestehen Manipulationsmöglichkeiten auch dann, wenn man mit *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* auf die Größenverhältnisse zum Zeitpunkt der Betriebsratswahlen abstellt. Am Beispiel: Der Arbeitgeber möchte seine Betriebe A und B zusammenführen. Im Betrieb A sind 60 Arbeitnehmer, im Betrieb B 80 Arbeitnehmer beschäftigt. Würden beide Betriebe zusammengefasst, so wäre der Betriebsrat des Betriebs B Träger des Übergangsmandats. Was aber gälte, wenn der Arbeitgeber beide Betriebe nun in zwei Etappen zusammenfasst, indem er den Betrieb B erst in zwei gleichgroße Einheiten (40 Arbeitnehmer) aufspaltet und in einem Abstand von vier Wochen jeweils auf den Betrieb A überführt? Hält man sich hier streng an den Wortlaut des § 21a Abs. 2 BetrVG, so wäre bei diesen zwei Zusammenfassungen jeweils der Betriebsrat des Betriebs A Träger des Übergangsmandats.

Oder weiter: Die Betriebe A (60 Arbeitnehmer), B (50 Arbeitnehmer) und C (40 Arbeitnehmer) sollen zusammengefasst werden. Träger des Übergangsmandats wäre demnach der Betriebsrat des Betriebs A. Was gilt aber, wenn der Arbeitgeber (bewusst) erst die Betriebe B und C zusammenfasst, um vier Wochen später diesen neu entstandenen Betrieb mit dem Betrieb A zusammenzufassen? Stünde das Übergangsmandat nun dem Betriebsrat des Betriebs B zu? Wo also endet die berechtigte Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers und wo beginnt die manipulative Umgehung größenabhängiger betriebsverfassungsrechtlicher Tatbestände?

Und schließlich: Der Arbeitgeber kann so oder so „manipulieren" oder „gestalten". Sofern man nämlich auf den Zeitpunkt der Betriebsratswahl abstellt, bleibt letztlich nichts anderes, als die Größe des Betriebsteils verhältnismäßig umzurechnen. Das eröffnete dem Arbeitgeber mathematische Weiten. Die Beispiele zeigen: Die Manipulationsgefahr ist nicht (jedenfalls nicht in erster Linie) von der Frage abhängig, welcher Zeitpunkt für die Betriebsgrößenbestimmung maßgeblich ist. Sie ist im Übrigen auch kein Spezifikum des § 21a BetrVG. Vielmehr besteht eine Manipulationsgefahr bei sämtlichen größenabhängigen Befugnissen und Organisationsnormen der Betriebsverfassung gleichermaßen. Wie viel „Manipulation" dem Arbeitgeber gestattet ist und ab wann von einer unzulässigen Beeinflussung der Belegschaftsstärke auszugehen ist, ist eine eigene Untersuchung wert. Keinesfalls aber kann eine abstrakte Manipulationsgefahr ein aus Wortlaut, Systematik und Telos gewonnenes Ergebnis beiseite schieben.

Anders gewendet: Der Arbeitgeber ist Herr der Organisationseinheit Betrieb. Der Betriebsrat hat kein Recht auf Fortbestand der bestehenden Einheiten; seine Mitwirkung ist auf den Appell des Interessenausgleichs zur Abwehr der Betriebsänderung beschränkt, §§ 111, 112 Abs. 1 bis 3 BetrVG. Dass der Arbeitgeber so Betriebsgrößen mit Blick auch auf das Übergangsmandat gestalten kann, ist denknotwendig hinzunehmen. Die „Gegengestaltung" der Belegschaft erfolgt im Rahmen der anschließenden regulären Betriebsratswahl.

5. Kontakt mit dem „falschen Betriebsrat" als riskante Rechtsausübung

Die Frage, was denn gilt, wenn die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte vom „falschen" Betriebsrat im Übergangsmandat ausgeübt werden, ist auf den ersten Blick neu. Die Kommentarliteratur schweigt.[28] Die etwas anders gelagerte Frage der Abgrenzung von Restmandat und Übergangsmandat wird dafür dogmatisiert.[29] Bei § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG handelt es sich um eine Kompetenznorm. Nach Maßgabe dieser Vorschrift wird entschieden, welcher der bisherigen „an sich erloschenen" Betriebsräte bei der Verschmelzung von Betrieben oder Betriebsteilen das Übergangsmandat wahrnimmt – im Vorgriff auf den zu wählenden Betriebsrat.

Mit Blick auf den Charakter als Kompetenznorm ist der Vergleich mit der Kompetenzabgrenzung von Einzelbetriebsrat und Gesamtbetriebsrat geboten: Dort bestimmt § 50 Abs. 1 BetrVG, dass der Gesamtbetriebsrat (originär) zuständig ist für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch einzelne Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden

27) § 21a Rz. 18.

