

#### VOLKER RIEBLE/ULF KLEBECK

# Betriebsteil (§ 4 Abs. 1 BetrVG)

### I. Betrieb und Betriebsteil als Grundlage der Betriebsratsstruktur

### 1. Korrekturfunktion

Die Betriebs(rats)struktur ist Zentralfrage für die Organisation der Betriebsverfassung: In welchen "Zuständigkeitsbezirken" sind Arbeitnehmervertretungen zu wählen? Der in § 1 BetrVG vorausgesetzte Betriebsbegriff wird von vornherein durch § 4 korrigiert – beschneidend durch den verselbständigungsfähigen Betriebsteil des Abs. 1 und erweiternd durch den Nebenbetrieb des Abs. 2. Im Betriebsteil kann ein eigener Betriebsrat gewählt werden, wenn

- der Betriebsteil die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BetrVG erfüllt und
- er entweder r\u00e4umlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder in Aufgabenbereich und Organisation eigenst\u00e4ndig ist.

Damit wird, worauf der Jubilar aufmerksam macht, die unternehmerische Arbeitsorganisationshoheit - die dem Arbeitgeber erlaubt, Betriebe nach seinem Dafürhalten zu bilden - "zur Sicherung einer arbeitnehmernahen Gestaltung der Mitbestimmungsordnung" beschränkt.<sup>1</sup> § 4 Abs. 1 BetrVG korrigiert den funktionswidrigen Großbetrieb durch betriebsverfassungsrechtliche Verselbständigung des Betriebsteils zum eigenständigen Betrieb. § 4 BetrVG ist nicht auf diese Korrekturfunktion begrenzt, liefert vielmehr im Wege des Rückschlusses maßgebliche Anhaltspunkte für den Betriebsbegriff des § 1 BetrVG.<sup>2</sup> § 4 BetrVG ist keine eng auszulegende Ausnahmevorschrift, sondern steht im Wechselspiel zu § 1 BetrVG – und müßte systematisch dort stehen. Auflösen darf man den Unterschied zwischen Betrieb und Betriebsteil nicht:3 Die Verselbständigung verlangt nicht nur besondere Voraussetzungen (räumlich weite Entfernung oder "relative" Selbständigkeit), sondern auch eine Verselbständigungsentscheidung der Teilbelegschaft, § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Mithin muß jedenfalls für den Anschluß entschieden werden, welche Grenzen der Hauptbetrieb hat. Das zeigt ein Fall des BAG: Die "Rundfunk Orchester und Chöre GmbH" Berlin unterhält verschiedene Klangkörper. Bis 2002 wurde im einheitlichen Hauptbetrieb ein einheitlicher Betriebsrat gewählt, ein nach Selbständigkeit strebender Klangkörper leitete 2002 eine eigene Betriebsratswahl ein. Getreu dem Grundsatz "Ein Betrieb, ein

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Zuletzt Richardi, FS Wiedemann, 2002, S. 493 (501).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Zuletzt Richardi (o. Fn.1), S. 502; ebenso ders., RdA 2001, 42 (43); ders., NZA 2001, 346 (348); ders., FS Gitter, 1995, S. 789; dazu bereits Löwisch, FS Kissel, 1994, S. 679.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> So aber Richardi (o. Fn. 1), S. 502; ders., NZA 2001, 346 (348); ders., NZA 2000, 161 (162); ders., RdA 1994, 394 (397).

Betriebsrat" mußte das BAG entscheiden, ob das eigensüchtige Orchester selbständiger Betrieb, verselbständigungsfähiger Betriebsteil oder unselbständiger Teil des Gesamtbetriebes ist.<sup>4</sup>

#### 2. Funktionale Betriebsratsstruktur

#### a) Teilhabefunktion

Die Einteilung eines Unternehmens in betriebsratsfähige Einheiten folgt dem Zweck des BetrVG.<sup>5</sup> Es geht um wirksame Arbeitnehmervertretung. Deshalb kommt es nicht nur darauf an, daß diese überhaupt auf die Entscheidungen und Maßnahmen des Arbeitgebers Einfluß nehmen können, sondern maßgeblich darauf, daß die Arbeitnehmervertretung dort gebildet wird, wo der Arbeitgeber die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen trifft.<sup>6</sup> Diese funktionale Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe "Betrieb" und "verselbständigungsfähiger Betriebsteil" ist nicht bloße Zweifelsregelung,<sup>7</sup> sondern Grundlage für die Einteilung der Arbeitsorganisation in betriebsratsfähige Einheiten.

Die (vielfach) gleichberechtigte Teilhabe der Arbeitnehmer an der betrieblichen Ordnung und an den Entscheidungen des Arbeitgebers ist der zentrale Zweck des Betriebsverfassungsrechts.<sup>8</sup> Insofern kommt es nicht darauf an, ob man diese Teilhabe als Element des Arbeitnehmerschutzkonzepts sieht oder ihr eigenständige Funktion beimißt.<sup>9</sup> Teilhabe knüpft zuerst an diejenige Arbeitgeberstelle an, die mitbestimmungspflichtige Entscheidungen trifft. Betrieb wie Betriebsteil verlangen ein Minimum an Arbeitgeber-Leitungsmacht. Mit dem BAG: "Betriebliche Mitbestimmung im Sinne des BetrVG ist dort auszuüben, wo unternehmerische Leitungsmacht im betrieblichen Bereich konkret entfaltet und ausgeübt wird."<sup>10</sup>

# b) Ausgleichsfunktion

Neben der Teilhabe steht die kollektive Ausgleichsfunktion: Bevor der Betriebsrat das Kollektivinteresse an den Arbeitgeber heranträgt, muß er intern divergierende Arbeitnehmerinteressen in der Belegschaft ausgleichen. Die Ausgleichsfunktion ist "erste Stufe eines zweistufigen Entscheidungsprozesses", ihr folgt die Teilhabe- und Schutzfunktion. Die Ausgleichsfunktion setzt auf die dem Betrieb oder Betriebsteil zugeordnete Belegschaft im Sinne einer Gefahren- und Umverteilungsgemeinschaft auf: Zu kleine Betriebsratseinheiten trennen zusammengehörende Belegschaften und ihre

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ebenso Richardi (o. Fn. 1), S. 500: "Notwendigkeit einer teleologischen Begriffsbestimmung".

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Zur Arbeitnehmernähe einerseits und der Entscheidungsträgernähe andererseits GK-BetrVG/ Kraft/Franzen, BetrVG, 8. Aufl. 2005, § 1 Rn. 36; § 4 Rn. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> So aber Heither, Jahrbuch des Arbeitsrechts 36, 1998, S. 37, 40.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 38 zu Wiese, ZfA 2000, 117 (121).

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Einerseits Wiese, ZfA 2000, 117 (121) andererseits H. Hanau, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, 1994, S. 110.

 $<sup>^{10}</sup>$  BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 3; hiergegen unspezifisch D/K/K/*Trümner*, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 1 Rn. 68 f.

