

9. ZAAR-Tagung:  
**„Bewegliche Mitbestimmung“**



Freitag, 29. September 2017  
Wiesbaden, HessenChemie Campus

*Professor Dr. Holger Sutschet, Hochschule Osnabrück:*  
**Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung**

*Dr. Günter Schmitt-Rolfes, Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier:*  
**Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat**

*Professor Dr. Sebastian Kolbe, Universität Bremen:*  
**Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der zuständigkeitsändernden  
Unternehmerentscheidung**

*Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:*  
**Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen für laufende Mitbestimmungs-  
verfahren, Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden**

## I. Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung



*Professor Dr. Holger Sutschet* eröffnete seine Ausführungen mit der Anmerkung, dass das Betriebsverfassungsrecht von einem altmodischen Bild des Betriebs ausgehe, welcher eine räumliche Arbeitsstätte voraussetze. Von diesem Bild habe sich die Wirklichkeit des Betriebs heute stark entfernt. Oftmals gebe es keine räumliche und arbeitsvertragliche Verbindung mehr. Zum anderen würden in der Betriebsstätte Personen tätig, welche wie Arbeitnehmer wirken, allerdings als Leiharbeiter oder Fremdfirmenmitarbeiter keinen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber hätten. Dies werfe die Frage auf, inwiefern dem Betriebsrat hier Rechte zustehen. Der Referent ging auf einige Normen ein, welche die Problematik der Nichtarbeitnehmer teils

regeln: § 5 I 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), § 14 AÜG § 80 II 1 BetrVG, § 75 I BetrVG, § 92 BetrVG.

Für seine Untersuchung hatte der Referent zwei Gruppen von Nichtarbeitnehmern unterschieden: (1) die Arbeitnehmereigenschaft fehle mangels persönlicher Abhängigkeit (arbeitnehmerähnliche Personen, Telearbeiter, Heimarbeiter und Crowdworker), hier sei jeweils zu prüfen welche betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen auf sie angewandt werden können, (2) Arbeitnehmer, die nicht in einem Vertragsverhältnis zu dem Betrieb stehen, in welchem sie beschäftigt werden (Leiharbeiter und Werk- oder Dienstvertragsarbeitnehmer), hier stelle sich die Frage welche Rechte dem Betriebsrat im Einsatzbetrieb zustehen und welche Rechte durch den Betriebsrat des Vertragsarbeitgebers wahrgenommen werden.

Die erste Gruppe, arbeitnehmerähnliche Personen, seien vom Arbeitgeber wirtschaftlich, aber nicht persönlich, abhängig. Diese seien mit Ausnahme der Heimarbeiter keine Arbeitnehmer i.S.d. § 5 BetrVG. Allerdings habe der Betriebsrat wegen deren Beschäftigung im Betrieb einen umfassenden Unterrichtsanspruch (§ 80 II, § 75 I BetrVG). Die Möglichkeit der Eingliederung in einen Betrieb i.S.d. § 99 BetrVG wurde an einer BAG-Entscheidung erörtert. Bestehen die gleichen Rechte wie für Arbeitnehmer, hat der Betriebsrat auch ein entsprechendes Überwachungsrecht, § 80 I Nr. 1 BetrVG. Heimarbeiter (Definition: § 2 Heimarbeitsgesetz – HAG), gelten nach § 5 I 2 BetrVG als Arbeitnehmer, wenn sie in der Hauptsache für den Betrieb tätig werden. Liege eine Tätigkeit für mehrere Betriebe vor, erfolge die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zu dem Betrieb, welcher insoweit die Hauptsache bildet. Eine Zuordnung als arbeitnehmerähnliche Person, kommt weiter in Betracht, wenn wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber besteht.

Über diese wirtschaftliche Abhängigkeit erfasst § 5 I 1 BetrVG auch Telearbeiter als Arbeitnehmer. Besonderheit sei hier die räumliche Distanz zur Arbeitsstätte. Der Betriebsbegriff sei funktional und nicht räumlich zu verstehen. Die persönliche Einbindung des Arbeitnehmers reiche für den Arbeitnehmerstatus aus. Der Referent meint, dass hier zwischen der Arbeitnehmereigenschaft und der Betriebszugehörigkeit zu unterscheiden sei. Nach § 5 I BetrVG steht die Abwesenheit von der räumlichen Betriebsstätte der Anwendung des BetrVG nicht entgegen. Die Vorschrift beantworte aber nicht die Frage, ob jemand Arbeitnehmer ist. Daraus folge, dass für den weisungsgebundenen oder in Heimarbeit tätigen Telearbeiter das BetrVG gilt. Weist er keine dieser Eigenschaften auf, gelten nur die allgemeinen Vorschriften des BetrVG (§ 75 I und § 80 II BetrVG).

