VOLKER RIEBLE



Konzerninteressenausgleich?

I. Jobst-Hubertus Bauer als Wissenschaftler

Jobst-Hubertus Bauer hat das Arbeitsrecht in Deutschland wie kein anderer Rechtsanwalt bewegt. Neben seiner beachtlichen Praxistätigkeit hat er stets wissenschaftlich gewirkt – auch wenn das manchen nicht gefällt. Daß er als Rechtsanwalt vor allem Unternehmen und Führungskräfte vertritt, schränkt die wissenschaftliche Überzeugungskraft Bauers nicht ein. Intensive Kenntnis der arbeitsrechtlichen Praxis und ihrer Folgewirkungen im Unternehmen können Einsicht und Überzeugung bestärken – ein Manko ist das für jene mit nur ausschnitthaftem Blick in die Lebenswirklichkeit.

Anders können das nur kleine Geister sehen – wie jener Hannoveraner Arbeitsrichter, der "im Namen des Volkes" Wissenschaftszensur ausübt, wenn er die "wie immer interessengebundene Polemik von Bauer/Arnold, NJW 2006, 6" im Urteil zitiert¹. Jenem Richter fehlt nicht nur der richterliche Anstand. Ungeheuerlich ist vor allem die Wissensanmaßung: Woher weiß jener Richter, was den Autor Bauer innerlich und gedanklich treibt? Ist es ausgeschlossen, dass Anwälte wissenschaftlich und unabhängig schreiben, weil sie im Anwaltsberuf (auch) bezahlte Interessenvertreter sind? Ist es ausgeschlossen, dass ein Rechtsanwalt, der Unternehmen und Führungskräfte vertritt, einen eigenen Kopf hat, selbst denkt und seine Überzeugung niederlegt? Betrüblich ist, dass sogar Professoren solches formulieren und Interessenleitung unterstellen, wo durch lange Berufsjahre erworbene Sachkenntnis und allenfalls ein wirtschaftliches Vorverständnis herrschen. Hier zeigt sich die hässliche Fratze der sozialpolitischen Korrektheit mit ihrem Hang zur typisch deutschen Denkpolizei.

Bauer selbst sähe das gelassen und konstatierte mit Adenauer: "Wir leben alle unter dem gleichen Himmel, aber wir haben nicht alle den gleichen Horizont." Dieser Beitrag soll den unabhängigen und furchtlosen Wissenschaftler Jobst-Hubertus Bauer ehren.

II. Konzerninteressenausgleich als Praxisproblem

Die Restrukturierung von Unternehmen ist eine komplexe Angelegenheit, weil sie eine Vielzahl von Rechtsfragen über alle Rechtsgebiete hinweg aufwirft, die im günstigsten Falle zu einer integrativen Lösung gebracht werden sollen. Eine Zen-

¹ ArbG Hannover vom 18.5.2006 – 10 Ca 617/04 – insoweit in DB 2006, 1847 Fn 8 nicht vollständig wiedergegeben. In juris findet sich das vollständige Zitat, abgerufen am 26.3.2009.

tralfrage ist die Zuständigkeit für den Interessenausgleich im größeren Unternehmen oder Konzern. Vielfach ist der Arbeitgeber an der Zuständigkeit des "höheren" Gremiums interessiert: Weil die Betriebsratsmitglieder im Gesamtbetriebsrat oder besser noch dem Konzernbetriebsrat "weiter weg" von den großen Konflikten sind, weil es genügt, Rücksicht auf den Heimatbetrieb des jeweiligen Vorsitzenden zu nehmen und weil wegen der größeren Distanz zu den örtlichen Gegebenheiten ein konfliktärmerer Dialog möglich ist. Auch ist zu bedenken, dass die Mitglieder im Gesamt- oder Konzernbetriebsrat als solche nicht von den Belegschaften gewählt werden und das Amtsverhalten in diesen Gremien in aller Regel auch nicht wiederwahlrelevant im Heimatbetriebsrat ist. Ein Konzerninteresseninteressenausgleich gelingt also leichter als ein örtlicher Interessenausgleich.

Auf der anderen Seite lassen sich Zuständigkeitskonflikte auf Betriebsratsseite in den Verhandlungen gezielt "preissteigernd" einsetzen. Für das Rechtsrisiko muss stets der Arbeitgeber zahlen.

Rechtlich ist es zunächst einfach: Auch in wirtschaftlichen Angelegenheiten der §§ 111 f BetrVG, in denen der Arbeitgeber als "Unternehmer" angesprochen ist und in denen der Wirtschaftsausschuss als Betriebsverfassungsorgan auf Unternehmensebene eingeschaltet ist, gilt das Grundprinzip der Ausgangszuständigkeit des örtlichen Betriebsrats, das die zuständigkeitsverlagernden Normen der §§ 50 Abs. 1 Satz 1, 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG voraussetzen. "Für die Ausübung der Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz ist grundsätzlich der von den Arbeitnehmern unmittelbar gewählte Betriebsrat zuständig." Insofern gilt ein betriebsverfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip.

III. Zuständigkeitsverlagerung "nach oben"

§§ 50 Abs. 1 Satz 1 und 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verlangen für die Zuständigkeitsverlagerung vom Betriebsrat auf den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat kongruent, dass

- die zu behandelnde "Angelegenheit"
- in ihrer Wirkung ("betreffen") über die untere Repräsentationseinheit (Betrieb oder Unternehmen) hinausreicht
- und nicht durch deren Repräsentationsorgane also Betriebsräte oder Gesamtbetriebsräte "geregelt werden kann"³.

Dabei geht das Gesetz vom *Prinzip der überschneidungsfreien "ausschließlichen"* Betriebsratszuständigkeit aus: Für ein und dieselbe – unteilbare – Angelegenheit können nicht parallel mehrere Betriebsräte regelungszuständig sein. Das gilt horizontal im Verhältnis konkurrierender Betriebsräte oder Gesamtbetriebsräte – hier löst die

² BAG vom 14.11.2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399; BAG vom 18.10.1994 – 1 ABR 17/94 – NZA 1995, 390; Ehrich, Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und ihre Bedeutung bei den betrieblichen Beteiligungsrechten, ZfA 1993, 427, 429; GK-BetrVG/Kreutz 8. Auflage (2005) § 50 Rn. 18, 19.

³ Hierzu grundlegend Schul, Verlagerung der Betriebsratszuständigkeit (2009) S. 66 ff.

konkurrierende Parallelzuständigkeit für dieselbe Angelegenheit gerade die Zuständigkeitsdevolution "nach oben" auf den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat aus, wenn die Regelungsfrage nicht sinnvoll geteilt werden kann. Das gilt aber auch vertikal: Ist der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat einmal zuständig, so folgt hieraus zugleich, dass die Zuständigkeit der basisnäheren Betriebsräte oder Gesamtbetriebsräte erlischt. Insbesondere ist es nicht zulässig, die in der Kompetenzzuordnung bereits als unteilbar angesehene Regelungsfrage ("Angelegenheit") doch wieder aufzuteilen in eine Rahmenregelung, für die der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat zuständig ist und deren Konkretisierung, die der örtliche Betriebsrat oder der Gesamtbetriebsrat vornimmt⁴. Das heißt: Ist der Gesamtbetriebsrat zuständig, schließt das eine Parallelzuständigkeit örtlicher Betriebsräte aus; ist der Konzernbetriebsrat zuständig, so ist er das ebenfalls ausschließlich⁵.

Eine *Durchbrechung* dieser strengen Prinzipen wird nur für Ausnahmefälle diskutiert – vor allem, wenn ein Gesamtbetriebsrat gesetzwidrig nicht errichtet ist, ein Konzernbetriebsrat zulässigerweise nicht gebildet wurde⁶ oder nicht konstituiert werden kann, weil sich die Konzernspitze im Ausland befindet⁷. Zu denken ist auch an den Fall, dass der Konzernbetriebsrat wirksam errichtet, aber fehlerhaft besetzt und damit nicht handlungsfähig ist.