28) Implizit gehen etwa *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* (Fußn. 2), D Rz. 91, davon aus, dass nur der nach dem Gesetz zuständige Betriebsrat die Beteiligungsrechte auch wirksam ausüben könne.

29) Vgl. *Fitting/Kaiser/Heiter/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 21b Rz. 13; *Kreutz* (Fußn. 1), § 21b Rz. 23 ff.; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 21b Rz. 5 f. Dass es insoweit nach zutreffender Ansicht zu einer Dopplung von Gremien kommen kann, hängt vor allem mit den unterschiedlichen Inhalten beider Mandate zusammen. Das Restmandat ist „rückwärts gewandt" (*Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 21b Rz. 5; vgl. auch *Kreutz* (Fußn. 1), § 21b Rz. 10, 11: aufgabenbezogenes Abwicklungsmandat); das Übergangsmandat ist auf die neue Einheit und damit zukunftsbezogen.

können. Dort ist das BAG zu Recht der Ansicht, dass die Beteiligungsrechte in strenger Ausschließlichkeit nur entweder von dem Gesamtbetriebsrat oder von dem Einzelbetriebsrat wahrgenommen werden können.[30)]

Nimmt das nach § 50 Abs. 1 BetrVG unzuständige Gremium die Beteiligungsrechte wahr, so wurde „der Betriebsrat" nicht rechtswirksam beteiligt.[31)] Dass diese Kompetenzabgrenzung des § 50 Abs. 1 BetrVG zwingend ist und weder zur Disposition der Betriebs- noch der Tarifpartner steht, hat das BAG jüngst wiederholt.[32)] Weil sich wegen dieser zwingenden Wirkung jede abweichende Vereinbarung verbietet, kann dem „zuständigen" Betriebsrat das Handeln des „unzuständigen" Betriebsrats auch nicht nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen etwa deshalb zugerechnet werden, weil er dessen Handeln „geduldet" hat.

Diese zu § 50 Abs. 1 BetrVG entwickelten Grundsätze gelten unseres Erachtens auch für die Kompetenznorm des § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Auch diese ist zwingend.[33)] Von den allgemeinen Grundsätzen kompetenzzuweisender betriebsverfassungsrechtlicher Normen abzuweichen, ist kein Grund ersichtlich. Im Gegenteil streitet der mit § 21 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verfolgte Zweck für eine dem Ausschließlichkeitsprinzip folgende Kompetenzzuweisung. Über das Prinzip der größeren Zahl soll das beim Übergangsmandat zwangsläufig bestehende Legitimationsdefizit begrenzt werden (oben I 4.1). Dieser Zweck verlangt dann aber auch, dass der „am stärksten legitimierte" Betriebsrat – und nur er – die Beteiligungsrechte wahrnimmt, weil der andere eben nicht hinreichend legitimiert ist.

Für den Arbeitgeber ist das ein erhebliches Risiko, weil seine Maßnahmen in ihrer Rechtswirksamkeit von der Beteiligung des richtigen Betriebsrats abhängen. Zwar kann bei bloßen Informationsrechten noch die „doppelte Anhörung" etwa nach § 102 Abs. 1 BetrVG helfen. Spätestens aber bei echten Mitbestimmungsrechten kann der Arbeitgeber nicht mit zwei konkurrierenden Betriebsräten gleichzeitig über Überstunden, Torkontrollen oder betriebliche Rauchverbote verhandeln.

II. Einstweiliger Rechtsschutz für die Zuordnung des Übergangsmandats

1. Notwendigkeit

Über Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über das Entstehen und die Ausübung des Übergangsmandats im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und mehreren hierfür in Betracht kommenden Betriebsräten entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren (§ 2a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ArbGG).[34)] Eine Statusentscheidung über das Übergangsmandat ist im normalen Beschlussverfahren kaum möglich: Innerhalb der sechs Monate, auf die das Übergangsmandat im Regelfall begrenzt ist, ist kaum eine rechtskräftige Entscheidung zu erwarten. Das Hauptsacheverfahren verfehlte den Zweck des Übergangsmandats, eine möglichst lückenlose betriebsverfasssungsrechtliche Vertretung zu sichern.

Gemäß § 85 Abs. 2 Satz 1 ArbGG ist der Erlass einstweiliger Verfügungen auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zulässig. § 85 Abs. 2 Satz 2 ArbGG verweist dafür ausdrücklich auf das Achte Buch der ZPO und damit auch auf die Vorschriften der §§ 916 ff. über Arrest und einstweilige Verfügung.[35)] Speziellere betriebsverfassungsrechtliche Normen, die dem Erlass einer einstweiligen Verfügung bei einem Streit um das Übergangsmandat entgegenstünden, sind nicht ersichtlich.[36)]

2. Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO), Regelungsverfügung (§ 940 ZPO) oder Befriedigungsverfügung?

Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes hält das Gesetz die Sicherungs- und die Regelungsverfügung vor. So kommt eine Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) in Betracht, sofern es um die Sicherung eines nicht auf Geld gerichteten Anspruchs geht. Die Regelungsverfügung soll die Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis bezwecken (§ 940 ZPO).

Worin der Unterschied zwischen diesen beiden Verfügungsarten besteht, ist dunkel. Eine eindeutige und klare Abgrenzung ist bislang noch nicht gelungen. Häufig werden denn auch die §§ 935, 940 ZPO als einheitliche Grundlage für eine einstweilige Verfügung herangezogen. (Bedeutsame) Unterschiede soll es nicht geben.[37)] Die Abgrenzungsprobleme werden dadurch weiter verkompliziert, dass allgemein auch die sog. Befriedigungsverfügung (auch: Leistungsverfügung) akzeptiert ist, die nicht nur die Sicherung, sondern bereits die Befriedigung des Anspruchs vor der Entscheidung im Hauptsacheverfahren ermöglicht. Damit stellt sich das Problem der Vorwegnahme der Hauptsache durch einstweiligen Rechtsschutz.[38)] Das führt jedenfalls dazu, dass besondere Anforderungen an den Verfügungsgrund zu stellen sind.

30) BAG v. 6. 4. 1976 – 1 ABR 27/74, EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 2 = AP Nr. 2 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 21. 3. 1996 – 2 AZR 559/95, ZIP 1996, 1560 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 91 = AP Nr. 81 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 1996, 974, dazu EWiR 1996, 917 *(Schipp)*; ebenso *Kreutz* (Fußn. 1), § 50 Rz. 18; *Richardi/Annuß* (Fußn. 11), § 50 Rz. 45 f.; a. M. *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 50 Rz. 11: Einzelbetriebsrat ist zuständig, wenn der Gesamtbetriebsrat von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht. Weiter: *Richardi*, in: Festschrift Gitter, 1995, S. 789 ff.

31) BAG EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 2 = AP Nr. 2 zu § 50 BetrVG 1972; BAG v. 31. 1. 1989 – 1 ABR 60/87, EzA § 81 ArbGG 1979 Nr. 14 = AP Nr. 12 zu § 81 ArbGG 1979 = NZA 1989, 607; BAG ZIP 1996, 1560 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 91 = AP Nr. 81 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 1996, 974; BAG v. 11. 12. 2001 – 1 AZR 193/01, ZIP 2002, 1498 = EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 18 = AP Nr. 22 zu § 50 BetrVG 1972 = NZA 2002, 688, dazu EWiR 2002, 743 *(Ehrich)*; BAG v. 15. 1. 2002 – 1 ABR 10/01, ZIP 2002, 1265 = EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 19 = AP Nr. 23 zu § 50 BetrVG 1972 = NZA 2002, 988, dazu EWiR 2003, 5 *(Wolff)*; *Kreutz* (Fußn. 1), § 50 Rz. 72 f.

32) BAG v. 21. 1. 2003 – 3 ABR 26/02, noch nicht veröffentlicht; zuvor BAG v. 11. 11. 1998 – 4 ABR 40/97, EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 16 = AP Nr. 18 zu § 50 BetrVG 1972 = NZA 1999, 1956; vgl. auch *Löwisch/Kaiser* (Fußn. 2), § 50 Rz. 10.

33) Dazu nur *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 21a Rz. 5; *Kreutz* (Fußn. 1), § 21a Rz. 8.

34) Vgl. nur *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 21a Rz. 30; *Kreutz* (Fußn. 1), § 21a Rz. 95; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 21a Rz. 27.

35) Dazu nur *Dütz*, ZfA 1972, 247, 249 ff.

36) Hierzu *Dütz*, ZfA 1972, 247, 253 ff.; *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 4. Aufl., 2002, § 85 Rz. 39; *Grunsky*, ArbGG, 7. Aufl., 1995, § 85 Rz. 15; *Hauck/Helml*, ArbGG, 2. Aufl., 2003, § 85 Rz. 12; *Prütting*, RdA 1995, 257, 262; ausführlich auch *Vossen*, in: GK-ArbGG, § 85 Rz. 58 ff.

37) So *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., 2003, Rz. 1589 f.; *Heinze*, RdA 1986, 273, 275 f.; MünchKomm-*Heinze*, ZPO, 2. Aufl., 2001, § 935 Rz. 3 ff.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 23. Aufl., 2002, § 935 Rz. 2; eingehende Darstellung bei *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, S. 89 ff.; ferner *Winterfeld*, NZA 1990, Beilage 1, S. 20, 23: Eine Abgrenzung beider Fälle sei in der Praxis nicht üblich.