Wenn der Telearbeiter seinen Sitz im Ausland habe, gelte grundsätzlich das Heimatrecht des Telearbeiters, Art. 8 Rom I Verordnung als Arbeitsvertragsstatut. Für das Betriebsverfassungsrecht gelte die Anwendung des Territorialitätsprinzips. Es kommt also darauf an, ob sich der Betrieb in Deutschland befindet. Das BetrVG erfasse die Auslandsbeschäftigten nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) nur dann, wenn sog. Ausstrahlungen des inländischen Betriebs gegeben sind. Eine solche Wirkung fehle, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nur im Ausland eingesetzt werden solle. Die Regelung des § 5 I BetrVG spricht aber davon ihn dennoch als betriebsangehörigen Arbeitnehmer zu sehen.

Crowdworking/Crowdsourcing sei dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber eine Aufgabe im Internet oder im Intranet ausschreibt und zur Bearbeitung freigibt. Wenn die Crowd aus eigenen Arbeitnehmern besteht, spricht man von internem Crowdsourcing, sonst von externem. Der Betriebsrat kann nach § 92a BetrVG Vorschläge zur Sicherung von Arbeit machen. Ebenfalls könne in der Einführung von Crowdworking eine Änderung von Arbeitsmethoden und damit eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG gesehen werden. Für internes Crowdworking gelte das BetrVG. Der externe Crowdworker stehe dagegen in der Regel nicht in einem Arbeitsverhältnis, er sei vielmehr Selbstständiger. § 5 I 1 BetrVG ist somit nicht einschlägig. Es könne aber das Unterrichtsrecht des Betriebsrats aus § 80 II 1 BetrVG herangezogen werden. Die Einzelheiten der Tätigkeit werden dem Arbeitgeber nicht immer bekannt sein. Jedenfalls dürfte § 75 I BetrVG gelten.

Bei der zweiten Gruppe von Nichtarbeitnehmern bestehe ein Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber, die Beschäftigung wird aber im Betrieb eines anderen Arbeitgebers ausgeführt (aufgespaltene Arbeitgeberstellung). Nach der sog. Zweikomponentenlehre seien die Beschäftigten nicht im Betrieb zu erfassen, da ein Arbeitsvertrag fehle. Im Jahr 2012 habe das BAG diese Lehre aufgegeben.

Die betriebsverfassungsrechtliche Berücksichtigung von Werk-, bzw. Dienstvertragsarbeitnehmern sei sehr umstritten. Liege nur ein Scheinwerkvertrag vor, dann bestehe jedenfalls kein Arbeitsverhältnis. Ansonsten gehören die Arbeitnehmer dem Betrieb des Auftragnehmers, nicht aber dem des Auftraggebers an. Dennoch könnten dem Betriebsrat des Auftraggebers bestimmte Rechte zustehen.

Der Referent erörterte daraufhin § 80 II 1 BetrVG und die Frage, was darüber hinaus gelte. Mithin die, auch durch das BAG behandelte Problematik, ob die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern eine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG sei. Dies wird im Grundsatz bejaht. Maßgeblich sei insbesondere das Maß der Weisungsbefugnis und zumindest eine teilweise Arbeitgeberstellung. Das Weisungsrecht müsse so stark sein, dass der Fremdarbeitnehmer eingegliedert ist, aber nicht so schwach, dass eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen ist. Heute unterscheidet das BAG zwischen werk-, bzw. dienstvertragsbezogenen Anweisungen.

Einer Literaturansicht zufolge bewirke die Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG die betriebsverfassungsrechtliche Integration und begründe so die Betriebszugehörigkeit und das daraus folgende Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG. Der Referent vertritt den Standpunkt, dass eine solche „Türöffnerfunktion“ dem § 99 BetrVG jedoch schwer zu entnehmen sei. Es könne nicht gefolgert werden, dass Werkvertragsarbeitnehmern alle Rechte zustehen müssten.

Es sei beim Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr.6 BetrVG nicht ersichtlich, warum ein eingegliedertem Werkvertragsarbeitnehmer anders zu behandeln sei als ein Leiharbeitnehmer. In beiden Fällen könne nur der Betriebsrat des Einsatzbetriebs Einfluss nehmen. Es sei offen inwieweit eine Eingliederung die Zuständigkeit des Entleiherbetriebsrats nach § 99 BetrVG begründen könne.