Wiese, ZfA 2000, 117 (122 f.); Gutzeit, AR-Blattei SD 530.14.2 Rn. 57 ff. mit weiteren Nachweisen.

gemeinsamen Interessen. Die Ausgleichsfunktion kann dann nur noch über den Gesamtbetriebsrat (§ 50 BetrVG) wahrgenommen werden, der insofern funktionswidrig die gesamte Belegschaft des Unternehmens repräsentiert.<sup>12</sup>

#### c) Betreuungs- und Kommunikationsnähe

Mitbestimmung verlangt kommunikative Nähe zur Belegschaft. Das gilt erst recht für die Betreuungsaufgaben des Betriebsrats – von der Sprechstunde bis zur Begleitung in Individualangelegenheiten (§§ 39, 82 ff. BetrVG); dies hat die BAG-Rechtsprechung zum BetrVG 1952 besonders betont. Indes zeigt § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG, daß die Betreuungsnähe nicht den Ausschlag gibt: Die räumliche Trennung führt für sich genommen gerade nicht zu Verselbständigung. Hinzukommen muß auch für Nr. 1 ein Minimum an Arbeitgeberfunktion (gleich 3.b) – insofern ist Arbeitgebernähe wichtiger als Belegschaftsnähe. Selbst wenn der räumlich entfernte Betriebsteil dieses Minimum an Arbeitgeberfunktion aufweist, können die Arbeitnehmer gegen die betriebsverfassungsrechtliche Selbständigkeit votieren und den entfernten "Hauptbetriebsrat" mitwählen. Hetreuungsnähe läßt sich überdies mit organisatorischen Mitteln bewerkstelligen – vom Einsatz moderner Kommunikationsmittel (arg § 40 Abs. 2 BetrVG), über dezentrale Sprechstunden im Betriebsteil, einen besonderen Ausschuß, § 28 BetrVG, bis hin zu Betriebsteilversammlungen nach § 42 Abs. 2 BetrVG.

### d) Keine Observanz (Irrelevanz der faktischen Handhabung)

Daß die Arbeitsorganisation auf eine gewisse Dauer angelegt sein muß,<sup>15</sup> heißt nicht, daß die faktische Handhabung maßgebend ist. Ob in einer vermeintlichen Einheit ein Betriebsrat im Amt ist oder ein vermeintlicher Betriebsteil dem Hauptbetrieb zugeordnet worden ist, hat weder Einfluß auf die tatsächliche Betriebsratsfähigkeit noch auf künftige Strukturen. Fehler der Betriebszuordnung werden durch Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist nur für die laufende Amtsperiode geheilt<sup>16</sup> – und auch nur für diese Amtszeit ist die Verselbständigung eines Betriebsteils durch eigene Wahl ausgeschlossen.<sup>17</sup> Die Zusammenarbeit des Arbeitgebers mit dem unter Verkennung des Betriebsbegriffes gewählten Betriebsrat kann zu keiner Verfestigung der Betriebsratsstruktur über die Amtszeit hinaus führen. Der Arbeitgeber kann sich nur nach Maßgabe von § 3 BetrVG zu einer bestimmten Betriebsratsstruktur verpflichten; betriebliche Observanz scheitert an der Organisationsfreiheit des Arbeitgebers und an seinem Recht zur Korrektur fehlerhafter Entscheidungen. Vor allem aber fehlt für eine langfristige Bindung der Legitimationsakt der Belegschaft. Die Wahl bindet stets nur für die Amtszeit.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Zutreffend Löwisch (o. Fn. 2), S. 683.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Etwa BAGAP BetrVG § 3 Nr. 4; dazu auch die ältere Literatur: Oehmann, DB 1964, 587 (588); Endemann, ArbuR 1954, 75 (78); Neumann-Duesberg, ArbuR 1967, 161 (164); weiter Gamillscheg, ZfA 1975, 357 (399); Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 232 ff., 241 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> P. Hanau, ZfA 1990, 115 (118); GK-BetrVG/Kraft/Franzen (o. Fn. 6), § 1 Rn. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Richardi, in: Richardi, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 1 Rn. 40 f.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Fitting, BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 18 Rn. 62 ff.

<sup>17</sup> BAG AP BetrVG1972 § 4 Nr. 15.

### 3. Relative Selbständigkeit des Betriebsteils

### a) Betriebsbegriff als Vorfrage

Betrieb ist nach der Jacobi-Definition "die organisatorische Einheit innerhalb derer ein Arbeitgeber alleine oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischer und immaterieller Mittel fortgesetzt bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt"<sup>18</sup>. Das hilft nicht weiter: Welche und wie viele arbeitstechnische Zwecke verfolgt der Arbeitgeber mit welcher Organisationseinheit? Dieser definitorischen Hilflosigkeit begegnen Rechtsprechung und Literatur, indem sie entscheidend auf den einheitlichen und eigenständigen Leitungsapparat in den wesentlichen mitbestimmungs- und mitwirkungspflichtigen Angelegenheiten des BetrVG abstellen, also auf die "Arbeitgeberfunktion im Bereich der sozialen und personellen Angelegenheiten (§§ 87 ff. und §§ 92 ff. BetrVG) sowie die unternehmerischen Funktionen im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten".<sup>19</sup>

### b) Minimum an Arbeitgeberfunktion (Nr. 1 und 2)

Als Teil eines Hauptbetriebs ist der Betriebsteil im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zwar notwendig in die Organisation des Gesamtbetriebes eingegliedert und auf dessen Zweck ausgerichtet, er soll aber dennoch organisatorisch abgrenzbar und "relativ" verselbständigt sein. 20 Zuerst verlangt der Betriebsteil für beide Nummern des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, daß ein Mindestmaß an organisatorischer Verselbständigung gegenüber dem Hauptbetrieb besteht: In der Einheit muß zumindest eine Person mit Leitungsmacht die Weisungsrechte des Arbeitgebers ausüben. 21 Arbeitsaufgabe und eigener Arbeitnehmerstamm reichen nicht aus. 22 Dieses Mindestmaß an Arbeitgeberkompetenz ist von der intensiveren relativen Selbständigkeit des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG zu trennen. Nur für Nr. 2 wird verlangt, daß die Arbeitgeberfunktion in bedeutsamen Mitbestimmungsbereichen auf der Betriebsteilebene ausgeübt wird – denknotwendig unterhalb der für einen selbständigen Betrieb vorausgesetzten Leitungsmachtintensität. 23

### c) Räumliche Entfernung (Nr. 1)

Die "räumlich weite Entfernung" des Betriebsteils nach Nr. 1 ist ein unbestimmter und funktionaler Rechtsbegriff.<sup>24</sup> Es geht um die Betreuungsnähe: Betriebsteile "jwd" (ganz weit draußen) sollen durch den örtlich präsenten Betriebsrat effektiv vertreten werden.<sup>25</sup> Die Teilhabefunktion wird mit Blick auf die örtlichen Entscheidun-

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 286.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BAGAP BetrVG1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 8; AP BetrVG1972 § 4 Nr. 13; Löwisch (o. Fn. 2), S. 679 f. m. w. N.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15 und 13; BAG AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Löwisch (o. Fn. 2), S. 680 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> BAG vom 14. 1. 2004 – 7 ABR 26/03 – n. v.; BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 4.

 $<sup>^{25}~</sup>BAG\,AP~BetrVG\,1972~\S\,1~Nr.\,16;~GK-BetrVG/Kraft/Franzen$  (o. Fn. 6), § 4 Rn. 10.

gen, also die Minimalleitungsmacht besser gewahrt;<sup>26</sup> dafür wird die Teilhabe an den Entscheidungen im entfernten Hauptbetrieb schwieriger. Ähnlich zwiespältig fällt die Bewertung mit Blick auf die Ausgleichsfunktion aus: Ortsnahe Betriebsräte weisen die größere Sachnähe zu örtlichen Ausgleichsfragen auf; indes wird der Ausgleich mit der Belegschaft des Hauptbetriebes schwieriger – und auf den Gesamtbetriebsrat verlagert.

Wegen dieser Zweischneidigkeit trifft das BetrVG keine abschließende Organisationsregelung, sondern überläßt der Betriebsteilbelegschaft mit der Urabstimmung des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Entscheidung für oder gegen den Anschluß an den Hauptbetrieb. Wichtig: Das Entscheidungsrecht liegt allein bei der Teilbelegschaft; die Arbeitnehmer im Hauptbetrieb haben kein Recht auf Herstellung der Organisationseinheit – und erst recht nicht die dortigen Amtsträger, auch wenn die Verselbständigung dort Mitbestimmungs- und Freistellungsrechte beschneiden kann.