38) Dazu *Heinze*, RdA 1986, 273, 278 f.

Die so geschaffene Dreiteilung der Verfügungsarten lässt sich insofern wieder auf eine Zweiteilung zurückführen, als die Befriedigungsverfügung § 940 ZPO zugeschlagen und der Regelungsverfügung „im Übrigen" eine darüber hinausreichende eigenständige Bedeutung aberkannt wird.[39)]

Hält man an der Unterscheidung der einzelnen Verfügungsarten fest, so wäre eine vom Betriebsrat angestrebte einstweilige Verfügung als Befriedigungsverfügung anzusehen. Denn der obsiegende Betriebsrat würde insoweit befriedigt, als der Arbeitgeber und der konkurrierende Betriebsrat sein Übergangsmandat vorübergehend anerkennen müssten. Mehr könnte er auch im Hauptsacheverfahren nicht erreichen.[40)]

Die schwierigen Abgrenzungsfragen können vorliegend aber dahinstehen, weil jedenfalls die Voraussetzungen der einzelnen Verfügungsarten einander entsprechen.[41)] Relevant würde die Abgrenzung nur, wenn man für die Regelungsverfügung die Anspruchsbezogenheit aufgäbe und statt des Verfügungsanspruchs lediglich ein streitiges Rechtsverhältnis verlangte.[42)] Dagegen spricht freilich schon, dass der einstweilige Rechtsschutz, wie das gesamte zivil- oder arbeitsgerichtliche Verfahren, der Durchsetzung subjektiver Rechte dient. Wer also auf den Verfügungsanspruch im einstweiligen Rechtsschutz verzichtet, muss sich fragen lassen, was er im Hauptsacheverfahren überhaupt durchzusetzen gedenkt.[43)]

Daher gilt: Der Betriebsrat – womöglich auch der Arbeitgeber, der das Risiko mitbestimmungswidriger Maßnahmen minimieren will – muss sowohl Verfügungsanspruch als auch Verfügungsgrund glaubhaft machen (§ 936 ZPO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO), will er erfolgreich eine einstweilige Verfügung erwirken.[44)]

3. Einstweilige Verfügung des Betriebsrats?

3.1 Verfügungsanspruch

Einen „Verfügungsanspruch" kann nur der „richtige" Betriebsrat haben, also derjenige, der nach dem oben zu I Gesagten mehr Arbeitnehmer vertritt. Und: Der Verfügungsanspruch richtet sich denklogisch nur gegen den Arbeitgeber. Ein Anspruch gegen den konkurrierenden („falschen") Betriebsrat auf Wohlverhalten (also Unterlassung der Störung) ist nicht ersichtlich. Dem Betriebsrat steht kein absolutes Recht zur Seite, das er gegen Dritte aktivieren könnte. Immerhin ist der andere Betriebsrat im Beschlussverfahren notwendig zu beteiligen, weil die Zuerkennung des Übergangsmandats an den richtigen Betriebsrat denknotwendig den falschen ausschließt. Aber auch mit Blick auf den Arbeitgeber stellt sich die schwierige Frage, welches denn der zu sichernde Verfügungsanspruch überhaupt ist.

§ 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG schafft grundsätzlich keinen eigenständigen sicherungsfähigen Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber. § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG regelt vielmehr selbständig eine Konkurrenzsituation. Der Betriebsrat des größeren Betriebs oder Betriebsteils *ist* der Träger des Übergangsmandats. Eines entsprechenden Anspruchs gegen den Arbeitgeber bedarf es nicht. Die Rechtslage ergibt sich automatisch und kann nur festgestellt werden. Eine Feststellungsverfügung ist dem Gesetz aber fremd (schon weil sie nicht vollstreckbar wäre).

Ein sicherungsfähiger (Unterlassungs-)Anspruch des obsiegenden Betriebsrats gegen den Arbeitgeber könnte aus der Leugnung des Übergangsmandats folgen und sich als Nebenleistungsanspruch aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ergeben (§ 2 Abs. 1 BetrVG).[45)] Immerhin ist auch nach der Rechtsprechung des BAG ein solcher auf Unterlassung gerichteter Nebenleistungsanspruch des Betriebsrats im Bereich der sozialen Mitbestimmung inzwischen anerkannt. Für diesen spreche, so das BAG, eine „sachgerechte Auslegung des § 87 BetrVG im Lichte des § 2 BetrVG".[46)]

In der Entscheidung vom 3. 5. 1994 hat das BAG auch ausdrücklich ausgesprochen, dass dieser Unterlassungsanspruch grundsätzlich über eine einstweilige Verfügung durchgesetzt werden kann.[47)] Wenn aber der in der Übergangsmandatskonkurrenz siegreiche Betriebsrat als Träger des Übergangsmandats spätestens bei späteren mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen einen Unterlassungs- und damit einen Verfügungsanspruch hätte,[48)] so sind ihm „erst recht" Unterlassungsansprüche in Ansehung der gänzlichen Leugnung seines Mandats zu gewähren.