Seine Ausführungen fasste der Referent wie folgt zusammen: Die Arbeitswirklichkeit entfernt sich durch den Einsatz alternativer Beschäftigungsformen vom betriebsverfassungsrechtlichen Leitbild der räumlichen Betriebsstätte. Damit wird auch der Schutz durch die Betriebsverfassung verkürzt. Die Gesetzgebung und die Rechtsprechung haben begonnen auf diese Entwicklung zu reagieren.

In der darauffolgenden lebhaften Diskussion wurde das Konkurrenzverhältnis bei der Telearbeit, welche länderübergreifend erfolgt, diskutiert, insbesondere der Aspekt der Betriebsratszuständigkeit. Weiterhin war die Verwertbarkeit von Arbeitsergebnissen bei der Heimarbeit ein strittiges Thema, welches an mehreren Beispielen eruiert wurde. Des Weiteren wurde der Begriff der Eingliederung im Verlauf der Diskussion unter unterschiedlichen Gesichtspunkten analysiert.

## II. Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat



Im zweiten Vortrag stieg *Dr. Günter Schmitt-Rolfes* mit der Erklärung ein, dass man immer das ganze Mitbestimmungssystem im Blick haben müsse, um den leitenden Angestellten richtig einzuordnen. Auch ein Blick in die Vergangenheit sei aufschlussreich. Historisch betrachtet sei nicht immer gut mit leitenden Angestellten umgegangen worden. Der Referent begann diesen Rückblick mit der Analyse des BetrVG von 1952, welches leitende Angestellte ausdrücklich aus dem Mitbestimmungsrecht ausschloss. 1972 erfolgte eine Reform, welche die Begrifflichkeit leicht änderte, allerdings nichts an dem Ausschluss geändert habe. Allerdings habe die neue Definition des leitenden Angestellten im Folgenden zu erheblicher Diskussion zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern geführt. Konsequenz sei eine regelrechte „Prozessschlacht“ gewesen. Letztlich wurde der Begriff kollektiv mittels zweier Elemente etwas bereinigt: der Prozentsatz (1-3 %) und die Ebene der Angestellten sollte nur 1-2 unter der des Vorstandes sein. Entscheidend sei jedoch, dass hier erstmals eine Solidarisierung der leitenden Angestellten erfolgt war. Es starteten erste Ansätze einen Sprecherausschuss zu etablieren. 1975 stellte dann das BAG fest, dass dies nicht verboten werden könne, wenn sich diese ausschließlich auf die leitenden Angestellte beschränkten. Deutlich später folgte dann das Sprecherausschussgesetz. Durch das Mitbestimmungsgesetz wurde erstmals der leitende Angestellte als Persönlichkeit des Rechtssystems anerkannt. Konsequenz folgte nach der erstmaligen Anerkennung dieser Arbeitnehmergruppe auch eine Sitzgarantie. Andernfalls wären die leitenden Angestellten nie fähig gewesen einen Vertreter durchzusetzen. Unklar sei, ob der leitende Angestellte in bestimmten Fragen befangen und so zu einer Stimmenthaltung verpflichtet sei. Beispielsweise wenn es um die Wahl eines Vorstandes geht, welcher dem Angestellten unmittelbar vorgesetzt war. Dies sei nicht möglich, da eine Enthaltung das Paritätsverhältnis aufheben würde. Die allgemeinen Wählbarkeitsbeschränkungen gelten allerdings auch hier.

Nach dieser historischen Untermauerung ging der Referent auf die europäische Neuregelung der Societas Europaea (SE) und die Regelungen der Verschmelzung ein. Er zitierte *Professor Dr. Rieble* aus einer Diskussion eines vergangenen Kongresses: „Dass Angestellte große Sorgen hätten sei verständlich. Bislang seien sie etwas überrepräsentiert gewesen, jetzt liefen sie Gefahr gar nicht mehr repräsentiert zu sein.“ Die Frage sei somit, was aus der qualifizierten Mitbestimmung werde. Das System der SE oder der Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung sei für deutsche Juristen nichts Altbekanntes. Beide Bereiche wiesen europarechtlich drei Strukturelemente auf. Neu sei die Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in freiwilligen Vereinbarungen zwischen der jeweiligen Unternehmensleitung und einem besonderen Verhandlungsgremium (BVG).