Die Entfernung ist lediglich Vorfrage: Nur wenn die räumliche Entfernung so groß ist, daß sich im Kommunikationsdreieck Belegschaft-Betriebsrat-Arbeitgeber die Frage der Verselbständigung stellt, ist der Weg zur Urabstimmung frei.<sup>27</sup> Räumlich weit soll heißen: Die ordnungsgemäße (?) Betreuung der Teilbelegschaft durch den Hauptbetriebsrat ist nicht mehr gewährleistet. Indizien sollen sein: Distanz in Kilometern, öffentliche Verkehrsverbindung (Fahrtdauer, erforderliches Umsteigen, Wartezeiten).<sup>28</sup> Als grober Richtwert wird eine Distanz von 70 km angenommen.<sup>29</sup> Freilich: Das BetrVG 2002 setzt verstärkt auf Flexibilisierung und Vereinbarungslösung. Insofern kann man großzügiger sein, also die Teilbelegschaft schon ab einer kürzeren Entfernung (vielleicht 50 km) selbst entscheiden lassen.

## d) Eigener Aufgabenbereich und Organisation (Nr. 2)

Der (zu) nahe gelegene Betriebsteil ist verselbständigungsfähig nur, wenn er über das Minimum an Arbeitgeberfunktion hinaus die der "Eigenständigkeit durch Organisation und Aufgabenbereich" aufweist.<sup>30</sup> Eigenständigkeit des Aufgabenbereiches heißt: Die in dem Betriebsteil anfallenden Aufgaben lassen sich von jenen des Hauptbetriebes abgrenzen und sind insoweit verselbständigt.<sup>31</sup> Eigenständigkeit der Organisation zielt wiederum auf den Arbeitgeber-Leitungsapparat ab, bezogen auf den Zweck einer effektiven und sachgemäßen Vertretung einer Einheit von Arbeitnehmern.<sup>32</sup> Negativ gesprochen: Ein eigener Betriebsrat scheidet aus, wenn die Einheitlichkeit einer Arbeitsorganisation oder fruchtloses Nebeneinander mehrerer Betriebsräte dagegen sprechen.<sup>33</sup> Das BAG verknüpft beide Merkmale: Der relativ selbständige

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Fitting (o. Fn. 16), § 4 Rn. 16; Hrubesch, Die betriebsratsfähige Einheit im Wandel der Arbeitswelt, 2002, S. 67.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BAG AP BetrVG1972 § 1 Nr. 16; BAG AP BetrVG1972 § 4 Nr. 3; *Dietz*, FS Nikisch, 1958, S. 23 (25).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Richardi, in: Richardi (o. Fn. 15), § 4 Rn. 17 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Etwa: LAG Baden-Württemberg DB 1971, 2267 f.; LAG München BB 1988, 1182.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> GK-BetrVG/Knaft/Franzen (o. Fn. 6), § 4 Rn. 15; Fitting (o. Fn. 16), § 4 Rn. 23; ErfK/Eisemann, 6. Aufl. 2006, § 4 BetrVG Rn. 4; D/K/K/Trümner (o. Fn. 10), § 4 Rn. 39.

<sup>31</sup> Richardi, in: Richardi (o. Fn. 15), § 4 Rn. 25 f. m. w. N.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Insbesondere D/K/K/Trümner (o. Fn. 10), § 4 Rn. 45; Birk, ArbuR 1978, 226 (227 ff.).

<sup>33</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 5; Löwisch (o. Fn. 2), S. 683.

Leitungsapparat (insbesondere: Entscheidung über Einsatz von Arbeitnehmern<sup>34</sup>) mit Kompetenz in mitbestimmungsrechtlich relevanten personellen Angelegenheiten streitet für die Annahme einer eigenständigen Organisation.<sup>35</sup> Die formale Unterschriftsberechtigung reicht weder für die Regelungsbefugnis aus, noch kann sie als Zeichnungsvorbehalt einer höheren Stelle im Hauptbetrieb die Verselbständigung hindern. Entscheidend kommt es darauf an, wer auf Arbeitgeberseite die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten inhaltlich gestaltet. Weil nur relative Selbständigkeit erforderlich ist, darf ein Teil der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten beim Hauptbetrieb bleiben.<sup>36</sup> Auch hier ist großzügige Handhabung geboten, weil nicht endgültig über die Betriebsstruktur, sondern nur über das Verselbständigungsrecht der Teilbelegschaft entschieden wird.

### 4. Rechtsfolgen der Verselbständigung

## a) Unmittelbar: eigenes Wahlrecht zur Verselbständigung

Daß ein Betriebsteil selbständig ist, hat zunächst die Folge, daß die Teilbelegschaft, so sie betriebsratsfähig ist, einen eigenen Betriebsrat wählen kann – aber auch durch Urabstimmung für die gemeinsame Wahl mit dem Hauptbetrieb und damit für die Zugehörigkeit zu diesem votieren kann. Was aber geschieht im Moment der (womöglich unbemerkt gebliebenen) Verselbständigung – also noch vor einer etwaigen Wahl oder Urabstimmung?

### b) Andauernde Zuständigkeit des Hauptbetriebsrats?

Tritt die Verselbständigung des Betriebsteils während der Amtszeit des bislang einheitlich zuständigen Betriebsrates ein, so soll nach dem BAG dessen Zuständigkeit für den selbständig gewordenen Betriebsteil automatisch entfallen,<sup>37</sup> so daß jener Betriebsteil zunächst betriebsratslos ist. Nach anderer Ansicht soll der Betriebsteil dem Hauptbetrieb so lange zugeordnet bleiben, bis dort eine eigene Wahl stattgefunden hat.<sup>38</sup> Bedeutung hat dies vor allem für Betriebsvereinbarungen – wie das BAG in seiner Entscheidung vom 19.2. 2002 klar gesehen hat: "§ 77 BetrVG berechtigt zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen nur über solche Angelegenheiten, für die eine Regelungskompetenz der jeweiligen Betriebsparteien besteht. Und nur innerhalb der ihnen durch das BetrVG eingeräumten Regelungsbefugnis können sie den räumlichen und personellen Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung bestimmen. Die Rechtsetzungsbefugnis ist auf die Organisationseinheit beschränkt, für die der Betriebsrat

<sup>34</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15.

<sup>35</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 1; bestätigt durch BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15; Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl. 2002, § 4 Rn. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> BAG vom 19. 2. 2002 – 1 ABR 26/01 – AP BetrVG1972 § 4 Nr. 13; ebenso GK-BetrVG/Kraft/Franzen (o. Fn. 6), § 4 Rn. 18; Löwisch/Kaiser (o. Fn. 36), § 4 Rn. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Richardi, in: Richardi (o. Fn. 15), § 4 Rn. 32, der davon ausgeht, daß "der Betriebsteil betriebsverfassungsrechtlich dem Gesamtbetrieb zugeordnet" bleibt; auch Fitting (o. Fn. 16), § 18 Rn. 62; dagegen Thüsing, in: Richardi (o. Fn. 15), § 18 Rn. 33 für die rechtskräftige Betriebszuordnung durch das Arbeitsgericht nach § 18 Abs. 2 BetrVG: Danach soll eine Wahl des Betriebsrats für den Betriebsteil nach § 13 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG zulässig sein und § 22 BetrVG analoge Anwendung finden.

wirksam gewählt ist oder nach der Fiktion des § 19 BetrVG als wirksam gewählt gilt. Auf andere Betriebe erstreckt sich die durch Wahl vermittelte Rechtsetzungsbefugnis nicht."<sup>39</sup> Betriebsvereinbarungen des Hauptbetriebsrates können im verselbständigten Betriebsteil nicht gelten.