Das gilt umso mehr, wenn man ein zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber bestehendes gesetzliches Schuldverhältnis annimmt, aus dem sich eine wechselseitige Verpflichtung ableiten lässt, betriebsverfassungswidriges Verhalten zu unterlassen.[49)]

39) So dezidiert *Walker* (Fußn. 37), S. 92 ff.; zu weiteren „Rechtsgrundlagen" für die Befriedigungsverfügung *Brox/Walker* (Fußn. 37), Rz. 1614. Für die Regelungsverfügung als „dritte" Verfügungsart aber *Hartmann*, Einstweiliger Rechtsschutz zur Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats, 1995, S. 135 f., die hier eine Grundlage für besondere „Gestaltungsverfügungen" sieht.

40) Richtig *Brox/Walker* (Fußn. 37), Rz. 1608: Macht der Betriebsrat Ansprüche aus dem BetrVG im einstweiligen Rechtsschutz geltend, so handelt es sich immer um Befriedigungsverfügungen; ebenso *Prütting*, RdA 1995, 257, 263; für Unterlassungsansprüche auch *Olderog*, NZA 1985, 753, 756; entschieden gegen Befriedigungsverfügungen im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens MünchKomm-*Heinze* (Fußn. 37), § 935 Rz. 90 ff., der meint, der grundsätzliche Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit beim arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren würde unterlaufen, wenn eine einstweilige Verfügung erlassen würde, die über den bloßen Sicherungszweck hinausginge. Deshalb hält er insbesondere Unterlassungsverfügungen für gesetzwidrig.

41) Vgl. auch *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (Fußn. 36), § 85 Rz. 29.

42) So etwa *Hartmann* (Fußn. 39), S. 145 ff.; *Olderog*, NZA 1985, 753, 759 f.; unklar *Schäfer*, in: Festschrift 50jähriges Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 585, 588.

43) So zutreffend *Brox/Walker* (Fußn. 37), Rz. 1591; *Heinze*, RdA 1986, 273, 275 f., 285 f.; MünchKomm-*Heinze* (Fußn. 37), § 935 Rz. 5, 82 ff.; *Walker* (Fußn. 37), S. 85 f.

44) Zur Glaubhaftmachung näher *Heinze*, RdA 1986, 273, 275 ff.; MünchKomm-*Heinze* (Fußn. 37), § 935 Rz. 13 ff.

45) Zu weit gehend *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (Fußn. 36), § 85 Rz. 33 f., wonach es auf einen materiellen Unterlassungs*anspruch* nicht ankomme, sondern es für eine einstweilige Verfügung schon genüge, dass der Betriebsrat ein „Recht auf Beteiligung" hat; hiergegen zu Recht auch MünchKomm-*Heinze* (Fußn. 37), § 935 Rz. 88; *Prütting*, RdA 1995, 257, 260.

46) BAG v. 3. 5. 1994 – 1 ABR 24/93, ZIP 1995, 146 = EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 36 = AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 = NZA 1995, 40, dazu EWiR 1995, 219 *(v. Hoyningen-Huene)*; bestätigt durch Beschl. v. 23. 7. 1996 – 1 ABR 13/96, EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 56 = AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1997, 274; a. M. etwa *Hartmann* (Fußn. 39), S. 110 f.; dezidiert auch MünchKomm-*Heinze* (Fußn. 37), § 935 Rz. 112 ff.

47) So auch die ganz h. M., vgl. die umfassenden Nachweise bei *Oetker*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., 2002, § 23 Rz. 142; ferner *Grunsky* (Fußn. 36), § 85 Rz. 14; *Vossen* (Fußn. 36), § 85 Rz. 44.

48) Diesen prozessualen Weg legt *Hohenstatt*, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt (Fußn. 2), D Rz. 91, dem Betriebsrat nahe.

49) Hierzu nur *Oetker* (Fußn. 47), § 23 Rz. 134 f. m. w. N.