Der SE Betriebsrat dürfe nicht mit dem europäischen Betriebsrat verwechselt werden. Vorab ging der Referent auf die Rechtsgrundlagen ein. Es werde die Frage aufgeworfen, ob das deutsche Mitbestimmungssystem noch zu retten sei. Neu sei zudem, dass die SE neben unserem dualistischen System auch ein monistisches System etablieren könne. Die Gründungsmodalitäten der SE wurden enumerativ aufgezählt. Auffallend sei, dass die Gründung auf juristische Personen beschränkt sei. Die SE müsse immer eine Aktiengesellschaft sein.

Hinsichtlich der Mitbestimmung bestehe ein Vorrang der Vereinbarung zwischen dem BVG und der jeweiligen Unternehmensleitung. Diesbezüglich bestehe weitreichende Regelungsfreiheit, welche allerdings im Rahmen der Gründung durch Umwandlung eingeschränkt sei, da dort die vorherige Organisation bestehen bleibe. In diesen Fällen bliebe die Mitbestimmung, wenn eine innerdeutsche Umwandlung erfolge. Problematisch sei dagegen das Zusammentreffen verschiedener Mitbestimmungsausgestaltungen. Das europäische Recht sei im Grundsatz mitbestimmungsfreundlich. Unter bestimmten Konstellationen, könne dennoch die SE zu einer Reduzierung der Mitbestimmung genutzt werden. Es sei immer eine Vorher-Nachher-Betrachtung nötig. Bei der Umwandlung gebe es nur ein Vorher, sonst seien immer mehrere Gesellschaften vorhanden. Eventuell könne dies auch grenzüberschreitende Betrachtungen auslösen. Im europäischen Recht gebe es den Begriff des leitenden Angestellten nicht. Die Verordnung spreche nur von Arbeitnehmern. Der europäische Arbeitnehmerbegriff weiche allerdings von dem des deutschen ab.

Das neue SE Recht zeige ein neues System auf: das monistische System. Der Verwaltungsrat hätte Satzungsautonomie und sei ein Leitungsorgan, in welchem auch der leitende Angestellte sitzen könne. Zudem der Arbeitnehmervertreter. Wenn die paritätische Mitbestimmung auf die umgewandelte SE zu übertragen sei, könne dies nur die nichtgeschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder betreffen. Die Frage stelle sich, wie und warum die Mitbestimmung fortzuschreiben sei. Die Grundregel der Aufrechterhaltung der Mitbestimmung bei der Umwandlung laute: in der Vereinbarung müssen alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest im gleichen Ausmaß gewährleistet sein wie in der Ausgangsgesellschaft.

Eine Ansicht vertrete, dass sich dies nur auf einen Prozentsatz beziehe. Andere sehen darin die Regelung der Anzahl der Mitglieder. Wieder andere meinen, dass auch die Zusammensetzung des Aufsichtsrats erhalten bleibe. Diese Ansicht komme dem Mitbestimmungserhaltungsgedanken am nächsten. Nur nach der letzten Ansicht bliebe der Sitz der leitenden Angestellten erhalten.

Die anderen Gründungsmodalitäten seien freier. Sie ermöglichten sogar, dass ein Verhandlungspartner, das BVG, durch Mehrheitsbeschluss die Mitbestimmung ausschließen könne. Dies sei für uns völlig ungewöhnlich. Dieses Gremium könne auch einseitig beschließen, dass schon vorhandene Mitbestimmungsregelungen gemindert werden. Das europäische Recht bliebe in dieser Hinsicht wagen, es sei aber viel machbar. Die Ausführungen des Referenten endeten mit einer Analyse der vorliegenden Zahlen zur Mitbestimmung in der SE. Daraus sei ersichtlich, dass bei über 138 SEs mit Sitz in Deutschland nur 12 paritätische Mitbestimmung hätten. Damit sei der leitende Angestellte wohl tatsächlich aus der Mitbestimmung ausgeschlossen. Dies sei bedauerlich, da der leitende Angestellte die Diskussion im Aufsichtsrat beleben könne. Zudem solle der Sachverstand der leitenden Angestellten nach der Gesetzesbegründung eine eigene Stimme im Aufsichtsrat haben. Nach der Erfahrung des Referenten habe der leitende Angestellte dies auch tatsächlich als Hauptaufgabe gesehen und nicht die Interessenvertretung anderer leitender Angestellter.

Die anschließende Diskussion befasste sich mit aktuellen Daten zur SE. Zudem wurde sich mit der Thematik der Mitbestimmung auseinandergesetzt, insbesondere wurde unterschiedlich eingeschätzt, ob das System mitbestimmungsfreundlich sei. Ferner wurden die Vorteile der Mitbestimmung leitender Angestellter thematisiert, zu welchen die Ergebnisse einer Statistik vorgestellt wurden.