Schaut man genauer hin, kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt der Verselbständigung an: Ist diese vor der letzten Wahl (unbemerkt) eingetreten und haben die Arbeitnehmer des Betriebsteils den Hauptbetrieb (ohne Urabstimmung) mitgewählt, so liegt eine "normale" Verkennung des Betriebsbegriffes vor, die nur zur Anfechtbarkeit der Wahl führt. Der Hauptbetriebsrat ist während des Anfechtungsverfahrens vollwirksam im Amt; das Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist heilt die Wahl. Die Betriebsteilbelegschaft trifft also eine Verselbständigungsobliegenheit: Sie muß eine eigene Betriebsratswahl durchführen, um sich vom Hauptbetrieb zu lösen – und kann dies auch. Hat die Betriebsteilbelegschaft nicht mitgewählt, bleibt es bei der Verselbständigung – zum dann betriebsratslosen Betrieb. H

Erfolgt dagegen die Verselbständigung während der laufenden Amtsperiode des Hauptbetriebsrats, so tritt nach dem eindeutigen Wortlaut von § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zunächst eine Verselbständigung ein. Satz 2 erlaubt es gerade nicht, auf die Verselbständigung zu verzichten und die Zuständigkeit des Hauptbetriebsrats zu perpetuieren. Die "Anschluß-Urabstimmung" der Teilbelegschaft ist nur zur (nächsten) Wahl des Hauptbetriebsrats zulässig, nicht als Unterwerfung unter den bereits gewählten Hauptbetriebsrat. Das ist mißlich, weil so eine betriebsratsfreie Zone entsteht und die Urabstimmung nur dann möglich ist, wenn beide Belegschaften zeitgleich wählen. Indes greift zunächst das Übergangsmandat des Hauptbetriebsrates nach § 21a Abs. 1 BetrVG, weil die Verselbständigung eine Spaltung des bislang einheitlichen Hauptbetriebes bedeutet. Der Hauptbetriebsrat kann jedenfalls nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG zurücktreten und dadurch den Weg zu einer einheitlichen Neuwahl frei machen.

Der Befristung des Übergangsmandats sechs/zwölf Monate ab Spaltung (§ 21a Abs. 1 Satz 3, 4 BetrVG) kann man nicht ausweichen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Arbeitgebermaßnahme (Betriebsteilverlegung oder Leitungsmachtfestlegung), die unmittelbar zur Verselbständigung führt. Nach Ablauf des Übergangsmandats ist der verselbständigte Betriebsteil betriebsratslos. Verselbständigungen bleiben in der Praxis vielfach unbemerkt. Das verschiebt aber das Übergangsmandat nicht auf den Erkenntniszeitpunkt. Die Erkenntnis als solche ist keine Betriebsspaltung. § 21a BetrVG soll Schutzlücken schließen, die bei betrieblichen Organisationsänderungen des Arbeitgebers in der Übergangsphase entstehen können, die haber der Betriebs(verfassungs)-blindheit begegnen. Das Verkennen des Betriebsbegriffes kann nur über die Bestandskraft der Wahl zum Hauptbetriebsrat Folgen haben, die § 19 BetrVG zu entnehmen sind.

<sup>39</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Vgl. den Orchesterfall BAGAP BetrVG1972 § 4 Nr. 15; zu den Abwehrmöglichkeiten während konkurrierender Betriebsratswahlen *Rieble/Triskatis*, NZA 2006, 233 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16.

<sup>42</sup> So schon Konzen, RdA 2001, 76 (82); ebenso Löwisch/Kaiser (o. Fn. 36), § 4 Rn. 8.

<sup>43</sup> Thüsing, in: Richardi (o. Fn. 15), § 21 a Rn. 2 m. w. N.

#### c) Urabstimmung und eigene Betriebsratswahl

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG kann die Belegschaft des betriebsratsfähigen Betriebsteils formlos und mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen. Merkwürdigerweise ist asymmetrisch vorausgesetzt, daß kein eigener Betriebsrat besteht (ähnlich der Urabstimmung in § 3 Abs. 3 BetrVG). Das aber heißt: Die Verselbständigung ist eine Einbahnstraße. Haben die Arbeitnehmer einmal einen eigenen Betriebsrat gewählt, so gibt es (vorbehaltlich organisatorischer Eingriffe des Arbeitgebers) keinen Weg zurück zur Einheitswahl. Denkbar ist immerhin, daß alle Betriebsratsmitglieder vom Amt zurücktreten, so daß der Betriebsrat im Betriebsteil "rückstandsfrei" entsorgt ist. Auf der anderen Seite ist die Entscheidung für die Wahl zum Hauptbetriebsrat nicht endgültig, weil dieser kein "eigener" Betriebsrat ist und der Anschluß nach § 4 Abs. 1 Satz 5 BetrVG widerrufen werden kann. Bei der nächsten Wahl können die Arbeitnehmer im Betriebsteil neu entscheiden, ob sie am Anschluß festhalten oder sich lösen.

Die Urabstimmung wird nicht von einem eigenen Wahlvorstand als Zwischenwahlakt veranstaltet,<sup>44</sup> sondern kann nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 i.V. m. § 3 Abs. 3 Satz 2 BetrVG von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern des Betriebsteils, einer im Betriebsteil vertretenen Gewerkschaft oder vom Betriebsrat des Hauptbetriebes (§ 4 Abs. 1 S. 3 BetrVG) "veranlaßt" werden. Wer die Abstimmung, für die keine Form und keine eigene Wahlversammlung vorgesehen ist,<sup>45</sup> durchführt, sagt das BetrVG nicht. Neben den Veranlassungsberechtigten soll dies nach h. M. der Arbeitgeber sein.<sup>46</sup> Der Beschluß ist gemäß § 4 Abs. 1 S. 4 BetrVG dem Hauptbetriebsrat spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit mitzuteilen; andernfalls kann der Beschluß seine Wirksamkeit erst bei der darauffolgenden Betriebsratswahl entfalten.<sup>47</sup> Auf der anderen Seite kann der Widerruf auch für die laufende Betriebsratswahl im Hauptbetrieb nur bis spätestens zehn Wochen vor Ablauf der Hauptbetriebsratswahl erfolgen, Satz 5 i.V. m. Satz 4.

### d) Zuordnung zu einem Hauptbetrieb

Die Zuordnung zum Hauptbetrieb ist wichtig, wenn die Betriebsteilbelegschaft für die einheitliche Wahl votieren will. Im übrigen bleibt es vorerst bei der Selbständigkeit. Die Zuordnung wird dann problematisch, wenn nicht nur ein in Betracht kommender Hauptbetrieb besteht.<sup>48</sup> Welchem darf sich die Belegschaft anschließen?

Jedem, weil die Urabstimmung als kollektive Selbstbestimmung ein Wahlrecht vermittelt – auch wenn die Belegschaft des erkorenen Hauptbetriebes das als "aufgedrängte Bereicherung" begreift?<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Besser: § 7 Abs. 2 Satz 3 SprAuG, unklar dagegen § 20 Abs. 1 SprAuG.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Löwisch/Kaiser (o. Fn. 36), § 4 Rn. 9; D/K/K/*Trümner* (o. Fn. 10), § 4 Rn. 59; GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (o. Fn. 6), § 4 Rn. 21; a. A. *Richardi*, in: Richardi (o. Fn. 15), § 4 Rn. 35: Abstimmungsversammlung, freilich ohne Grundlage im Gesetz.

<sup>46</sup> Löwisch, BB 2001, 1734 (1734 f.); zustimmend GK-BetrVG/Kraft/Franzen (o. Fn. 6), § 4 Rn. 21.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Löwisch/Kaiser (o. Fn. 36), § 4 Rn. 9; Löwisch, BB 2001, 1734 (1734 f.); zustimmend GK-BetrVG/ Kraft/Franzen (o. Fn. 6), § 4 Rn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Zu dieser Frage im Rahmen der BetrVG-Reform Richardi, NZA 2001, 346 (348 f.); Konzen, RdA 2001, 76 (81).

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Dazu Konzen, RdA 2001, 76 (81); ebenso Franzen, ZfA 2001, 423 (427 f.).