In Betracht käme ferner, die Leugnung des Mandats als grobe Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers zu begreifen und dem Betriebsrat einen aus § 23 Abs. 3 BetrVG ableitbaren Unterlassungsanspruch zuzubilligen. Ein solcher Anspruch – so er denn bestünde – könnte im Rahmen einer einstweiligen Verfügung gesichert werden.[50] Allerdings ist schon umstritten, ob § 23 Abs. 3 BetrVG eigenständige Anspruchsqualität hat, oder ob die Norm nicht nur verfahrensrechtliche Relevanz besitzt.[51] Überdies verlangt § 23 Abs. 3 BetrVG einen *groben* Verstoß des Arbeitgebers gegen gesetzliche Pflichten. Solch ein grober Verstoß liegt aber nicht vor, wenn der Arbeitgeber bei einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage einen vertretbaren – wenn auch im Nachhinein unzutreffenden – Rechtsstandpunkt einnimmt.[52]

Darüber hinaus stellt die Leugnung des (Übergangs-)Mandats jedenfalls eine Behinderung und gegebenenfalls auch eine Störung der Betriebsratstätigkeit dar (§ 78 Satz 1 BetrVG). Der Begriff der Behinderung in § 78 Satz 1 BetrVG ist dabei umfassend zu verstehen. Behinderung meint jede unzulässige Erschwerung, Störung oder gar Verhinderung der Betriebsratsarbeit.[53]

Zwar ist nach richtiger Ansicht nicht schon bloß das Nichtbeachten einzelner Mitbestimmungstatbestände des Betriebsrats durch den Arbeitgeber eine Behinderung der Betriebsratsarbeit.[54] Verweigert der Arbeitgeber generell die Zusammenarbeit mit einer betriebsverfassungsrechtlichen Institution, so ist zumindest dies eine Behinderung im Sinne des § 78 Satz 1 BetrVG.[55] Hiergegen hat der Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch.[56] § 78 Satz 1 BetrVG schützt auch den Betriebsrat im Übergangsmandat.[57]

3.2 Verfügungsgrund

Allgemein verlangt § 935 ZPO für den Verfügungsgrund die Besorgnis, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Soll eine Partei jedoch durch die einstweilige Verfügung schon (teilweise) befriedigt werden, so sind – gleich wie man die einstweilige Verfügung als solche qualifizieren mag – an den Verfügungsgrund jedenfalls strengere Anforderungen als die in § 935 ZPO genannten zu stellen. Denn in diesem Falle werden endgültige Verhältnisse geschaffen, die den Antragsgegner ebenso hart treffen können wie umgekehrt den Antragssteller.[58]

Deshalb wird mit Recht gefordert, dass die Verfügung für einen effektiven Rechtsschutz des Antragsstellers notwendig ist. Zweitens soll eine zusätzliche Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich sein, bei der die Eindeutigkeit der Rechtslage wie auch die Schutzbedürftigkeit der Parteien eine Rolle spielt.[59] Nach diesen Grundsätzen kann ein Verfügungsgrund etwa dann gegeben sein, wenn er – wie bei Unterlassungsansprüchen regelmäßig – zur Abwendung eines endgültigen Rechtsverlusts erforderlich ist.[60]

Die nach allgemeinen Grundsätzen gebotene Interessenabwägung wird für einstweilige Verfügungen im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens erst recht deswegen gefordert, weil durch § 85 Abs. 2 Satz 2 ArbGG die Schadenersatzpflicht des § 945 ZPO bei ungerechtfertigter Anordnung der einstweiligen Verfügung ausgeschlossen ist.[61] Diese Interessenabwägung gerät in Wechselwirkung mit dem Verfügungsanspruch: Das Arbeitsgericht muss mit dem Verfügungsverfahren das Hauptsacheverfahren summarisch ersetzen und seine Entscheidung notwendig daran ausrichten, welcher Betrieb oder Betriebsteil denn nun der größere ist. Etwas anderes bleibt nicht übrig, weil in den sechs Monaten des befristeten Übergangsmandats sonst kein effektiver Rechtsschutz griffe. Überhaupt nur die „vorläufig-endgültige" Verfügung des Arbeitsgerichts, die als Regelungsverfügung besonders plausibel ist, kann den gesetzgeberischen Zweck des § 21a BetrVG verwirklichen: durch gerichtliche Zuordnung desjenigen Betriebsrats, der das Übergangsmandat auszuüben hat.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, § 21a BetrVG ginge es nur um die Verhinderung betriebsratsloser Zeiten[62]; im Falle eines positiven Kompetenzkonflikts zwei nach § 21a Abs. 2 BetrVG in Betracht kommender Betriebsräte sei aber ein Betriebsratsüberschuss zu verzeichnen. § 21a BetrVG geht es auch um ein möglichst geringes Legitimationsdefizit. Zudem: Der „falsche Betriebsrat" im Übergangsmandat führt rechtlich zu einer betriebsratslosen Zeit, weil er und sein Wirken betriebsverfassungsrechtlich unbeachtlich sind.[63] Zu eng ist in diesem Zusammenhang auch die Ansicht von *Matthes*, der den Verfügungsgrund bei einer Verletzung von Beteiligungsrechten vor allem danach bestimmen will, ob und wieweit die Arbeitnehmer gleichwohl geschützt sind. So sieht *Matthes* etwa für die soziale Mitbestimmung die Arbeitnehmer durch die Theorie der notwendigen Mitbestimmung auch ohne eine Beteiligung des Betriebsrats hinreichend geschützt.[64] Das ist

50) *Hartmann* (Fußn. 39), S. 45 ff.; a. M. *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (Fußn. 36), § 85 Rz. 39.