### III. Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der zuständigkeitsändernden Unternehmensentscheidung



Nach der Mittagspause eröffnete *Professor Dr. Sebastian Kolbe* seinen Vortrag damit, dass er sich freue ans ZAAR „heimzukommen“ und über ein sehr spannendes Thema sprechen zu dürfen.

In den Grundstrukturen des Betriebsverfassungsrechts gehe es um Überschneidungsfreiheit und Lückenlosigkeit. Kurz: Das Mitbestimmungsrecht solle nur durch einen Betriebsrat ausgeübt werden. Dies werde auf horizontaler Ebene durch den Betriebsbegriff erreicht. Dieser frage nach einer organisatorischen Einheit. Auf der vertikalen Ebene befassten sich §§ 50, 58 BetrVG mit der einzelnen Sachfrage. Zwischen den Ebenen könne man verbindende Gedanken erkennen.

Zuständigkeitsfragen ordne das BetrVG im Sinn einer wirksamen Teilhabe der Arbeitnehmer zu. Arbeitnehmervertretungen müssen effektiv arbeiten können. Das funktioniere angesichts moderner Betriebsstrukturen nicht immer problemlos. Allerdings ändere dies im Bereich der Vertikalzuständigkeit wenig.

Der Referent begann seine weiteren Ausführungen mit der vertikalen Ebene. Die §§ 50, 58 BetrVG folgen demselben Muster. Es komme darauf an, ob mehrere Organisationseinheiten durch die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit betroffen seien. Einzel- und Gesamt bzw. Konzernbetriebsrat seien voneinander abzugrenzen. Grundregel sei, dass der Einzelbetriebsrat zuständig sein soll. Eine höhere Ebene sei erst zuständig, wenn eine Regelung auf niedrigerer Ebene nicht möglich sei. Drei Fallgruppen seien in der Rechtsprechung zu unterscheiden: die objektive Unmöglichkeit einer Regelung, die subjektive Unmöglichkeit der Regelung durch den niedrigeren Betriebsrat und das zwingende Erfordernis der Regelung durch einen höheren Betriebsrat. Diese Fallgruppen wurden kritisch betrachtet. In den beiden ersten Fällen gehe es darum, dass der Betriebsrat eine vorgreifliche Entscheidung des Arbeitgebers hinnehmen müsse. In der dritten Gruppe, bzw. eher in allen drei Gruppen, fehlen handhabbare Definitionen.

Klar sei inzwischen, dass sich die Frage nach vertikaler Zuständigkeitsverteilung nur stelle, wenn es eine vertikale Struktur von Arbeitnehmervertretungen gebe. Eine Veränderung der Vertikalzuständigkeit setze voraus, dass die Struktur an eine vom Arbeitgeber vorgegebene Organisationsstruktur angedockt sei. Wenn der Konzernbetriebsrat wegfalle, würden die früher originären Zuständigkeiten wieder entstehen. Eine Zuständigkeit der niedrigeren werde nur im Austausch gegen eine höhere aufgegeben. Eine vertikale Zuständigkeitsverlagerung müsse nicht zwingend vom Arbeitgeber ausgehen. Außerdem sei an die Delegation zu erinnern, welche das BetrVG zulasse. Durch eine wirksame Delegation ändere sich nicht der Charakter der ursprünglichen Zuständigkeit. Die vertikale Zuständigkeitsverlagerung könne also ohne weiteres auch durch Arbeitnehmervertreter herbeigeführt werden. Die Zuständigkeitsverlagerung durch Unternehmensentscheidung sehe das BetrVG als Konsequenz vor, nicht aber als Gestaltungsfunktion. Es lassen sich zwei Wege systematisieren: man könne als Arbeitgeber die Angelegenheit so formen, dass sich eine entsprechende Betriebsratszuständigkeit ergibt. Aufwendiger sei, die Strukturen im Konzern so zu verändern, dass Betriebsratszuständigkeiten betroffen sind. Die Steuerung der Angelegenheit müsse im Vordergrund der weiteren Betrachtung stehen. Die Frage sei, ob der Arbeitgeber einseitig die Möglichkeit hat, den Gegenstand des Mitbestimmungstatbestands bestimmen zu können, beispielsweise bei freiwilligen Leistungen. In ähnlicher Weise könne der Arbeitgeber die Vertikalzuständigkeit beeinflussen. Das BAG wolle hier die Vertikalzuständigkeit nach objektiven Kriterien einschätzen.