- Wegen der Betreuungsnähe den räumlich nächsten Betrieb, obzwar § 4 BetrVG im systematischen Unterschied zu § 1 Abs. 2 SprAuG auf den Hauptbetrieb abstellt?<sup>50</sup>
- Nur demjenigen Hauptbetrieb, in dem ohne relative Verselbständigung die maßgebenden Arbeitgeberfunktionen angesiedelt sind?

Allein das Dritte ist richtig. Der Arbeitgeber-Leitungsapparat muß den Ausschlag geben, schon mit Blick auf den räumlich entfernten Betriebsteil, in dem nur das Minimum an Arbeitgeberfunktion besteht. Sonst nämlich würden womöglich unterschiedliche Betriebsräte dieselbe Arbeitgeberstelle mit Blick auf dieselben mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten angehen. Hauptbetrieb ist also derjenige Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG, dem der Betriebsteil ohne die Verselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG angehörte. Nur so wird auch das Urabstimmungsrecht der Teilbelegschaft funktional richtig erfaßt: Der Arbeitgeber kann kraft Organisationshoheit den Leitungsapparat festlegen. Die Urabstimmung erlaubt der segmentierten Teilbelegschaft, dies zu kompensieren und den "bisherigen" Betrieb als Hauptbetrieb aufrechtzuerhalten.

### e) Grenzen des Teilbetriebs?

Wählen die Arbeitnehmer der verselbständigten Einheit einen eigenen Betriebsrat, muß dessen organisatorischer Sitz bestimmt werden. Das ist schwierig, weil es sich vielfach um virtuelle Arbeitsorganisationen im Außendienst, wie Vertrieb oder Kundendienst, handelt. Der eigenständige Betriebsteil verlangt keine feste Betriebsstätte. Der Betriebsbegriff ist "nicht in dem Sinne räumlich zu verstehen, daß mit der Grenze des Betriebsgrundstücks oder der Betriebsräume der Betriebsbereich endet";53 vielmehr geht es um einen "funktional zu verstehenden betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff", bei dem die Einordnung in eine betriebliche Arbeitsorganisation die Betriebszugehörigkeit begründet. Anknüpfungspunkt ist nicht die räumliche, sondern die auf einen arbeitstechnischen Zweck ausgerichtete organisatorische Einheit. Des sich weißen des sich viellen verstehen der Betriebszugehörigkeit begründet.

Insofern muß zuerst erwogen werden, ob – mit Blick auf räumliche Distanzen – mehrere verselbständigte Betriebsteile vorliegen. Deren Grenzziehung kann schwierig geraten, folgt in jedem Fall dem vorausgesetzten Minimum an Arbeitgeberfunktion. Auch der für den Betriebsteil gewählte Betriebsrat bestimmt seinen Sitz nicht etwa frei (Wohnung/Büro des Betriebsratsvorsitzenden); vielmehr gebietet die Teilhabefunktion, daß der Betriebsrat der Leitungsmacht des Arbeitgebers folgt.

# f) Betriebsvereinbarungen

Das Schicksal von Betriebsvereinbarungen bei Verselbständigung des Betriebsteiles ist weithin ungeklärt – und sprengte den Rahmen dieses Beitrags. Klar ist nur, daß der Hauptbetriebsrat nach Verselbständigung nicht mehr für den verselbständigten Betriebsteil agieren kann (oben I.4.b.). Durchweg offen ist, ob das zu kollektiv-norma-

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Birk, ArbuR 1978, 226 (227); Gamillscheg, EzA § 4 BetrVG Nr. 4 und 5; D/K/K/Trümner (o. Fn. 10), § 4 Rn. 24 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> In diese Richtung Konzen RdA 2001, 76 (81); offengelassen von Franzen, ZfA 2001, 423 (428).

<sup>52</sup> Löwisch/Kaiser (o. Fn. 36), § 4 Rn. 5.

<sup>53</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> BT-Drs. 14/5741, S. 35.

<sup>55</sup> BAG AP AÜG § 14 Nr. 8.

tivem Erhalt der betrieblichen Kollektivverträge neigende BAG,<sup>56</sup> trotz der (jedenfalls für den Betriebsteil) entfallenen Betriebsidentität, die Alt-Betriebsvereinbarungen aus dem einheitlichen Betrieb aufrechterhält. Denkbar ist entweder eine Fortgeltung als Gesamtbetriebsvereinbarung (beschränkt auf die nunmehr zwei Betriebe) oder als zwei Betriebsvereinbarungen. Unseres Erachtens kommt indes eine Fortgeltung im verselbständigten Betriebsteil nicht in Betracht: Möglich ist allein die Nachwirkung des § 77 Abs. 6 BetrVG. Umgekehrt muß der Anschluß des Betriebsteils an den Hauptbetrieb die dortigen Betriebsvereinbarungen auf den Betriebsteil erstrecken.

### II. Betriebsteil und Gemeinschaftsbetrieb

§ 4 Abs. 1 BetrVG als Korrektur des § 1 BetrVG gerät in Konflikt mit zwei anderen Korrekturinstrumenten: dem Gemeinschaftsbetrieb und der nach § 3 BetrVG gewillkürten Betriebsratsstruktur. Für den Gemeinschaftsbetrieb stellen sich zwei Fragen: Kann der Gemeinschaftsbetrieb durch Verselbständigung nach § 4 Abs. 1 BetrVG kompensiert werden? Spannend wird das besonders in den Fällen des Betriebsteilübergangs, dessen betriebsverfassungsrechtliche Folgen durch den Gemeinschaftsbetrieb von Veräußerer und Erwerber kompensiert werden können<sup>57</sup> – was der Gesetzgeber durch die Vermutung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG aufgegriffen hat.

### 1. Leitungsmachtorientierung des Gemeinschaftsbetriebes

Der Gemeinschaftsbetrieb setzt nach herrschender und richtiger Meinung<sup>58</sup> zweierlei voraus:

- Mehrere Vertragsarbeitgeber (woran es bei Betriebsführungsverträgen fehlt),
- die sich durch Führungsvereinbarung zur gemeinschaftlichen institutionellen Ausübung von betriebsverfassungsrechtlicher Leitungsmacht verbunden haben (woran es bei Arbeitnehmerüberlassung, aber auch bei bloßem Fremdunternehmereinsatz fehlt).

Auf Details wollen wir an dieser Stelle nicht eingehen. Entscheidend für unsere Frage ist die Zuordnung des Gemeinschaftsbetriebs zum Betriebsbegriff des § 1 Betr-VG, die der Gesetzgeber (eher zufällig) mit dem Vermutungstatbestand in § 1 Abs. 2 BetrVG bestätigt. Das BAG betont: "die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel [müssen] für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefaßt, geordnet und gezielt eingesetzt . . . und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert [werden], wozu erforderlich ist, daß sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zur gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben". 59 Der gemeinsame

 $<sup>^{56}</sup>$  Zentral: BAG AP Betr<br/>VG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 7; eingehende Erläuterung durch Kreft, FS Wißmann, 2005, S. 347 ff.; kritisch Rieble/Gutzeit, NZA 2003, 233 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Eingehend *Rieble*, FS Wiese, 1998, S. 453 (458).

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Bonanni, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, 2003, S. 254 ff. m. umfangreichen Nachw.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 22; auch BAG AP KSchG 1969 § 1 Nr. 10; BAG AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 65; umfassend zuletzt *Rieble Gistel*, NZA 2005, 242 ff. m. w. N.

und einheitliche institutionelle Leitungsapparat muß sich auf den Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen (§§ 87 ff. BetrVG) und personellen Bereich (§§ 92 ff. BetrVG) beziehen. Auch hier geht es um Teilhabe: Entscheiden die betroffenen Arbeitgeber gemeinsam, soll ein einheitlicher Betriebsrat dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber gegenüberstehen und einheitliche Betriebsvereinbarungen abschließen können.