In all diesen Fällen kommt eine Auffangzuständigkeit der unteren Ebenen nicht in Betracht. Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats wird gerade dadurch begründet, dass Gesamtbetriebsräte die Angelegenheit "nicht regeln können". Weswegen die Gesamtbetriebsräte in dem Fall, dass der Konzernbetriebsrat nicht existiert, eben dieselbe Regelung dann "doch regeln können", ist nicht ersichtlich! Überdies eröffnete das einen Anreiz zur Zuständigkeitsmanipulation.

1. Betriebsänderung als unteilbare Angelegenheit?

"Angelegenheit" der zuständigkeitsordnenden §§ 50 Abs. 1 Satz 1 und 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist ausweislich der Überschriften zu den Abschnitten 3., 5. und 6. Abschnitt des Vierten Teils des BetrVG die jeweilige mitwirkungspflichtige Regelungsfrage⁸. Gegenstand der Kompetenzzuweisung ist die einheitliche Angelegenheit. Lässt sich ein mitbestimmungspflichtiger Lebenssachverhalt in mehrere selbständige Regelungsfragen aufteilen, so ist die Kompetenz für jede Regelungsfrage gesondert zu bestimmen. Leitbild ist die betriebsübergreifende Versetzung des § 99 BetrVG, für die gerade deshalb der Gesamtbetriebsrat nicht zuständig ist, weil diese personelle Maßnahme aufgeteilt werden kann in die Ausgliederung aus dem ab-

⁴ BAG vom 14.11.2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399.

⁵ Schmitt-Rolfes, Interessenausgleich und Sozialplan in Unternehmen und Konzern, 2. FS BAG (2004) S. 1081, 1084, 1094.

⁶ Vgl. Salamon, Die Fortgeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, RdA 2007, 103, 105, aber auch Däubler/Kittner/Klebe/Trittin BetrVG, 10. Auflage (2006), § 50 Rn. 12f, die aber die Überschneidungsfreiheit der Betriebsratszuständigkeiten grundsätzlich ablehnen.

⁷ BAG vom 14. 2. 2007 – 7 ABR 26/06 – NZA 2007, 999.

⁸ Dazu Richardi, Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zur Mitbestimmungsausübung, FS Gitter (1995), 789, 791; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern (1989) S. 340.

gebenden Betrieb, für die dessen Betriebsrat zustimmungsverweigerungsberechtigt ist und die Eingliederung in den aufnehmenden Betrieb, die eine zweite Zustimmung des dortigen Betriebsrats erfordert⁹. Ob eine Angelegenheit teilbar ist oder nicht, ist aus dem Zweck des Mitbestimmungsrechts zu beantworten¹⁰.

Für Betriebsänderungen steht das BAG auf dem richtigen Standpunkt, dass Interessenausgleich und Sozialplan getrennte Regelungsfragen sind. Die Frage, ob und wie eine geplante Betriebsänderung durchgeführt wird, kann isoliert geregelt werden – eben unabhängig von der im zweiten Schritt zu beantwortenden Frage, wie die nach Maßgabe eines Interessenausgleichs oder im Falle von dessen Scheitern nach Maßgabe der Arbeitgeberentscheidung vollzogene Betriebsänderung durch Abfindungen oder andere Ausgleichsmaßnahmen gemildert werden. Deswegen kann für den Interessenausgleich über eine Betriebsänderung durchaus der Gesamtbetriebsrat (oder auch der Konzernbetriebsrat) zuständig sein – wohingegen der Sozialplan auf betrieblicher Ebene mitbestimmt wird: "Aus der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für die Vereinbarung eines Interessenausgleichs folgt nicht zwingend die gesetzliche Zuständigkeit für den Abschluss eines Sozialplans. Dafür ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 BetrVG gesondert zu prüfen. Ob danach ein zwingendes Bedürfnis nach einer zumindest betriebsübergreifenden Regelung besteht, bestimmt auch der Inhalt des Interessenausgleichs"¹¹.

Dass beide Beteiligungsrechte nebeneinander stehen, folgt nicht nur aus dem Inhalt der Regelungsfrage ("Angelegenheit"), sondern ebenso daraus, dass §§ 111, 112 getrennte Verfahren vorsehen. Dass § 112 BetrVG in den Absätzen 1 bis 3 Interessenausgleich und Sozialplan nebeneinander nennt und insbesondere davon ausgeht, dass eine "Gesamteinigung" versucht werden soll, ändert hieran nichts¹². Umgekehrt gilt: Wenn unterschiedliche Betriebsräte zuständig sind, dann ist eine Paketlösung wegen der unterschiedlichen Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite nicht möglich. Getrennte Regelungsfragen können nur dann einheitlich verhandelt werden, wenn ein und derselbe Betriebsrat kompetent ist. Die Zuständigkeitsordnung des BetrVG ist grundsätzlich nicht beweglich – gewünschte Gesamtverhandlungen über ein Gesamtpaket mit erweiterten Kompensationsmöglichkeiten ändern als bloße Zweckmäßigkeitserwägung nichts an der Zuständigkeit und machen insbesondere aus rechtlich getrennten Regelungsfragen keine Einheit. Die Entscheidung des § 112 BetrVG, Interessenausgleich und Sozialplan in einem zweistufigen Regelungsverfahren zu trennen, ist ernst zu nehmen¹³. Bestätigt wird

⁹ BAG vom 26. 1. 1993 – 1 AZR 303/92 – NZA 1993, 714.

¹⁰ BAG vom 14. 11. 2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399; BAG vom 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234; Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie (1979), S. 201 ff; Schwald, Die Legitimation der Konzernbetriebsverfassung (2005) S. 118.

¹ BAG vom 11. 12. 2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688 (Hervorhebung von mir); BAG vom 24. 1. 1996 – 1 AZR 542/95 – NZA 1996, 1107; BAG vom 23. 10. 2002 – 7 ABR 55/01 – NZA 2003, 1360; BAG vom 3. 5. 2006 – 1 ABR 15/05 – NZA 2007, 1245.

¹² Eingehend zur Teilbarkeit mitbestimmter Angelegenheiten Schul (Fn 3) S. 69 ff.

¹³ Eingehend Wißmann, Das schwierige Miteinander von Interessenausgleich und Sozialplan, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV (2006) S. 1037, 1039 f; ebenso GK-BetrVG/Oetker (Fn 2) § 112, 112a Rn. 158; aA Schmitt-Rolfes (Fn 5) 2. FS BAG (2004) S. 1081, 1088: "zwingende Akzessorietät von Interessenausgleich und Sozialplan".

das durch den Tendenzschutz des § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, der nur den Interessenausgleich, nicht aber den Sozialplan ausschaltet.

In den Worten des BAG: "Die bloße Zweckmäßigkeit einer unternehmenseinheitlichen oder betriebsübergreifenden Regelung begründet in Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats allein ebenso wenig wie ein Kosteninteresse des Arbeitgebers"¹⁴.

2. Maßnahmenbündel als einheitliche Betriebsänderung?

Im Rahmen eines Restrukturierungskonzeptes werden typischerweise eine Mehrzahl von Betriebsänderungen des § 111 Satz 3 BetrVG geplant. Einheitliche Angelegenheit und damit Ansatz für eine einheitliche Kompetenz ist zunächst die jeweilige Einzelmaßnahme. Fünf verschiedene Betriebsstillegungen oder –einschränkungen sind im Ausgangspunkt fünf getrennte Betriebsänderungen, für die unterschiedliche Betriebsräte zuständig sein können. Das liegt daran, dass der Tatbestand der Betriebsänderung notwendig auf den Einzelbetrieb bezogen ist, der als Arbeitsorganisation in seiner Struktur oder seinem Umfang geändert wird.

Aus der Einheitlichkeit der Einzelmaßnahme kann für sich genommen nur dann eine Zuständigkeitsverlagerung auf den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat abgeleitet werden, wenn diese Einzelmaßnahme schon zwei oder mehrere Betriebe (desselben Unternehmens oder unterschiedlicher Unternehmen des Konzerns) einheitlich betrifft, vor allem also die Betriebsverschmelzung oder die Abspaltung eines Betriebsteiles zur Aufnahme in einen anderen Betrieb.