Die Rechtsprechung zur betriebsübergreifenden Betriebsänderung sei umstritten. Das BAG betrachte hier die Zuständigkeitsverteilung differenziert nach Angelegenheiten. Der Referent wies darauf hin, dass insbesondere unklar sei, was genau eine Angelegenheit sei. Es könne nur auf materielles Betriebsverfassungsrecht ankommen. Das BetrVG fasse die Beteiligung in drei unterschiedlichen Aspekten. Materielle Mitbestimmungsrechte bestimmen über die Zuständigkeit. Die vertikale Verlagerung der Zuständigkeit verhindere, dass Mitbestimmungsrechte entwertet werden.

Das Mitbestimmungsrecht dürfe nicht durch Verlagerung der Vertikalzuständigkeit wieder egalisiert werden. Die betriebsübergreifende Versetzung dürfe den Betriebsrat nur blockieren, dagegen darf und soll er die Überwachung mitgestalten. Die Zuständigkeitsfrage für den Interessenausgleich und den Sozialplan müsse gesondert beurteilt werden. Der Referent vertritt den Standpunkt, dass es keine betriebsverfassungsrechtlich bindenden Dotierungsvoraussetzungen

des Arbeitgebers geben kann. Für das BetrVG stehe eher die Ausgleichs- oder Kompensationsgerechtigkeit im Vordergrund. Zustimmung würde er dem BAG insofern, dass der Gesamtbetriebsrat ausnahmsweise Sozialplanverhandlungen an sich ziehen kann. Die Verlagerung der vertikalen Betriebsratszuständigkeit könne durch das materielle BetrVG verhindert werden. Eine Entscheidung des Arbeitgebers wirke nur dann zuständigkeitsverändernd, wenn gerade die neue, geänderte Zuständigkeit eine neue Mitbestimmung ermöglicht.

Im Folgenden wurden die Strukturmaßnahmen als weitere Gestaltungsmaßnahme analysiert. Hier könne eine Zuständigkeitsverlagerung nur nach unten erfolgen. § 3 I Nr. 3 BetrVG erlaube weiterhin einen einheitlichen Betrieb in mehrere Einheiten zu zerreißen, in welchen man jeweils eine Arbeitnehmervertretung etablieren kann.

Zusammenfassend erörterte der Referent, dass Strukturmaßnahmen alleine nicht zur Aufwärtsverlagerung führen. Zuständigkeitsrelevant ist die Umstrukturierung vor allem dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen von Arbeitnehmervertretungen auf die organisatorisch höheren Ebenen entfallen. Die Auflösung des Unternehmens sei keine Option. Besser sei die Entkonzernierung. Vor allem ließe sich die Zusammenlegung von Betrieben taktisch nutzen.

Eine Abwärtsverlagerung der Vertikalzuständigkeit durch Strukturmaßnahmen lasse sich verlässlich erreichen. Dabei sei aber immer ein Eingriff in gewachsene Strukturen nötig. Beispielsweise könne durch Zusammenfassung von Betrieben der Gesamtbetriebsrat beseitigt werden. Dies ändere allerdings auch Mehrheiten und wirke sich so etwa auf künftige Wahlen aus.

Die Vertikalzuständigkeit von Arbeitnehmervertretungen müsse immer vor dem Hintergrund der komplexen Zuständigkeitsordnung des Betriebsverfassungsrechts gesehen werden. Die genannten Fallgruppen würden eher verdecken, dass sich die Antwort aus dem materiellen Recht des BetrVG ergeben müsse. Strukturmaßnahmen seien für die Zuständigkeitsverlagerung nur eingeschränkt tauglich. Auch wenn sie der Arbeitgeber weitgehend einseitig entscheiden könne. Sie bedeuten hohen organisatorischen Aufwand und können ungewollte Konsequenzen nach sich ziehen.

Die nachfolgende Diskussion hatte hohe praxisrelevante Bezüge. Es wurde die (Teil-)Wirksamkeit von Gesamtvereinbarungen diskutiert, welche jahrelang in einem Betrieb anwendbar waren. Es stellte sich weiterhin die Frage nach den Rechtsfolgen des § 3 BetrVG. Ebenfalls fand das Initiativrecht und die Zuständigkeitsfrage in der Diskussion Berücksichtigung.