### 2. Kompensatorische Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs über § 4 BetrVG?

Die Verteilung der Leitungsmacht im Gemeinschaftsbetrieb kann ausnahmsweise so erfolgen, daß die Vertragsarbeitgeber zwar grundlegende arbeitsorganisatorische Entscheidungen (etwa über Arbeitszeitlage und Urlaubsplanung) gemeinsam treffen, daß aber (neben dem Entgelt) insbesondere personelle Angelegenheiten (Einstellung, Versetzung, Kündigung) weiterhin getrennt entschieden werden. Dann stellt sich die Frage, ob die den jeweils einzelnen Vertragsarbeitgebern zugeordneten Teile ihres Gemeinschaftsbetriebes über § 4 Abs. 1 BetrVG verselbständigt werden.

Das wäre ausgeschlossen, wenn der Gemeinschaftsbetrieb einer Korrektur durch § 4 BetrVG nicht zugänglich wäre, wenn also diese von § 1 Abs. 2 BetrVG vorausgesetzte Rechtsfigur die Betriebs(rats)struktur abschließend festlegte. Um ein Scheinproblem handelte es sich, wenn die relative Selbständigkeit der Betriebsteile stets eine solche Reichweite an isolierter Leitungsmacht voraussetzten, daß der Tatbestand des Gemeinschaftsbetriebes – gemeinschaftliche Führungsmacht in wesentlichen Mitbestimmungsbereichen – notwendig entfiele.

Beides ist nicht der Fall: Formal läßt sich zunächst sagen, daß der Gemeinschaftsbetrieb Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG ist und damit der Korrektur durch § 4 BetrVG unterfällt. Dahinter steht eine Wertung: Der Gemeinschaftsbetrieb folgt mit seiner Leitungsmachtorientierung dem Betriebsbegriff des § 1 BetrVG, der seinerseits leitungsmachtbezogen von § 4 BetrVG modifiziert wird. Die relative Verselbständigung setzt eine Aufteilung der Leitungsmacht voraus: Ein Teil der Leitungsmacht bleibt bei der Arbeitgeberstelle im Hauptbetrieb, ein anderer Teil ist im Betriebsteil angesiedelt. Sowenig die relative Verselbständigung der absoluten Selbständigkeit des Leitungsapparates gleichgesetzt werden darf - also dem Hauptbetrieb die Betriebsfähigkeit i. S. v. §1 BetrVG entzieht -, sowenig kann der Gemeinschaftsbetrieb ausgeschlossen sein. Abgesehen davon: Im Gemeinschaftsbetrieb kann auch die gemeinschaftliche Leitungsmacht dezentral organisiert sein - so daß neben dem Gemeinschaftshauptbetrieb verselbständigte Gemeinschaftsbetriebsteile stehen. Insbesondere bei räumlich weiter Entfernung eines Gemeinschaftsbetriebsteils hieße dies: Die Betreuungsnähe spielte keine Rolle. § 4 BetrVG ließe sich durch die Konstruktion eines Gemeinschaftsbetriebes ausschalten. Daß eine Verselbständigung dann und nur dann möglich sein soll, wenn auch der Betriebsteil unter gemeinschaftlicher dezentraler Leitung steht, nicht aber dann, wenn die Vertragsarbeitgeber sich die dezentrale Leitungsmacht individuell vorbehalten, ist wenig überzeugend. § 4 BetrVG steht in erster Linie im Dienst der betroffenen Teilbelegschaft, die frei entscheiden darf, ob sie der dezentralen Leitungsmachtstelle des Arbeitgebers einen dezentralen Betriebsrat gegenüberstellen möchte -

<sup>60</sup> BAG AP KSchG § 23 Nr. 4; BAG DB 2000, 384; BAG AP KSchG 1969 § 15 Nr. 49.

oder ob sie ihre Interessen durch den Hauptbetriebsrat besser vertreten sieht. Dafür, dieses Wahlrecht den Arbeitnehmern im Gemeinschaftsbetriebsteil vorzuenthalten, gibt es keinen Grund. Anknüpfungspunkt ist auch insoweit die Führungsvereinbarung, mit der die Vertragsarbeitgeber den Gemeinschaftsbetrieb als Hauptbetrieb geschaffen haben.

### III. Betriebsteil und Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG erlaubt eine Vereinbarungslösung für Arbeitnehmervertretungsstrukturen. Vor allem die Tarifparteien, ausnahmsweise die Betriebspartner (§ 3 Abs. 2 BetrVG) und höchst hilfsweise auch die Belegschaften (§ 3 Abs. 3 BetrVG) können die gesetzliche Betriebsstruktur modifizieren, wobei die Betriebsfiktion des § 3 Abs. 5 BetrVG merkwürdigerweise nur für die auf Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung fußenden Strukturen gelten soll. Zum Streit um § 3 BetrVG soll hier nichts geschrieben werden. Hier geht es nur um das Verhältnis zu § 4 BetrVG – mit zwei Fragen: Können gewillkürte Betriebs(rats)strukturen nach § 4 Abs. 1 BetrVG bereits verselbständigte Betriebsteile erfassen? Und ist es umgekehrt möglich, daß sich Teile eines Betriebes nach § 3 Abs. 5 BetrVG gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG verselbständigen und doch einen eigenen Betriebsrat wählen. Kurze Antwort: Erstens ja, zweitens nein.

Daß § 4 BetrVG systematisch nicht nur nach § 1, sondern auch nach § 3 BetrVG steht, heißt nicht, daß § 4 Abs. 1 BetrVG Korrekturfunktion auch gegenüber gewillkürten Einheiten hat. Gewillkürte Betriebs(rats)strukturen sind abschließend. Das zeigt insbesondere der unternehmenseinheitliche Betriebsrat des § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BetrVG. Um diese Unternehmenseinheitlichkeit wäre es geschehen, könnte sich ein Betriebsteil "davonmachen". Das wiederum stellte die Regelung insgesamt in Frage, weil der Nutzen einer einheitlichen Arbeitnehmervertretung entfiele.

§ 4 Abs. 1 BetrVG gibt der Teilbelegschaft ein einseitiges Korrekturinstrument gegen einseitige Arbeitgeberorganisationsentscheidungen (über die Lage des Teilbetriebes oder die Leitungsmachtorganisation). Im Rahmen von § 3 Abs. 1 und 2 BetrVG geht es nicht um einseitige Arbeitgeberakte, sondern um eine kollektivvertragliche Bindung. Die Arbeitnehmerseite hat – ungeachtet der verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>61</sup> – über Gewerkschaft und Betriebsrat diese Betriebsratsstruktur mitverantwortet. Korrekturfunktion hieße: Die Teilbelegschaft kann mit ihrer Verselbständigungsentscheidung den Willen von Gewerkschaft oder Betriebsrat überspielen. Im Fall der Urabstimmung nach § 3 Abs. 3 BetrVG liefe die Anwendung von § 4 Abs. 1 BetrVG gar darauf hinaus, der betroffenen Teilbelegschaft ein Sondersezessionsrecht einzuräumen: Während ein Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG den Zusammenschluß nicht verhindern kann (weil die erforderliche Mehrheit nicht in jedem Betrieb, sondern nur in der Gesamtbelegschaft des Unternehmens erreicht werden muß), wäre der Betriebsteil hierzu in der Lage. Eine Rückkehr zu den gesetzlichen Strukturen nach §§ 1, 4 BetrVG ist allenfalls

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Vor allem Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 310 ff.; ders., BB 2002, 1480 ff.; Picker, RdA 2001, 259 (282 ff.); Richardi, NZA 2001 Sonderheft, S. 7 (9); Buchner, NZA 2001, 633 (635); GK-BetrVG/Kraft/Franzen (o. Fn. 6), § 3 Rn. 69 ff.

durch actus contrarius, also einen Mehrheitsbeschluß der Belegschaft entsprechend § 3 Abs. 3 BetrVG möglich, <sup>62</sup> wobei man sich allerdings fragen muß, ob nicht auch § 3 Abs. 3 BetrVG eine Einbahnstraße (vgl. I.4.c, hier in entgegengesetzte Richtung, hin zur größeren Einrichtung) enthält, weil der unternehmenseinheitliche Betriebsrat "im Unternehmen" besteht und damit jede Urabstimmung, auch die spiegelbildliche verhindert und weil hier der Widerruf anders als in § 4 Abs. 1 Satz 5 BetrVG nicht erwähnt ist.