Zweites Tatbestandsmerkmal ist die betriebsübersteigende Betroffenheit. Die Regelungsangelegenheit muss mehrere Betriebe (genauer: mehrere Belegschaften) betreffen, mindestens also zwei. Das ist banal: Für eine originäre Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats ist kein Raum, wenn sich die Regelungsfrage nur innerhalb eines Betriebes stellt. Dann ist und bleibt notwendig der örtliche Betriebsrat zuständig¹⁵. Daneben stellt § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG Angelegenheiten des Gesamtunternehmens, wobei nicht recht klar wird, worin der Unterschied zur "nur" betriebsübersteigenden Angelegenheit liegt¹⁶. Das Unternehmen ist nicht Gegenstand der Betriebsverfassung. Genannt wird das Unternehmen als solches zwar in § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG und gerade für die wirtschaftlichen Angelegenheiten. Als spezifisches Unternehmensorgan ist nur der Wirtschaftsausschuss konstituiert; er hat keine Mitwirkungsrechte. Die Mitbestimmungsrechte der §§ 111, 112 BetrVG nennen zwar auf Arbeitgeberseite als Adressaten den "Unternehmen"; das Beteiligungsrecht selbst ist aber auf die Betriebsänderung beschränkt (Unterneh-

¹⁴ BAG vom 15. 1. 2002 – 1 ABR 10/01 – NZA 2002, 988.

¹⁵ Zur Überbetrieblichkeit GK-BetrVG/Kreutz (Fn 2) § 50 Rn. 22; Däubler/Kittner/Klebe/Trittin (Fn 6) § 50 Rn. 22; Siebert, Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats (1999) S. 25 ff, Grotkamp, Die Bedeutung des Gesamtbetriebsrats und die Abgrenzung seiner Zuständigkeit zu den Einzelbetriebsräten im Rahmen des Strukturwandels in der deutschen Wirtschaft (1999) S. 68 ff; Ehrich (Fn 2) ZfA 1993, 427, 436.

¹⁶ Etwa GK-BetrVG/Kreutz (Fn 2) § 50 Rn. 23; Salamon (Fn 6) RdA 2007, 106.

mensänderungen wie Verschmelzung und Spaltung sind nicht mitbestimmungspflichtig) und richtet die Zuständigkeit auch nicht etwa auf den Gesamtbetriebsrat aus. Eine einzelne Betriebsänderung, die Wirkungen nur in einem Betrieb hat, ist keine Angelegenheit des Gesamtunternehmens.

Das Merkmal verlangt also, dass – gemessen am Zweck und Inhalt des Beteiligungsrechts – von der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme des Arbeitgebers wie von der Mitwirkung des Betriebsrats mehr als eine Belegschaft "betroffen" ist. Dazu finden sich im Schrifttum verschiedene Umschreibungen: betriebsübergreifende Auswirkung¹⁷, der angestrebte Regelungsbereich¹⁸; persönlicher, sachlicher oder räumlicher Geltungsbereich¹⁹; Unternehmens- bzw. Konzernbezug ("final konzerndimensionale Angelegenheit")²⁰. Gemeint ist damit, dass die Entscheidung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit in dem einen Betrieb Auswirkungen auf den anderen Betrieb haben *kann*; auf die im Rahmen der Mitbestimmung erzielte Einigung kann es nicht ankommen, weil das Verfahrensergebnis schon sachlogisch nicht die vorausgesetzte Zuständigkeit definieren kann. Soweit es also um betriebsübergreifende Wirkungen der mitbestimmten Regelung geht, muss die potentielle Wirkung genügen. Die erforderliche Einschränkung liefert das dritte Tatbestandsmerkmal des "Nichtregelnkönnens".

Die Auswirkung muss nach dem Zweck des Mitbestimmungstatbestandes mitbestimmungsrelevant sein, lediglich faktische Fernwirkungen (etwa die finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch unterschiedliche nicht abgestimmte Regelungen) reichen nicht aus.²¹

Es geht also um die spezielle *Verteilungsdimension der Mitbestimmung*: Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats dient immer auch der Lasten- und Nutzenverteilung innerhalb der Belegschaft, bedingt entweder durch einen arbeitsorganisatorischen Zusammenhang (wie bei der Lage der Arbeitszeit) oder durch einen rechtlichen (etwa betriebliche Entgeltgerechtigkeit)²². Gemeint ist die verteilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva) zwischen den betroffenen Belegschaften – im Gegensatz zur ausgleichenden Gerechtigkeit (iustitia commutativa), die auf das Verhältnis der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber abstellt²³. Das hat das BAG für Vergütungsfragen²⁴ wie für Arbeitszeitregelungen²⁵ bereits betont.

¹⁷ Richardi/Annuß, 11. Auflage (2008) § 50 Rn. 6.

¹⁸ Däubler/Kittner/Klebe/Trittin (Fn 6) § 50 Rn. 22.

¹⁹ GK-BetrVG/Kreutz (Fn 2) § 50 Rn. 24; § 77 Rn. 190, 191; 172.

²⁰ Konzen, Errichtung und Kompetenz des Konzernbetriebsrats, in FS Wiese (1999), S. 199, 212; Schwald (Fn 10) S. 108 ff; Nick, Konzernbetriebsrat und Sozialplan im Konzern (1992) S. 146; weitergehend Wetzling, Der Konzernbetriebsrat (1978) S. 61, S. 81.

²¹ Vgl. BAG vom 15. 1. 2002 – 1 ABR 10/01 – AP Nr. 23 zu § 50 BetrVG 1972 = EzA BetrVG 1972 § 50 Nr. 19.

²² Allgemein zur Verteilungsfunktion der Mitbestimmung als "dritter Dimension" neben Schutz und Teilhabe Hans Hanau, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (1994); GK-BetrVG/Wiese (Fn 2) Einleitung Rn. 76 ff; Wiese, Schutz und Teilhabe als Zweck notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117 ff.

²³ Allgemein Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993).

²⁴ BAG vom 6. 12. 1988 – 1 ABR 44/87 – NZA 1989, 479.

²⁵ BAG vom 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234.

Für den Interessenausgleich resultiert die belegschaftsübergreifende Betroffenheit daraus, dass ein Verzicht oder eine Einschränkung der isoliert gesehen betriebsbezogenen Maßnahme im Rahmen des Gesamtkonzeptes dazu führt, dass Betriebsänderungen in anderen Betrieben ungeschmälert oder gar verschärft durchgeführt werden, weswegen der Verhandlungserfolg des einen Betriebsrats zu Lasten einer anderen Belegschaft gehen kann. Will ein Unternehmen Personal abbauen, um einen Sparkurs durchzusetzen, so leuchtet es unmittelbar ein, dass der Verzicht auf den Personalabbau in einem Betrieb nachteilige Konsequenzen für Abbaupläne in anderen Betrieb hat. Die überbetriebliche Betroffenheit folgt also dem überbetrieblich angelegten Arbeitgeberkonzept.