51) Dazu *Oetker* (Fußn. 47), § 23 Rz. 127 m. w. N.; die Anspruchsqualität bejahend freilich BAG ZIP 1995, 146 = EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 36 = AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 = NZA 1995, 40; BAG v. 29. 2. 2000 – 1 ABR 4/99, EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 69 = AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = NZA 2000, 1066; *Walker* (Fußn. 37), S. 560 f.

52) Vgl. dazu BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 69 = AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = NZA 2000, 1066; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 23 Rz. 62; *Oetker* (Fußn. 47), § 23 Rz. 172; *Richardi/Thüsing* (Fußn. 6), § 23 Rz. 93.

53) BAG v. 12. 11. 1997 – 7 ABR 14/97, EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 38 = AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972 = NZA 1998, 559; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 78 Rz. 9.

54) Siehe auch *Prütting*, RdA 1995, 257, 261.

55) So allgemein *Kreutz* (Fußn. 1), § 78 Rz. 31.

56) BAG EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 38 = AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972 = NZA 1998, 559; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt* (Fußn. 3), § 78 Rz. 13; *Kreutz* (Fußn. 1), § 78 Rz. 38 m. w. N.

57) *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* (Fußn. 2), § 21a Rz. 34.

58) *Brox/Walker* (Fußn. 37), Rz. 1616.

59) *Prütting*, RdA 1995, 257, 263; *Walker* (Fußn. 37), S. 177 ff.; vgl. ferner MünchKomm-*Heinze* (Fußn. 37), § 938 Rz. 15 ff.

60) *Brox/Walker* (Fußn. 37), Rz. 1618; *Walker* (Fußn. 37), S. 169 f.; vgl. auch LAG Hamburg v. 5. 5. 2000 – 3 TaBV 6/00, AuR 2000, 356.

61) So *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (Fußn. 36), § 85 Rz. 36; *Olderog*, NZA 1985, 753, 756; *Prütting*, RdA 1995, 257, 263; *Vossen* (Fußn. 36), § 85 Rz. 55.

62) BT-Drucks. 14/5741, S. 39.

63) Oben I 5. Zur spiegelbildlichen betriebsratslosen Zeit durch einstweilige Verfügung gegen Betriebsratswahlen *Winterfeld*, NZA 1990, Beilage 1, S. 20 ff.

64) *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge* (Fußn. 36), § 85 Rz. 37; dem folgend *Vossen* (Fußn. 36), § 85 Rz. 56 f. Allerdings verlangt auch *Matthes* (in: Festschrift Dieterich, 1999, S. 355, 358) bei einem auf § 78 Satz 1 BetrVG fußenden Unterlassungsanspruch keine konkrete Auswirkung auf die Arbeitnehmer.

schon deshalb unzutreffend, weil § 87 Abs. 1 BetrVG einen Schutz durch Teilhabe garantiert,[65] der aber gerade die Mitbestimmung des Betriebsrats voraussetzt. Mit Blick etwa auf die Arbeitszeitmitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bedeutet der Schutz durch die Theorie der notwendigen Mitbestimmung nur, dass auf dem arbeitszeitrechtlichen Status quo zu verharren ist. Eine neue Arbeitszeitlage ließe sich hingegen nur durch (aktive) Teilhabe verwirklichen. Deswegen ist auch insoweit ein Verfügungsgrund zu bejahen.

4. Ungelöst: Einstweiliger Rechtsschutz für den Arbeitgeber?

Was der Betriebsrat kann – so könnte man meinen –, muss auch der Arbeitgeber können, schon aus Gründen der „Waffengleichheit". Doch geht es beim einstweiligen Rechtsschutz nicht um Waffengleichheit, sondern um Geschwindigkeit. Zweitens ist die prozessuale Waffengleichheit aus materiellrechtlicher Sicht eine Fiktion. Der Arbeitgeber kann den Betriebsrat als Verhandlungspartner schon seiner Organisationshoheit wegen faktisch leer laufen lassen. Die Betriebsführung liegt notwendig bei ihm. Verhandlungs- und Aktionsrechte des Betriebsrats folgen „nur" aus dem Gesetz (oder aus Tarifverträgen) und den dort angeordneten (oder hineingelesenen) Rechtsfolgen. Erst das Gesetz begründet die Fähigkeit des Betriebsrats zu verhandeln. Der Arbeitgeber hingegen kann das kraft Eigentums oder Besitzes einerseits und kraft seiner Vertragshoheit andererseits.