Das heißt: Gewillkürte Betriebs(rats)strukturen nach § 3 BetrVG schließen die Anwendung von § 4 Abs. 1 BetrVG aus. Ein Korrekturrecht kommt zuerst den Kollektivvertragsparteien zu, die ihre gewillkürte Struktur ändern und zur gesetzlichen zurückkehren können, 63 gegebenenfalls auch einseitig durch Kündigung. Korrekturfunktion können zweitens die Arbeitsgerichte beanspruchen, soweit sie ausnahmsweise die vereinbarte Struktur für funktionswidrig halten.

### IV. Betriebsteil und Betriebsänderung

Die Verselbständigung fingiert den Betriebsteil als Betrieb. Gilt das auch für die §§ 111f. BetrVG? Ist also die Entscheidung nach § 4 Abs. 1 BetrVG Grundlage für den Tatbestand der Betriebsänderung?

Diese Frage hat zwei Dimensionen: Erstens geht es darum, ob die Verselbständigung des Betriebsteiles als solche eine Betriebsspaltung i. S. v. § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG ist - und umgekehrt die Rückanbindung an den Hauptbetrieb eine Betriebsverschmelzung ("Zusammenfassung von Betrieben"). Zweitens kann die kleinere Einheit eher zur Wesentlichkeit sonstiger Betriebsänderungen führen. Werden 20 Arbeitnehmer entlassen, kann das bezogen auf den Hauptbetrieb unwesentlich sein, weil die Schwellen des § 17 Abs. 1 KSchG bzw. der 5 %-Anteil<sup>64</sup> nicht erreicht werden; im verselbständigten Betriebsteil dagegen durchaus. Ähnliches gilt für das Sozialplanprivileg des § 112 a Abs. 1 BetrVG. Es geht also um die Reichweite der Fiktionswirkung des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Dabei spricht viel dafür, die Betriebs(rats)zuordnung umfassend und abschließend greifen zu lassen, weil sonst stets gefragt werden muß, ob nicht hinter der aktuellen Betriebsratsstruktur eine andere, wahre und für §§ 111f. BetrVG maßgebende Betriebsstruktur nach § 1 BetrVG steht. Das betrifft nicht nur § 4 Abs. 1 BetrVG, sondern ebenso die Wahl unter Verkennung des Betriebsbegriffes und die gewillkürte Betriebsstruktur nach § 3 BetrVG.65 Auf der anderen Seite wird der Betriebsteil in § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG gesondert genannt. Indes geht es dort nicht um organisatorische Selbständigkeit, sondern um die Bedeutung eines Teiles eines Betriebes für diesen.

Dementsprechend spricht sich die herrschende Meinung für das Ausstrahlen der Betriebsfiktion des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auch auf den Tatbestand der Betriebsände-

<sup>62</sup> Richardi, in: Richardi (o. Fn. 15), § 3 Rn. 90.

<sup>63</sup> So für eine tarifvertragliche Betriebsratsstruktur BAG AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 4.

<sup>64</sup> Zu deren Maßgeblichkeit für § 111 BetrVG GK-BetrVG/Oetker (o. Fn. 6), § 111 Rn. 69 ff.

<sup>65</sup> Hierzu etwa Gistel, Gewillkürte Betriebsverfassungsstruktur und Umstrukturierung, 2005, S 157

rung aus – bezogen vor allem auf den Verselbständigungsakt als solchen.<sup>66</sup> Freilich bleiben Begrenzungen:

- Erstens muß die Betriebsänderung ein Akt des Arbeitgebers sein, im Rahmen von § 4 Abs. 1 BetrVG vor allem also Änderungen in der Leitungsmacht, die einen selbständigen Betriebsteil hervorbringen oder vernichten können. Die Entscheidung der Teilbelegschaft, nach Jahren der Betriebsratsgemeinschaft einen eigenen Betriebsrat zu wählen, ist keine vom Arbeitgeber betriebene Betriebsspaltung i. S. v. § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG sowenig wie die kraft Gesetzes eintretende Zuordnung nach § 4 Abs. 2 BetrVG, wenn ein Betrieb seine Betriebsratsfähigkeit verliert.
- Zweitens muß sich der Betrieb auch ändern. Kompensieren die Arbeitnehmer die Leitungsmachtverschiebung dadurch, daß sie sich durch Urabstimmung der Wahl im Hauptbetrieb anschließen (oder wählen sie in Unkenntnis von der Verselbständigung unter Verkennung des Betriebsbegriffs dort mit), so bleibt es beim einheitlichen Betriebsrat – und auch beim einheitlichen Betrieb. Ansonsten müßte auch hier nach virtuellen Betriebsstrukturen gefragt werden.
- Drittens schließlich könnten "Bagatellausgründungen" aus § 111 Satz 3 Nr. 3 Betr-VG herausgenommen werden, sei es, daß man einen wenigstens potentiellen Nachteil verlangt<sup>67</sup> oder besser noch dadurch, daß das BAG das Redaktionsversehen korrigiert, daß in dem mit dem UmwG eingefügten § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG das Wort wesentlich fehlt.<sup>68</sup>

In der Konsequenz heißt das auch: Die Zusammenlegung nach § 4 BetrVG verselbständigter Betriebsteile miteinander<sup>69</sup> ist ebenso Betriebsverschmelzung wie die Rückführung auf den Hauptbetrieb. Die Zusammenlegung von Betriebsteilen ohne eigenen Betriebsrat innerhalb desselben Hauptbetriebes ist keine Betriebsänderung.

# V. Betriebsteil und Kündigungsschutz

## 1. Anhörung des Betriebsrats

Die Betriebsfiktion des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist maßgebend für die Beteiligungsrechte nach § 102 BetrVG. Anzuhören ist der Betriebsrat des verselbständigten Betriebsteils, so er gewählt worden ist. Ist der verselbständigte Betriebsteil betriebsratslos geworden (I.4.b), entfallen diese Beteiligungsrechte und können nicht vom Gesamtbetriebsrat oder gar vom unzuständigen Betriebsrat des Hauptbetriebes wahrgenommen werden. Haben die Arbeitnehmer dagegen nach Urabstimmung oder in Verkennung des Betriebsbegriffes den Betriebsrat des Hauptbetriebes mitgewählt, ist dieser zuständig (I.4.b).

 $<sup>^{66}</sup>$  Annuβ, in: Richardi (o. Fn. 15), § 111 Rn. 101, 105 (explizit für § 4 BetrVG); GK-BetrVG/Oetker (o. Fn. 6), § 111 Rn. 100; Fitting (o. Fn. 16), § 111 Rn. 85.

<sup>67</sup> Αππιβ, in: Richardi (ö. Fn. 15), § 111 Rn. 102 m. w. N.; a. A. BAGAP BetrVG 1972 § 112 Nr. 110, das aber die Frage nach der Ausnahme für Bagatellausgründungen ausdrücklich offenläßt.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Bislang explizit anders BAG AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 110.

<sup>69</sup> Anders ErfK/Kania (o. Fn. 30), § 111 Rn. 13.

<sup>70</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16.