Das heißt letztlich, dass der Arbeitgeber mit seiner Planung des Paketes von Betriebsänderungen die Zuständigkeit von Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat determinieren kann. Das ist auch nicht funktionswidrig, denn im Rahmen von §§ 111, 112 BetrVG folgt die Mitbestimmung über die Betriebsänderung ausschließlich dem Planungsbeschluss des Arbeitgebers. Ist dieser Gegenstand der Beratung und des Interessenausgleichsversuchs, so kann die überbetriebliche Betroffenheit überhaupt nur aus dem arbeitgeberseitigen Konzept folgen – und keinesfalls aus den Ergebnissen des Interessenausgleichs²⁶. So entscheidet das BAG durchweg:

- In der Entscheidung vom 11.12.2001 ging es um den unternehmensweiten Abbau von mehreren tausend Arbeitsplätzen im Zuge einer Umstrukturierung des Unternehmens, mit der eine grundlegende Änderung der gesamten Organisation angestrebt werden sollte. Schon daraus folgte die betriebsübergreifende Betroffenheit²⁷.
- Im Fall vom 24. 1. 1996 ging es um die Zusammenlegung zweier Betriebe (Verwaltung und Produktion)²⁸.
- In der Entscheidung vom 23. 10. 2002 folgte die betriebsübersteigende Betroffenheit aus einer unternehmensweiten Restrukturierungsplanung, nach der in einem Versicherungsunternehmen die bislang bei den Bezirksdirektionen angesiedelten Fachbereiche "Antrag, Leistung und Verwaltung" ausgegliedert und in die fünf Niederlassungen und das überörtliche Kunden-Service-Center eingegliedert werden sollten, woraus sich Teilbetriebsschließungen in 25 Bezirksdirektionen ergaben²⁹.
- Ein Konzernfall ist in der Entscheidung vom 3.5.2006 abgehandelt: Dort ging es um den Zusammenschluss zweier Konzerne mit der anschließenden Beseitigung von Doppelstrukturen durch die Zusammenlegung von Betrieben. Die Entscheidung teilt nicht mit, ob es überhaupt einen Konzernbetriebsrat im zusammengelegten Konzern gab und ob die Betriebszusammenlegungen unter-

²⁶ So die herrschende Meinung: Richardi/Annuß (Fn 17) § 111 Rn. 37; GK-BetrVG/Kreutz (Fn 2) § 50 Rn. 44; BAG vom 24. 1. 1996 – 1 AZR 542/95 – NZA 1996, 1107: "Maßgebend für die Zuständigkeit des Betriebsrats bzw. Gesamtbetriebsrats ist nicht, wie sich die geplante Betriebsänderung im Laufe der Zeit realisiert, sondern die ursprüngliche Planung".

²⁷ BAG vom 11. 12. 2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688.

²⁸ BAG vom 24. 1. 1996 – 1 AZR 542/95 – NZA 1996, 1107.

²⁹ BAG vom 23. 10. 2002 – 7 ABR 55/01 – NZA 2003, 1360.

nehmensübergreifend erfolgten; im Streit stand nur der Zuständigkeitskonflikt zwischen Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat und auch nur über den Sozialplan. Das BAG hat die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats aufgrund der betriebsübergreifenden Planung für den Interessenausgleich unproblematisch bejaht, indes diejenige für den Sozialplan verneint³⁰.

Bei unternehmens- oder konzernbezogenen Umstrukturierungen legt der (Konzern-)Arbeitgeber in aller Regel auch Wert auf ein einheitliches *Sozialplan-volumen*. In der Tat lässt sich eine betriebsübersteigende Betroffenheit auch in Ansehung des Sozialplans nicht verneinen. Die Sozialplanabfindung des einzelnen Arbeitnehmers folgt aus der betriebsübersteigend verhandelten Betriebsänderung³¹. Indes reicht das für die Zuständigkeit nicht aus.

3. Nichtregelnkönnen durch den örtlichen Betriebsrat oder den Gesamtbetriebsrat

a) Mitbestimmungsfunktionale Zuständigkeitsordnung

Das "Nichtregelnkönnen" ist das entscheidende Tatbestandsmerkmal. Bloße Nützlichkeitserwägungen können nicht zur Zuständigkeitsverlagerung führen. Dass die Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats wegen der damit erreichten Einheitlichkeit von Mitwirkungsvorgang und Verhandlungsergebnis "sinnvoller" ist, dass einheitliche Arbeitsbedingungen in Betrieben desselben Unternehmens oder Konzerns Anwendungskosten sparen, genügt nicht³². Erst recht kann es nicht auf einen bloßen Einheitlichkeitswillen des Arbeitgebers, also sein Koordinierungsinteresse ankommen³³.

Auf der anderen Seite kann das "Nichtregelnkönnen" nicht im Sinne einer strengen – objektiven oder subjektiven oder gar "denkgesetzlichen" – Unmöglichkeit verstanden werden. Dann wäre der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat nie zuständig, weil man sich kaum einen Regelungsgegenstand vorstellen kann, der nicht durch parallele Einzelbeteiligung aller betroffenen Einzelbetriebsräte geregelt werden kann³4. Selbst beim Zusammenschluss zweier Betriebe, der als "Angelegenheit" von vornherein beide Betriebe betrifft und einheitlich geregelt werden "muss", ist doch theoretisch denkbar, dass der Arbeitgeber mit beiden Betriebsräten getrennte Interessenausgleichsverhandlungen führt. Gerade die fehlende Erzwingbarkeit des Interessenausgleichs ließe getrennte Verhandlungen zu. Auf (intellektuelle) Fähigkeiten des örtlichen Betriebsrats zur Regelung kann es ebenso

³⁰ BAG vom 3. 5. 2006 – 1 ABR 15/05 – NZA 2007, 1245.

³¹ BAG vom 3.5. 2006 – 1 ABR 15/05 – NZA 2007, 12.

³² Statt vieler: BAG vom 6. 12. 1988 – 1 ABR 44/87 – NZA 1989, 479.

³³ BAG vom 18. 10. 1994 – 1 ABR 17/94 – NZA 1995, 390; BAG vom 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234; LAG Nürnberg vom 10. 9. 2002 – 6 (5) TaBV 41/01 – NZA-RR 2003, 197.

³⁴ GK-BetrVG/Kreutz (Fn 2) § 50 Rn. 8; Ehrich (Fn 2) ZfA 1993, 427, 442; Richardi/Annuß (Fn 17) § 50 Rn. 13; aA Schliemann, Zuständigkeitsabgrenzung Gesamtbetriebsrat – Betriebsrat beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen in: Düwell/Hanau/Molkenbur/Schliemann, Betriebsvereinbarung (1995), S. 155.

wenig ankommen. Hierfür ist ihm das Delegationsrecht der §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG eingeräumt³⁵.

Das BAG hat sich deswegen zu einer Kompromissformel entschlossen und fordert seit langem, dass ein zwingendes Erfordernis für eine betriebs- oder unternehmensübergreifende Regelung besteht³⁶. Freilich ist mit der Formulierung noch nichts gewonnen – es handelt sich lediglich um eine Umschreibung – ohne subsumtionsfähigen Gehalt. Unter welchen Voraussetzungen anstelle der örtlichen Betriebsräte der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat "regeln muss", lässt sich nur den jeweiligen Mitbestimmungsrechten entnehmen. Die Zuständigkeit ist mitbestimmungsfunktional zu bestimmen. Es kommt also auf die konkrete Angelegenheit und den Zweck des Mitbestimmungsrechts an. Das ist eine wertende Entscheidung, die den Gerichten Spielraum lässt³⁷.

Im Rahmen dieser mitbestimmungsfunktionalen Wertung kann das Arbeitgeberinteresse an Einheitlichkeit der Entscheidung und damit Einheitlichkeit der Mitbestimmung durchaus zuständigkeitsverlagernd wirken – aber nur soweit das jeweilige Mitbestimmungsrecht diese die Mitbestimmungsfrage vorprägende Arbeitgeberkompetenz anerkennt³⁸, die die Verteilungsfrage betriebs- oder unternehmensübergreifend fasst. Insofern differenziert das BAG zwischen Arbeitsorganisation (vor allem Arbeitszeitfragen) und Vergütungsangelegenheiten sowie technischer Überwachung³⁹. Die jüngste Entscheidung zu Ethikrichtlinien betont das Vorprägungsrecht des Konzernarbeitgebers besonders: "Durch den Verhaltenskodex soll eine konzerneinheitliche 'Unternehmensphilosophie' umgesetzt und für ein 'ethischmoralisch einheitliches Erscheinungsbild' und eine konzernweite Identität gesorgt werden. Ein konzernbezogenes identitätsstiftendes, ethisch-moralisches Erscheinungsbild' ist nur einheitlich umsetzbar."⁴⁰

b) Arbeitgeberhoheit für die Betriebsänderung (Interessenausgleich)

Die Mitbestimmung bei Betriebsänderungen nach §§ 111 f BetrVG setzt am Planungsbeschluss des Arbeitgebers an, den er zunächst mitbestimmungsfrei entwickelt. Seine Planungshoheit wird durch die Obliegenheit zum Versuch eines Interessenausgleichs nicht infrage gestellt. Der Unternehmer – oder bei konzernweiter Restrukturierung die Konzernspitze – entscheidet über die Restrukturierung grundsätzlich frei. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird vom Gesetz respektiert⁴¹.