## V. Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen für laufende Mitbestimmungsverfahren, Betriebsratsvereinbarungen und Regelungsabreden



*Professor Dr. Volker Rieble* begann seinen Vortrag damit, dass der Vordner klar aufgezeigt habe, dass es nicht um den Lebenssachverhalt, sondern um die Regelungsfrage hinsichtlich der Betriebsratszuständigkeit gehe. Der Arbeitgeber habe in vielen Fällen einen Gestaltungsfreiraum. Am stärksten sehe man das bei der Betriebsänderung. Gegenbeispiel seien die örtlichen Einzelmaßnahmen. In der Diskussion hätte man zuvor darauf geachtet, dass Angelegenheiten „von unten nach oben gezogen wurden“. Dies gehe aber auch andersherum. Man könne eine Betriebsänderung so planen, dass sie zunächst nur eine örtliche Angelegenheit sei. Was der Arbeitgeber wirklich vor hat, könne niemand nachweisen. Das Initiativrecht des §§ 50 II, 58 II BetrVG sei der einzige wirkliche Streitpunkt zu den Ausführungen des Vordners. Die Delegation begründe eine Wahrnehmungsbefugnis aber keine originäre Zuständigkeitsbefugnis. Der Gesamtbetriebsrat habe eine ähnliche Stellung wie ein Prozessstandschafter. Im Einzelfall gebe es auch Zuständigkeitsveränderungen auf Arbeitgeberseite. Der Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber sei ein Sonderfall. Dies könne zu einer Zuständigkeitsspaltung führen. Arbeitgeber blieben insoweit eigenständig, wie keine Vergemeinschaftung vorliege. Die Zuständigkeit der Gemeinschaftsarbeitgeber lasse sich zudem erweitern oder auch beschränken. Als Reflex könne dies auch eine Zuständigkeitsänderung auf Betriebsratsseite herbeiführen.

Der Konzernbezug einer Angelegenheit verschaffe nicht nur dem Konzernbetriebsrat eine Zuständigkeit, sondern Sorge auch dafür, dass die Obergesellschaft eine unmittelbare Regelungsmacht erhalte. Die Zuständigkeit begründe also eine Regelungsmacht. Dies werfe beim Initiativrecht Probleme auf.

Zweites Kriterium sei die Konzernzugehörigkeit. Es sei Vorsicht geboten, da § 50 BetrVG nur auf § 18 Aktiengesetz (AktG) verweist. Die Anteilsveräußerung beende auch die Regelungszuständigkeit. Die Zuständigkeit falle dann oft ungewollt weg. Gleichmaßen könne man aber z.B. auch gewollt eine unliebsame Enkelgesellschaft durch Entkonzernierung aushebeln. Insgesamt schaffe dies taktische Spielräume. Diese werden aber von der Rechtswissenschaft kaum erforscht. Es gebe nicht einmal die Diskussion, ob die gezielte Zuständigkeitsmanipulation eine abwehrfähige Behinderung von Betriebsratsarbeit sei. Vor den Betriebsratswahlen seien darüber hinaus schwierige Themen mit dem Gesamtbetriebsrat leichter verhandelbar. Es bestünde weiterhin die Möglichkeit bestimmte Verhandlungspersonen durch Zuständigkeitsmanipulationen abzulösen.

Die Aufteilung von Zuständigkeiten könne Koppelungsgeschäfte verhindern. Dies schaffe eine Abwehrmöglichkeit. Die Abkoppelung klappe aber nicht immer, da Einigungsstellenvorsitzende diese teilweise nicht akzeptieren.

Welche konkreten Rechtsfolgen löst eine Zuständigkeitsveränderung aus? Quellen würden hierzu wenige existieren. Was mit alten Gesamtbetriebsvereinbarungen geschehe, wird nur in einem Fall durch das BAG diskutiert. Der Oberpunkt des Problems des Entfallens der Zuständigkeit wird aber nicht erörtert. Weiterhin könne ein Betriebsübergang auch eine Zuständigkeitsveränderung für Drittbetriebe auslösen. Zusätzlich könne auch eine Zuständigkeitsverlagerung nach oben erfolgen.

Im Vordergrund stehe die kollektivvertragliche Regelungsmacht des zuständigen Arbeitgebers und des Betriebsrats. Sie sei der tarifvertraglichen Regelungsmacht nachgebildet. Beide konstituieren ein *ultra vires* Prinzip, welches für das Zivilrecht unüblich sei. Eine unwirksame Einigung könne das Mitbestimmungsrecht weder verbrauchen noch erfüllen. Wenn ein Betriebsrat nicht besetzt sei, gebe es nach einer Literaturansicht eine Auffangzuständigkeit der unteren Ebene. Diese Ansicht teilt der Referent nicht. Die obere Ebene sei dann zuständig, wenn die untere Ebene gar nicht agieren kann. Probleme könne es geben, wenn zwei Einigungsstellenerrichtungsverfahren offen sind. Dasselbe gelte für die Feststellung von Mitbestimmungsrechten. Betriebsvereinbarungen, die zuständigkeitslos geschlossen sind, sind unwirksam.