Verfahrensprobleme entstehen, wenn sowohl im Betriebsteil als auch im (Haupt-) Betrieb ein Betriebsrat gewählt worden ist – wie im Orchesterfall des BAG (Fn. 4). Muß der Arbeitgeber beide anhören? Definitiv nein. TES kann nur einen (Betriebsrat) geben, der für ein Beteiligungsrecht zuständig ist. Das ist derjenige des verselbständigten Betriebsteiles – wie das BAG im Orchesterfall richtig entschieden hat. Dem Arbeitgeber kann nur dann die Doppelanhörung empfohlen werden, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 BetrVG tatbestandlich streitig sind. Denn für diesen Fall ist noch ungeklärt, wie sich das vorläufige Nebeneinander zweier parallel gewählter Betriebsräte auf Betreiben zweier konkurrierender Wahlvorstände auswirkt.

### 2. Bezugsrahmen der Sozialauswahl

Das BAG meint in ständiger Rechtsprechung, betriebsverfassungsrechtlich verselbständigte Betriebsteile seien kündigungsschutzrechtlich nicht eigenständig, sondern bildeten vielmehr (nach wie vor) mit dem Hauptbetrieb eine Einheit im Sinne von § 23 KSchG und damit auch für die Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 BetrVG.<sup>72</sup> Das führt zu Friktionen – nicht anders als die gewillkürte Betriebsstruktur des § 3 Abs. 5 BetrVG, die eine Betriebsfiktion nur nach "diesem Gesetz" auslöst.<sup>73</sup> Beim Gemeinschaftsbetrieb kommt es darauf an, ob die Vertragsarbeitgeber nicht nur einen betriebsverfassungsrechtlichen, sondern auch einen kündigungsschutzrechtlichen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben.<sup>74</sup>

Die praktischen Schwierigkeiten liegen auf der Hand: Sozialauswahlrichtlinien nach § 1 Abs. 4 KSchG kann von vornherein nurmehr der Gesamtbetriebsrat vereinbaren, weil weder der Betriebsrat des Hauptbetriebes noch derjenige des verselbständigten Teilbetriebes für alle Arbeitnehmer zuständig sind – es sei denn, die Sozialauswahl ist wegen der begrenzten Austauschbarkeit der Arbeitnehmer von vornherein auf den Betriebsteil begrenzt. Denn es handelt sich um eine betriebsübersteigende Regelungsfrage, die die Einzelbetriebsräte aus Rechtsgründen nicht regeln können. Das muß für diesen Sonderfall auch das Initiativrecht des Einzelbetriebsrats nach § 95 Abs. 2 BetrVG ausschließen. Himmerhin ist für diesen Fall das Problem auseinanderfallender Zuständigkeiten für den Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG gelöst, da der Gesamtbetriebsrat dann von vornherein auch für die Namensliste als Konkretisierung der Sozialauswahl zuständig sein muß.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> A. A. Kania/Gilbert, NZA 2000, 678 (680).

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16; BAG AP KSchG 1969 § 2 Nr. 50.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Dazu Thüsing, ZIP 2003, 693 (705); Franzen, ZfA 2000, 285 (304 f.).

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Rieble (o. Fn. 57) S. 474 ff.; kritisch Annuβ/Hohenstatt, NZA 2004, 420 (422).

<sup>75</sup> Vgl. BAG EzA § 50 BetrVG 2001 Nr. 2; BAG AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 23; Gaul/Lunk, NZA 2004, 184 (186).

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Andere Konstellation bei BAGAP BetrVG 1972 § 95 Nr. 5; auch *Richardi*, FS Gitter, 1995, S. 789 (798).

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Zum Streitstand Annuβ, in: Richardi (o. Fn. 15), § 50 Rn. 37; Ohlendorf/Salamon, NZA 2006, 131 ff.; a. A. ErfK/Ascheid (o. Fn. 30), § 1 KSchG Rn. 516; U. Fischer, BB 2004, 1001 ff.

### 3. Sonderproblem Massenentlassungsschutz

Hier kann das Europarecht zu gewohnt wundersamer Komplexität verhelfen. Einmal geht es um die Bestimmung des Betriebes i. S. v. § 17 Abs. 1 KSchG, also den Massenentlassungstatbestand; zum anderen um das Konsultationsrecht nach § 17 Abs. 2 und 3 KSchG, also die Bestimmung der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit.

Nach Ansicht des EuGH ist mit dem Betriebsbegriff im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie (Richtlinie 98/59/EG) diejenige Organisationseinheit gemeint, der der Arbeitnehmer aufgrund der Erfüllung seiner Aufgaben angehört. Ob die Leitung dieser Einheit selbständig über Massenentlassungen entscheiden kann, kann dabei nicht maßgeblich sein (vgl. auch § 17 Abs. 3 a KSchG). Das BAG meint dennoch, daß hier der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff und damit § 4 BetrVG maßgebend ist. Begreift man die Wendung des EuGH in der Junk-Entscheidung als Umwidmung vom individuellen Entlassungsschutz zum Beteiligungsrecht, wäre das nur konsequent. Konsequenz und Systemgerechtigkeit sind indes das letzte, was wir vom EuGH erwarten dürfen.

Für die Zuständigkeit muß das Wort "Betriebsrat" in § 17 Abs. 2 und 3 KSchG als "der betriebsverfassungsrechtlich zuständige Betriebsrat" gelesen werden – also wiederum gegebenenfalls der Gesamtbetriebsrat, wenn die Massenentlassung die Betriebsgrenzen übersteigt.<sup>81</sup> Das ist aus rechtlichen Gründen der Fall, wenn der Tatbestand des § 17 Abs. 1 KSchG die Verselbständigung des Betriebsteiles ignoriert. Parallelberatungen über ein und dieselbe Massenentlassung mit zwei Einzelbetriebsräten darf es nicht geben. Für diese betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung ist der EuGH gottlob nicht zuständig.

#### VI. Ausblick

Der Betriebsteil des § 4 Abs. 1 BetrVG ist eine notwendige aber unvollkommene Korrektur des unscharfen Betriebsbegriffes in § 1 BetrVG. Kern der Regelung ist ein Korrekturrecht der Belegschaft, mit der diese einer vom Arbeitgeber bewirkten Verschiebung der Betriebsratsstruktur begegnen kann. Es geht um Selbstbestimmung der Belegschaft "von unten" – im Gegensatz zu § 3 BetrVG, der auf Gewerkschaftsherrschaft "von oben" setzt. Die zahlreichen und komplexen Rechtsprobleme ließen sich stimmig lösen, wenn das BetrVG anstelle der gesetzlichen Betriebsstruktur nach §§ 1, 4 BetrVG nach dem Vorbild des Europäischen Betriebsrats auf Verhandlungslösungen setzte. Die in diese Richtung weisenden Reformgedanken der Unternehmensmitbe-

 $<sup>^{78}</sup>$  EuGH (7. 2. 1985 – Rs. 186/83) Slg. 1985, 519 (528); EuGH (7. 12. 1995 – Rs. C-449/93) Slg. 1995, 4291 (4316 ff.).

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> BAG AP KSchG 1969 § 17 Nr. 13; *Moll*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 17 KSchG; zweifelnd *Wiβmann*, RdA 1998, 221 (223 f.).

<sup>80</sup> EuGH (27.1. 2005 - C-188/03) AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Vgl. für die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrat beim Interessenausgleich BAGAP BetrVG 1972 § 50 Nr. 22.

stimmung<sup>82</sup> könnten mittelfristig auf die Betriebsverfassung durchschlagen. Verhandlungslösungen trügen dem von *Richardi* betonten Gesichtspunkt Rechnung, daß die Betriebsverfassung keine arbeitgeberunabhängige Arbeitsverfassung ist,<sup>83</sup> sondern ein Wechselspiel von Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers und den diesen folgenden Teilhabeversuchen des Betriebsrats. Für den Ausgleich ist das Vertragsverfahren auf betrieblicher Ebene die beste Methode.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Dazu *Thomas Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. Deutschen Juristentag 2006.

<sup>83</sup> Zuletzt Richardi (o. Fn. 1) S. 501.