³⁵ Dazu Rieble, Delegation an den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, RdA 2005, 26 ff; BAG vom 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234.

³⁶ BAG vom 14.11.2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399; BAG vom 3.5.2006 – 1 ABR 15/05 – NZA 2007, 1.

³⁷ BAG vom 26. 1. 1993 – 1 AZR 303/92 – NZA 1993, 714, 716: "Ob diese Voraussetzungen vorliegen, läßt sich nicht beantworten ohne Berücksichtigung des jeweiligen Inhalts und Zwecks des in Frage stehenden Mitbestimmungsrechts."; Richardi/Annuß (Fn 17) § 50 Rn. 13, 18; eingehend Schul (Fn 3) S. 100 ff.

³⁸ Ausdrücklich BAG vom 30. 8. 1995 – 1 ABR 4/95 – NZA 1996, 218.

³⁹ BAG vom 26. 5. 2005 – 1 AZR 76/04 – NZA 2005, 892; BAG vom 24. 1. 2006 – 3 AZR 483/04 – NZA-RR 2007, 595; BAG vom 20. 12. 1995 – 7 ABR 8/95 – NZA 1996, 945.

⁴⁰ BAG vom 22. 7. 2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248.

⁴¹ Statt aller Richardi/Annuß (Fn 17) § 111 Rn. 15.

Dem zuständigen Betriebsrat, Gesamt- oder Konzernbetriebsrat ist im Interessenausgleichsverfahren lediglich die Möglichkeit eröffnet, die vom Unternehmen vorgegebene Planung mit dessen Einverständnis zu modifizieren oder das Unternehmen zum freiwilligen Verzicht auf die Betriebsänderung zu bewegen.

Weil der zuständige Betriebsrat nur an der vom Unternehmen oder der Konzernspitze vorgegeben Planung zu beteiligen ist, besteht auch hier eine zuständigkeitsbestimmende Vorprägungskompetenz für die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit. Der Betriebsrat hat über die Betriebsänderung so zu verhandeln, wie diese sich nach der Planung des Arbeitgebers darstellt⁴². Das wiederum heißt:

- Liegt der Planung ein unternehmenseinheitliches Organisationsänderungskonzept zugrunde, ist der Gesamtbetriebsrat zuständig⁴³.
- Geht es um die Umstrukturierung im Konzern gemäß einem von der Konzernspitze vorgegeben Restrukturierungsplan, so ist der Konzernbetriebsrat zuständig⁴⁴.

Der innere Grund liegt im Verhandlungszusammenhang der in einer Planung zusammengefassten einzelnen Betriebsänderungen: Die von den Interessenausgleichsverhandlungen im Arbeitnehmerschutzinteresse bezweckte Modifikation der Gesamtplanung kann bedeuten, dass der eine Betrieb stärker belastet und der andere stärker entlastet wird. So mag es für die von der Planung betroffene Gesamtbelegschaft eines Unternehmens letztlich schonender sein, wenn ein Standort ganz geschlossen wird und dafür in der Mehrzahl der anderen Betriebe Entlassungen unterbleiben. Diese überbetriebliche Verteilungskomponente kann der Einzelbetriebsrat nicht sinnvoll wahrnehmen. Der Ausgleich divergierender Belegschaftsinteressen ist – dem Zweck des Interessenausgleichsverfahrens entsprechend – nur dem Gesamt- oder Konzernbetriebsrat möglich, wenn die Planung betriebs- oder unternehmensübergreifend erfolgt.

Allerdings wird man verlangen müssen, dass ein konkreter Planungszusammenhang zwischen den Einzelmaßnahmen besteht. Es dürfen also nicht "an sich" unabhängige Betriebsänderungen zu einer Planung verbunden werden – gerade um die Zuständigkeitsverlagerung auszulösen. Vielmehr muss es sich um eine einheitlich geplante, in innerem Organisationszusammenhang stehende Reorganisationsmaßnahme mit "Konzerndimension" handeln⁴⁵.

Das heißt: Zielt das Integrationskonzept darauf, parallele Strukturen in zwei oder mehr Unternehmen mit ihren Betrieben oder Betriebsteilen entweder in

⁴² Richardi/Annuß (Fn 17) § 111 Rn. 16; Wißmann (Fn 13) FS ARGE ArbR im DAV (2006) S. 1042.

⁴³ Wißmann, (Fn 13) FS ARGE ArbR im DAV (2006) S. 1042; Schmitt-Rolfes (Fn 5) 2. FS BAG (2004) S. 1083.

⁴⁴ So insbesondere Richardi/Annuß (Fn 17) § 58 Rn. 15, § 111 Rn. 160; Däubler/Kittner/Klebe/Trittin (Fn 6) § 58 Rn. 39 ff; Schmitt-Rolfes (Fn 5) 2. FS BAG (2004) S. 1083, 1094; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 24. Auflage (2008) – zit Fitting § 58 Rn. 15; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung von Unternehmen, 3. Auflage (2008) C 318 mit Beispielen.

⁴⁵ So auch Schmitt-Rolfes (Fn 5) 2. FS BAG (2004) S. 1083; Willemsen/Hohenstatt//(Fn 44) C 318; GK-BetrVG/Kreutz (Fn 2) § 58 Rn. 26: keine bloß formale Konzernzuständigkeit; GK-BetrVG/Oetker (Fn 2) § 111 Rn. 174, 180; *aA* Fuchs, Der Konzernbetriebsrat (1974) S. 64 ff, auch Wetzling, (Fn 20), S. 75 ff.

einer Arbeitsorganisation zusammenzuführen (unternehmensübergreifende Betriebsverschmelzung oder Eingliederung von Betriebsteilen), so ist die Betriebsänderungsplanung von vornherein konzerndimensional. Nur der Konzernbetriebsrat kann eine als Gesamtmaßnahme über die Grenzen der Konzernunternehmen hinausreichende Reorganisation verhandeln. Auch beim unternehmensübersteigenden Personalabbaukonzept liegt diese Konzerndimension vor, wenn es in Betracht kommt, dass Arbeitsplätze im jeweils anderen Unternehmen abgebaut werden. Auch dann ist eine *unternehmensübergreifende Lastenverteilung* angesprochen, für die allein der Konzernbetriebsrat legitimiert ist.

Diese Abhängigkeit der Zuständigkeit für den Interessenausgleich hat die Rechtsprechung durchweg anerkannt:

- Werden zwei Betriebe eines Unternehmens zusammengelegt, so müssen die Interessenausgleichsverhandlungen auf mit dem Gesamtbetriebsrat erfolgen⁴⁶.
- Ebenso hat das BAG 2002 für eine unternehmensweite Neuorganisation eines Versicherungsunternehmens entschieden: "Danach ist der Interessenausgleich … mit dem Gesamtbetriebsrat zu vereinbaren, wenn sich die vom Arbeitgeber geplante Maßnahme, wie im Streitfall, auf alle oder mehrere Betriebe auswirkt und deshalb einer einheitlichen Regelung bedarf."⁴⁷
- In der Entscheidung vom 11. 12. 2001 Personalabbau und Umstrukturierung eines Unternehmens stellt das BAG entscheidend darauf ab, dass die Entscheidungen über die Standorte der künftig fortzuführenden Betriebe und der im Gegenzug zu schließenden Betriebe und über die Zusammensetzung der Belegschaft der verbleibenden Betriebe notwendig über die Grenzen der einzelnen Betriebe hinaus mitzubeurteilen und mitzugestalten war und also der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats unterfiel. Dabei hat das BAG die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats verneint: "Die vom Unternehmen in Aussicht genommenen Betriebsänderungen waren auf die Ebene des Unternehmens beschränkt. Unternehmensübergreifende Betriebsänderungen und ein davon abhängiger Sozialplan, die nicht bezogen auf die Beklagte allein regelbar gewesen wären, sind nicht angestrebt worden und waren auch nicht Gegenstand der Vereinbarungen". 48
- Das LAG Köln hat für den Umzug verschiedener Einheiten eines Deutschen Telekommunikationsunternehmens in ein neues Bürogebäude die Einigungsstellenzuständigkeit geprüft und damit inzident die Zuständigkeit des antragsgegnerischen Konzernbetriebsrats. Es hat aus der Einheitlichkeit des Konzeptes die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats abgeleitet. Für die hieran anknüpfenden Arbeitsschutzfragen hat das Gericht die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats verneint, weil keine zwingende sachliche Notwendigkeit zur betriebsübergreifenden Regelung bestünde, vielmehr in den unterschiedlichen Betrieben im selben Gebäude auch unterschiedliche Schutzmaßnahmen getroffen werden könnten⁴⁹.