Insofern ist der Arbeitgeber nicht in gleicher Weise auf den betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch angewiesen wie der Betriebsrat: Denn er kann Betriebsratshandeln vielfach durch „Ignoranz neutralisieren". Der Schein-Betriebsrat (im Übergangsmandat oder nach nichtiger Wahl) ist kein Betriebsrat und hat nach dem Gesetz keine Rechte und keine Verhandlungsmacht. Der Arbeitgeber kann und darf ihn „links liegen lassen". Arbeitsvertragswidrigem Verhalten einzelner „Betriebsratsmitglieder" kann er arbeitsvertragsrechtlich begegnen. Die Amtsanmaßung als finale Betriebsstörung gibt ihm einen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB i. V. m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Deshalb ist schon ein Verfügungsanspruch für eine einstweilige Verfügung des Arbeitgebers kaum zu begründen. § 23 Abs. 1 BetrVG scheidet aus, weil er eine grobe Verletzung gesetzlicher Pflichten verlangt;[66] betriebsverfassungsgesetzliche Pflichten bestehen für den Scheinbetriebsrat aber nicht.

Weil der amtsanmaßende Scheinbetriebsrat rechtlich nicht existiert, ist er als Gremium auch kein tauglicher Störer für einen Störungsabwehranspruch. Denkbar ist allenfalls, für einen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch an das bisherige Amt des Betriebsrats anzuknüpfen: Denn der im Zuge der Betriebsverschmelzung untergegangene „kleinere" Betriebsrat ignoriert seine Pflicht zur Auflösung. Indessen: Das Übergangsmandat ist (anders als das Restmandat) keine Fortsetzung des alten Mandats des untergegangenen Betriebs, sondern ein vom Gesetzgeber verliehenes „Notmandat" im Vorgriff auf die künftigen Betriebsratswahlen. So gesehen ist der Scheinbetriebsrat ein echtes nullum.

Vollends problematisch wird es beim Verfügungsgrund. Welche Rechte des Arbeitgebers würden vereitelt, welche Rechtsdurchsetzung würde wesentlich erschwert, wenn der Scheinbetriebsrat sich das Amt anmaßt? Was den Arbeitgeber wirklich „belastet", ist nicht das Insistieren falscher Betriebsräte auf „ihrem" Amt, sondern die enorme Rechtsunsicherheit und die Folgekosten einer rechtlichen Fehleinschätzung. Davor aber soll der einstweilige Rechtsschutz grundsätzlich nicht bewahren. Die Gerichte sind nicht aufgerufen, zeitnah rechtsgutachterlich tätig zu werden. Überdies: Was kümmert das BAG die einstweilige Verfügung eines Arbeitsgerichts?

Das eigentlich Beanstandenswerte liegt mithin darin, dass den Arbeitgeber das „volle" Rechtsrisiko mit unübersehbaren wirtschaftlichen Folgen trifft. Damit lässt ihn der Gesetzgeber einmal mehr im Stich. Das ist in Statusfragen äußerst misslich. Eine echte BetrVG-„Reform" hätte für Zuständigkeits- und Statusfragen eine rasche verbindliche Klärung ermöglicht – etwa unter Anknüpfung und Weiterentwicklung der Idee des § 17a GVG. Aber nach der Reform ist ja vor der Reform.

III. Zusammenfassung

1. Für das Übergangsmandat bei einer Zusammenfassung im Sinne des § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG kommt es auf die Größenverhältnisse im **Zeitpunkt der tatsächlichen Zusammenfassung** an.

2. Die **Kompetenzzuweisung des § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist ausschließlich.** Beteiligungsrechte können rechtswirksam nur von dem nach § 21a Abs. 2 Satz 1 BetrVG zuständigen Betriebsrat wahrgenommen werden. Das ist für den Arbeitgeber riskant. Bestehen Zweifel, welcher der Einzelbetriebsräte Träger des Übergangsmandats ist, sollte der Arbeitgeber – soweit praktisch durchführbar – die in Betracht kommenden Betriebsräte (fürsorglich) beteiligen.

3. Der im Streit um das Übergangsmandat obsiegende Betriebsrat hat grundsätzlich die Möglichkeit, gegen die Leugnung seines (Übergangs-)Mandats durch den Arbeitgeber im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** vorzugehen. Eine entsprechende prozessuale Möglichkeit für den Arbeitgeber fehlt. Hier sollte der Gesetzgeber abhelfen.

65) Dazu nur *Wiese*, ZfA 2000, 117 ff.
66) Zu § 23 Abs. 1 BetrVG auch *Walker* (Fußn. 37), S. 529 f.