Ungelöst sei jedoch was mit Gesamtbetriebsvereinbarungen gem. § 77 VI BetrVG passiere, gibt es eine normative Nachwirkung oder bleiben sie in Kraft? Das BAG habe dazu ein sehr lustiges *obiter dictum* verfasst. Eine Gesamtbetriebsvereinbarung gelte auch dann als Einzelbetriebsvereinbarung weiter, wenn der örtliche Betriebsrat noch keine neue geschlossen hat. Grund sei, dass Einzelbetriebsvereinbarungen nach Betriebsübergang weiter gelten sollen. Der Einzelbetrieb sei Bezugsobjekt und Regelungsobjekt der Betriebsvereinbarung. Die Betriebsvereinbarung soll sogar dann normativ weiter gelten, wenn der Betriebsrat entfällt. Es bestehe ein vergleichbarer Streit bei Tarifverträgen.

Im Folgenden erörterte der Referent verschiedene Standpunkte der Literatur. Entscheidend sei nach *Jakobs* und nach der Sicht des Referenten, dass eine Weitergeltung einer Norm auch einen Normgeber voraussetze, welcher Verantwortung übernehme, es sei denn, die Rechtsordnung ordne eine Weitergeltung an. Der Referent zog zudem eine Parallele zu Staatsverträgen und erläuterte unter anderem die Nachwirkung dieser. Weiterhin wurde die Rechtslage hinsichtlich einer Nachwirkung im Tarif- und im Betriebsverfassungsrecht aufgezeigt.

Eine neue Frage stelle sich bei der Sukzession in der Normsetzungskompetenz. Eine Weitergeltung sei möglich, wenn eine Vertragsparteiensukzession existiere. Das Tarifrecht kenne keine Rechtsnachfolge in die Tarifzuständigkeit. Diese Frage klinge im Zusammenhang mit § 21a BetrVG an. Hier geschehe aber eher ein Fall von Organleihe.

Auf Betriebsratsseite falle es schwerer eine Rechtsnachfolge auszumachen. Auf Konzern- bzw. Arbeitgeberseite scheidet eine Rechtsnachfolge aus.

Zu erörtern blieb das Verhältnis der verschiedenen Ebenen auf Betriebsratsseite. Die Delegation nach oben, welche allein die Betriebsräte bewerkstelligen können, sei eine Rechtsnachfolge. Gebe es keinen zuständigen Betriebsrat, fehle dem Arbeitgeber der Ansprechpartner. Vor allem bei Kündigungen schaffe das Probleme. Auch bei belastenden Betriebsvereinbarungen gebe es Konflikte. Wie sollen Arbeitnehmer dann vor diesen belastenden Regelungen bewahrt werden?

Betriebsvereinbarungen werde man durch Zuständigkeitsveränderungen nicht los. Es gebe die Möglichkeit der Beendigung durch das Ablösungsprinzip oder eine Aufhebungsbetriebsvereinbarung. Möglich sei auch eine Betriebsvereinbarung-0. Es blieben dann nur noch obskure Kündigungsrechte. Wenn aber kein Betriebsrat bestehe, bleibt der Konflikt mit § 77 VI BetrVG offen.

Abschließend nannte der Referent eine häufig übersehene Nebenfolge. Die Zuständigkeit des richtigen Betriebsrats begrenze die Tätigkeitsbefugnis für die Mitglieder des falschen. Ist der Gesamtbetriebsrat zuständig, so haben diejenigen Mitglieder örtlicher Betriebsräte, die nicht zugleich Mitglieder des Gesamtbetriebsrats sind, keine Befassungsbefugnis, was zu Konflikten führen kann.

Gegenstand der letzten Diskussion war die Streitfrage der Parallelität des Tarifvertragsrechts und des Betriebsverfassungsrechts. Auch der Aspekt der ultra vires Wirkung hatte Diskussionspotenzial geboten. Es erfolgte zudem ein Rechtsvergleich mit dem österreichischem Recht. Schließlich wurden Möglichkeiten hinsichtlich der normativen Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen in der Praxis erörtert.

Eva Susanne Felisa Frey, wissenschaftliche Assistentin,  
Elisabeth Catherine Müller, studentische Hilfskraft  
Beide: Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Im Rahmen der ZAAR-Schriftenreihe erscheint demnächst ein Tagungsband, der diese Veranstaltung dokumentiert.