⁴⁶ BAG vom 24. 1. 1996 – 1 AZR 542/95 – NZA 1996, 1107.

⁴⁷ BAG vom 23. 10. 2002 – 7 ABR 55/01 – NZA 2003, 1360.

⁴⁸ BAG vom 11. 12. 2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688; auch BAG vom 20. 4. 1994 – 10 AZR 186/93 – NZA 1995, 89.

⁴⁹ LAG Köln vom 28. 1. 2008 – 14 TaBV 70/07.

c) Abweichende Zuständigkeit für den Sozialplan

Der Sozialplan knüpft nicht an die geplante Betriebsänderung an, sondern an die von der Betriebsänderung für die Arbeitnehmer ausgelösten Nachteile, die es zu mildern gilt. Mithin handelt es sich um eine im Verhältnis zum Interessenausgleich verschiedene Angelegenheit, für die eine eigene und ggf abweichende Zuständigkeit begründet sein kann (Fn 11). Für den Sozialplan spielt die Ausgangsplanung der Arbeitgeberseite keine Rolle. Die Sozialplanpflicht ist nicht an die Planung, sondern an den Vollzug der Betriebsänderung und die aus ihm für die Arbeitnehmer resultierenden Nachteile geknüpft. Führt etwa das Interessenausgleichsverfahren dazu, dass der Unternehmer sein Vorhaben aufgibt, entfällt mit der Betriebsänderung von vornherein auch die Sozialplanpflicht.

Dementsprechend kann es hier keine Vorprägungskompetenz des Unernehmens- oder Konzerns geben. Vielmehr kann die Zuständigkeit für den erzwingbaren Sozialplan nur aus der konkreten Betriebsänderung gewonnen werden, also aus dem Inhalt des Interessenausgleichs, wenn der Arbeitgeber sich an diesen hält, oder aus der von ihm durchgeführten Maßnahme. Mithin ist in denjenigen Fällen, in denen die Zuständigkeit für den Interessenausgleich beim Gesamt- oder Konzernbetriebsrat liegt, erst nach Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens die Zuständigkeit für den Sozialplan zu bestimmen. Das hat das BAG mehrfach deutlich gesagt⁵⁰.

d) Interessenausgleich mit Namensliste

Mit dem Interessenausgleich kann eine Namensliste verbunden werden, die besondere Rechtsfolgen auslöst: Nach § 1 Abs. 5 KSchG sind Kündigungen, aber auch Änderungskündigungen (etwa zur Versetzung an einen anderen Standort) nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar, wenn der Interessenausgleich eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer enthält. Weiter geht noch § 125 InsO. Nach § 323 Abs. 2 UmwG kann die Namensliste für den im Zuge einer Verschmelzung oder Spaltung erfolgenden Betriebsübergang die Arbeitnehmer Betrieb oder Betriebsteilen zuordnen; dann ist die Kontrolle des Arbeitsverhältnisübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt.

Die betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit für die namentliche Zuordnung der Arbeitnehmer ist nicht geklärt. Umstritten ist sie vor allem für § 1 Abs. 5 KSchG:

Nach einer Auffassung sind betriebsbedingte Kündigung und Sozialauswahl notwendig örtliche Angelegenheiten, weswegen eine Namensliste nur vom örtlichen Betriebsrat vereinbart werden kann. Ist für den Interessenausgleich der Gesamtoder Konzernbetriebsrat zuständig, ist mithin der Weg zum Interessenausgleich mit Namensliste versperrt⁵¹. Die Gegenauffassung sieht die Namensliste als Teil des In-

 $^{^{50}}$ BAG vom 3, 5, 2006 – 1 ABR 15/05 – NZA 2007, 12; BAG vom 11, 12, 2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688.

⁵¹ LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 29. 5. 2006 – 1 Sa 349/05; Fischer, Unternehmensbezogener Interessenausgleich und Namensliste, BB 2004, 1001, 1003.

c) Abweichende Zuständigkeit für den Sozialplan

Der Sozialplan knüpft nicht an die geplante Betriebsänderung an, sondern an die von der Betriebsänderung für die Arbeitnehmer ausgelösten Nachteile, die es zu mildern gilt. Mithin handelt es sich um eine im Verhältnis zum Interessenausgleich verschiedene Angelegenheit, für die eine eigene und ggf abweichende Zuständigkeit begründet sein kann (Fn 11). Für den Sozialplan spielt die Ausgangsplanung der Arbeitgeberseite keine Rolle. Die Sozialplanpflicht ist nicht an die Planung, sondern an den Vollzug der Betriebsänderung und die aus ihm für die Arbeitnehmer resultierenden Nachteile geknüpft. Führt etwa das Interessenausgleichsverfahren dazu, dass der Unternehmer sein Vorhaben aufgibt, entfällt mit der Betriebsänderung von vornherein auch die Sozialplanpflicht.

Dementsprechend kann es hier keine Vorprägungskompetenz des Unernehmens- oder Konzerns geben. Vielmehr kann die Zuständigkeit für den erzwingbaren Sozialplan nur aus der konkreten Betriebsänderung gewonnen werden, also aus dem Inhalt des Interessenausgleichs, wenn der Arbeitgeber sich an diesen hält, oder aus der von ihm durchgeführten Maßnahme. Mithin ist in denjenigen Fällen, in denen die Zuständigkeit für den Interessenausgleich beim Gesamt- oder Konzernbetriebsrat liegt, erst nach Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens die Zuständigkeit für den Sozialplan zu bestimmen. Das hat das BAG mehrfach deutlich gesagt⁵⁰.

d) Interessenausgleich mit Namensliste

Mit dem Interessenausgleich kann eine Namensliste verbunden werden, die besondere Rechtsfolgen auslöst: Nach § 1 Abs. 5 KSchG sind Kündigungen, aber auch Änderungskündigungen (etwa zur Versetzung an einen anderen Standort) nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar, wenn der Interessenausgleich eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer enthält. Weiter geht noch § 125 InsO. Nach § 323 Abs. 2 UmwG kann die Namensliste für den im Zuge einer Verschmelzung oder Spaltung erfolgenden Betriebsübergang die Arbeitnehmer Betrieb oder Betriebsteilen zuordnen; dann ist die Kontrolle des Arbeitsverhältnisübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt.

Die betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit für die namentliche Zuordnung der Arbeitnehmer ist nicht geklärt. Umstritten ist sie vor allem für § 1 Abs. 5 KSchG:

Nach einer Auffassung sind betriebsbedingte Kündigung und Sozialauswahl notwendig örtliche Angelegenheiten, weswegen eine Namensliste nur vom örtlichen Betriebsrat vereinbart werden kann. Ist für den Interessenausgleich der Gesamtoder Konzernbetriebsrat zuständig, ist mithin der Weg zum Interessenausgleich mit Namensliste versperrt⁵¹. Die Gegenauffassung sieht die Namensliste als Teil des In-

 $^{^{50}}$ BAG vom 3. 5. 2006 – 1 ABR 15/05 – NZA 2007, 12; BAG vom 11. 12. 2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688.

⁵¹ LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 29. 5. 2006 – 1 Sa 349/05; Fischer, Unternehmensbezogener Interessenausgleich und Namensliste, BB 2004, 1001, 1003.

teressenausgleichs – schon wegen des Wortes "in" – und nicht als eigenständige mitbestimmungspflichtige Angelegenheit, für die es eine eigene Zuständigkeit geben könnte. Mithin folge die Zuständigkeit für die Namensliste derjenigen für den Interessenausgleich (Annexkompetenz)⁵². So hat auch das BAG entschieden, freilich ohne nähere Problematisierung. Es hat kündigungsschutzrechtlich den Interessenausgleich mit Namensliste durch den Gesamtbetriebsrat Boden eines Luftfahrtunternehmens im Rahmen eines Teilbetriebsübergangs in der Insolvenz hingenommen – ohne die Wirksamkeit der Namensliste wegen fehlender Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats in Frage zu stellen⁵³.

Entscheidend ist der Gesichtspunkt, dass das gesetzgeberische Angebot des Interessenausgleichs mit Namensliste dem Betriebsrat eine gewisse Verhandlungsmasse im Sinne eines Koppelungsgeschäfts verschaffen soll, damit er im freiwilligen Interessenausgleich ein Entgegenkommen des Arbeitgebers erreichen kann. Das aber ist nur möglich, wenn die Namenslistenzuständigkeit derjenigen für den Interessenausgleich folgt. Überdies kennt die Betriebsverfassung keine eigenständige Angelegenheit "Namensliste", die auch ohne Interessenausgleich verhandelt werden könnte.

IV. Zusatzprobleme

1. Korrespondierende Zuständigkeit von Konzernbetriebsrat und Konzernspitze

Ist der Konzernbetriebsrat zuständig, folgt daraus zwingend, dass auf Arbeitgeberseite die *Konzernspitze* als besonderer betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber für alle beteiligten Konzernunternehmen verhandelt (und verhandeln muss)⁵⁴. Der Konzernbetriebsrat steht überhaupt nur zur Konzernmutter in deren Rolle als Konzernarbeitgeber in einer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsbeziehung. Zu den Unternehmensleitungen einzelner betroffener Konzernunternehmen hat er keinen betriebsverfassungsrechtlichen Zugang.

Fehlt die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats, so führt das notwendig auch auf der Arbeitgeberseite zu Legitimationsdefiziten! Nur wenn der Konzernbetriebsrat zuständig ist, kann auch die Konzernmutter als "betriebsverfassungsrechtlicher Konzernarbeitgeber" rechtlich mit Wirkung für die Töchter agieren. Schließt die Konzernmutter außerhalb ihrer Zuständigkeit Betriebsvereinbarungen oder Sozialpläne direkt mit den Betriebsräten der Töchter, sind diese als örtliche oder Gesamtbetriebsvereinbarungen nur wirksam, wenn die jeweilige Tochtergesellschaft Partei der Vereinbarung ist und die Konzernspitze durch Vollmachtertei-

^{/ &}lt;sup>52</sup> Richardi/Annuß (Fn 17) § 50 Rn. 37 aE; Ohlendorf/Salamon, Interessenausgleich mit Namensliste im Zuständigkeitsbereich des Gesamtbetriebsrats, NZA 2006, 131; Zimmer/Rupp, Namensliste durch Gesamtbetriebsrat, FA 2005, 259; Gaul, Betriebsbedingte Kündigung mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG (§ 1 Abs. 5 KSchG), BB 2004, 2686; 2687; Fitting (Fn 44) § 50 Rn. 60 aE.

⁵³ BAG vom 26. 4. 2007 – 8 AZR 695/05 – ZIP 2007, 2136.

⁵⁴ Schmitt-Rolfes (Fn 5) 2. FS BAG (2004) S. 1081, 1095.

lung legitimiert ist. Vertragspartei einer (Gesamt-)Betriebsvereinbarung ist auf Arbeitgeberseite notwendig das Unternehmen und nicht die Konzernmutter⁵⁵. Das liegt daran, dass die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats dem Zugriff auf die Konzernleitungsmacht folgt. Überhaupt nur über diese Konzernleitungsmacht kann die Konzernmutter als betriebsverfassungsrechtlicher Konzernarbeitgeber eine "ausgleichende Lastenverteilung" zwischen den von der Umstrukturierung betroffenen Konzernunternehmen bewirken. Das schließt es regelungstechnisch aus, dass der Konzernbetriebsrat mit anderen Unternehmen als der deutschen Konzernmutter über einen Interessenausgleich verhandelt.

Das heißt umgekehrt nicht, dass Organe der Konzernmutter selbst agieren müssten. Selbstredend kann die Konzernmutter zur Vorbereitung einer Konzernrestrukturierung eine Kommission von Unternehmensvertretern berufen, die für sie diese Integrationsplanung betreibt und dann in ihrem Namen den Interessenausgleich mit dem Konzernbetriebsrat verhandelt.

2. Keine Doppelzuständigkeit von Konzernmutter und Konzernunternehmen

Entgegen Wißmann hat der vom zuständigen Konzernbetriebsrat mit der dann gleichlaufend zuständigen Konzernspitze vereinbarte Interessenausgleich auch "normative Wirkung" (gemeint muss sein: Wirkung, weil der Interessenausgleich keine Normen mit Wirkung auf Einzelarbeitsverhältnisse enthält). Wenn das BetrVG eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit auf der Konzernebene ansiedelt, dann ist das nach dem Prinzip der überschneidungsfreien Zuständigkeit (oben bei Fn 5) abschließend. Für eine Doppelverpflichtung der Konzernmutter und zugleich der Konzernunternehmen, zeitgleich mit dem Konzernbetriebsrat und den Gesamtbetriebsräten zu verhandeln⁵⁶, ist im Betriebsverfassungssystem kein Raum. Das beschwört Machtkämpfe herauf und würde gerade diejenige Verteilungsfunktion, die die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats begründet, vereiteln.

Immerhin kann bei *Massenentlassungen* das Problem auftreten, dass das *Konsultationsverfahren* nach §§ 17 Abs. 2 und 3 KSchG iVm der Massenentlassungsrichtlinie vom "*Arbeitgeber*" durchzuführen ist. Auf der Arbeitnehmerseite muss die Zuständigkeit dem BetrVG folgen, sonst käme es zu wechselseitigen Behinderungen. Man kann aber fragen, ob eine Konsultation durch die Konzernspitze in Ansehung von Tochterunternehmen die Pflicht des "Arbeitgebers" erfüllt. Dagegen wendet Wißmann ein, dass Art. 2 Abs. 4 der Massenentlassungsrichtlinie eine isolierte Konsultationspflicht auch der Tochterunternehmen schaffe⁵⁷.

Auch das überzeugt nicht. Art. 2 Abs. 4 der Massenentlassungsrichtlinie besagt nur, dass die Entscheidung (!) eines herrschenden Unternehmens die Konsulta-

⁵⁵ LAG München vom 14. 11. 2007 – 10 Sa 552/07 – nicht rechtskräftig, BAG-Aktenzeichen 1 AZR 211/08; LAG München vom 19. 7. 2007 – 3 Sa 729/06.

 $^{^{56}}$ So ernstlich wie irrig: Wißmann (Fn 13) FS ARGE ArbR im DAV (2006) S. 1037, 1044; zustimmend Fitting (Fn 44) \S 58 Rn. 15.

 $^{^{57}}$ Wißmann (Fn 13) FS ARGE ArbR im DAV (2006) S. 1046; zustimmend Fitting (Fn 44) \S 58 Rn. 15.

tionspflicht nicht entfallen lässt. Damit wird der Erwägung vorgebeugt, bei einer Konzernweisung könnte die Konsultation durch ein Tochterunternehmen sinnlos sein. Keinesfalls aber sagt die Richtlinie selbst, wer der "Arbeitgeber" als Adressat der Konsultationspflicht ist. Das belegt Art. 2 Abs. 4 Satz 2 der Richtlinie, der der Tochter den Einwand abschneidet, die entscheidende Muttergesellschaft habe die erforderlichen Informationen nicht übermittelt.

Die Entscheidung des deutschen Betriebsverfassungsrechts, die Konzernspitze als Konzernarbeitgeber in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen zu installieren, wird vom Europäischen Recht nicht verboten. Im Gegenteil respektiert das Europäische Recht solche nationalen Besonderheiten. So stellt die "Betriebsverfassungs"-Richtlinie 2002/14/EG über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in Art. 4 ausdrücklich das Recht der Mitgliedsstaaten fest, selbst zu regeln, "wie das Recht auf Unterrichtung und Anhörung auf der geeigneten Ebene wahrgenommen wird". Durchweg nimmt die Richtlinie Rücksicht auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften. Innerhalb der Massenentlassungsrichtlinie lässt sich die Konzernmitbestimmung als "günstigere Rechtsvorschrift" iSv Art. 5 begreifen, weil den Arbeitnehmervertretern so Einfluss auf die Konzernspitze als Entscheidungsträger eingeräumt wird.

3. Gewillkürte Betriebsstruktur nach § 3 BetrVG

Für tarifvertragliche Betriebs(rats)strukturen nach § 3 BetrVG gelten dieselben Zuständigkeitsregeln. § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG sagt eindeutig, dass die Wirkung des Tarifvertrags sich darauf beschränkt, die Betriebsstruktur zu modifizieren; der die solchermaßen konstituierte regionale Einheit repräsentierende Betriebsrat tritt damit "nur" an die Stelle des örtlichen Betriebsrats⁵⁸. Auch die Regelungstatbestände in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG beziehen die Regelungsbefugnis stets nur auf den Betrieb als unterste Organisationseinheit der Betriebsverfassung und auf den Betriebsrat als primäres Repräsentationsorgan⁵⁹.

Das aber heißt: Der Tarifvertrag kann nicht unmittelbar den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat regeln; diese Organe sind vielmehr nach den Bestimmungen des BetrVG zu bilden. Allerdings kann die Veränderung der Basiseinheit mittelbar – über die Konstitutionsvorschriften des BetrVG – zur Modifikation oder dem Wegfall führen. So bedeutet die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats nach § 3 Abs. 1 lit b) BetrVG, dass das Unternehmen als ein Betrieb anzusehen ist und dass deswegen kein Gesamtbetriebsrat zu bilden ist, § 47 Abs. 1 BetrVG. Bei unternehmensübersteigenden Spartenbetriebsräten im Konzern (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) entfallen weder Gesamtbetriebsräte (sowenig wie bei Gemeinschaftsbetrieben) noch der Konzernbetriebsrat⁶⁰.

⁵⁸ Eingehend GK-BetrVG/Franzen (Fn 2) § 3 Rn. 59 f.

⁵⁹ GK-BetrVG/Franzen (Fn 2) § 3 Rn. 17 mwN.

⁶⁰ GK-BetrVG/Franzen (Fn 2) § 3 Rn. 15.

In gar keinem Fall kann ein Tarifvertrag in die *Zuständigkeitsverteilung* zwischen Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat eingreifen; diese ist *tariffest* ⁶¹. Das gilt auch für die Zuständigkeitsverteilung zwischen gewillkürten Regionalbetriebsräten und dem Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat, weil § 3 Abs. 5 BetrVG die Wirkung des Tarifvertrags notwendig auf die Basis-Repräsentationsebene beschränkt.

Allerdings kann ein Betriebsstrukturtarifvertrag die Zuständigkeitsfrage mittelbar tatbestandlich beeinflussen: Die Zusammenfassung mehrerer Betriebe zu einer regionalen Einheit schmälert die Zuständigkeit des jeweiligen Gesamtbetriebsrats: Ohne den Tarifvertrag käme es darauf an, ob die Angelegenheit die örtlichen Betriebe übersteigt. Mit dem Strukturtarifvertrag muss die Maßnahme weiter reichen, als der verbreiterte Zuständigkeitsbereich des Regionalbetriebsrats.

V. Ergebnisse

- 1) Unternehmensumstrukturierungen im Konzern lösen Mitwirkungsrechte aus, für die nicht automatisch der Konzernbetriebsrat zuständig ist. Die Zuständigkeitsordnung des BetrVG fragt zuerst nach der Unteilbarkeit der "Angelegenheit", aus der dann die einheitliche Zuständigkeit folgt. Interessenausgleich und Sozialplan sind nicht unteilbar verbunden. Die geplante Betriebsänderung ist eine notwendige Einheit nur, soweit die Betriebsänderung als solche Betrieboder Unternehmensgrenzen unmittelbar überschreitet, vor allem im Fall der Betriebsverschmelzung. Ob ein Maßnahmenbündel aus mehreren Betriebsänderungen eine einheitliche Maßnahme ist, hängt davon ab, ob nach der arbeitgeberseitigen Planung Verteilungswirkungen zwischen den betroffenen Betrieben oder Unternehmen möglich sind, so dass die Einschränkung der Betriebsänderung im einen Betrieb zur Verschärfung im anderen führen kann (vor allem bei konzernweitem Personalabbau). Das wiederum hängt allein von der Planung des Arbeitgebers ab. Sie sorgt für die Unternehmens- oder Konzerndimension der Betriebsänderung.
- 2) Zentral für die Zuständigkeitsbestimmung ist das "Nichtregelnkönnen" im Sinne des vom BAG bestimmten "zwingenden Erfordernisses". Je nach Mitbestimmungstatbestand kommt eine zuständigkeitsbestimmende Vorprägungskompetenz der Arbeitgeberseite in Betracht. Für den Interessenausgleich folgt diese aus der Planungshoheit des Arbeitgebers über die Betriebsänderung. Gegenstand der Verhandlungen ist stets und notwendig die vom Arbeitgeber vorgelegte Planung. Die Planungshoheit im Unternehmen oder Konzern konstituiert also die Betriebsratszuständigkeit über die unternehmens- oder konzerndimensionale Verteilungsfrage für die mit der Betriebsänderung verbundenen Lasten.
- 3) Die Namensliste ist keine eigene Angelegenheit, sondern folgt der Zuständigkeit für den Interessenausgleich.

⁶¹ Statt vieler BAG vom 9. 12. 2003 – 1 ABR 49/02 – NZA 2005, 234.

- 4) Wegen der korrespondierenden Zuständigkeit von Konzernbetriebsrat und Konzernleitung muss eine konzerneinheitliche Planung notwendig von der Konzernmutter ausgehen. Nur sie ist tauglicher Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats (der zu Tochtergesellschaften keine Betriebsverfassungsrechtsbeziehung hat) und nur sie hat diejenige Leitungsmacht, die alle Konzernunternehmen erfasst und über deren "Integrationslastenverteilung" auf die einzelnen Unternehmen eine unternehmensübersteigende Verhandlungsmasse begründet wird.
- 5) Die Zuständigkeit für den Sozialplan ist hiervon getrennt zu sehen. Auch wenn der Interessenausgleich vom Konzernbetriebsrat verhandelt wird, kann die Sozialplanzuständigkeit bei Gesamtbetriebsräten oder Einzelbetriebsräten liegen. Ob ganz ausnahmsweise ein Konzernsozialplan erforderlich ist, hängt vom Konzept der Betriebsänderung ab so wie sie durchgeführt wird. Bei der Integration von Konzernunternehmen lässt sich diese Zuständigkeit erst nach Abschluss der Interessenausgleichsverhandlungen ermitteln.
- 6) Ist der Konzernbetriebsrat zuständig, so ist er das exklusiv. Eine Parallelzuständigkeit von Gesamtbetriebsräten der Unternehmen kommt nicht in Betracht. Die Gegenmeinung ignoriert das Prinzip der einheitlichen, abschließenden und überschneidungsfreien Betriebsratszuständigkeit. Auch die Mitwirkung bei Massenentlassungen nach § 17 KSchG ist nicht etwa notwendig beim Vertragsarbeitgeber, also dem Unternehmen angesiedelt; sie kann auch mit Blick auf das Europäische Recht auf Konzernebene angesiedelt sein.