

Übrigen setzt die Verpflichtung eines Arbeitnehmers, Arbeit auf Abruf zu leisten, eine förmliche arbeitsvertragliche Vereinbarung mit den gesetzlich bestimmten Mindestanforderungen voraus. Diese kann auch nicht durch eine Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede substituiert werden.¹¹⁹ Wo Betriebsräte sich – zumeist mit gewerkschaftlicher Unterstützung – auf ihre Arbeitszeitmitbestimmung beriefen, konnten regelmäßig die schlimmsten Auswüchse von Kapovaz verhindert werden. Auch Einmischungen zogen durchgängig deutlich engere Grenzen als das Gesetz bzw. schlossen dieses Arbeitszeitsystem ausdrücklich aus. Wo dies nicht geschah, kam es sehr häufig zu flexiblen kapazitätsorientierten Personaleinsatzsystemen, bei denen selbst die Mindestschutzbestimmung des § 4 BeschFG 1985, erst recht die des § 12 TzBfG, auf dem Papier standen.¹²⁰ Insoweit trägt die Mitbestimmung gerade in Verbindung mit dem Gesetzesvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG dazu bei, dass Betriebsräte auch ihre Rolle als „Hüter zwingenden Rechts“¹²¹ wahrnehmen können. Dies ist eine Option, ein Verfahren mit Erfolgsmöglichkeiten, keine Garantie und kein Selbstlauf

¹¹⁸ TZA-Buschmann, § 12 TzBfG, Rdnr. 66; a. A. Jacobs (Fn. 111) § 12 TzBfG, Rdnr. 22.

¹¹⁹ TZA-Buschmann, § 12 TzBfG, Rdnr. 49; Jacobs (Fn. 111) § 12 TzBfG, Rdnr. 64.

¹²⁰ So der Einsatz von Geringfügig Beschäftigten im Textilhaus Adler, mittelbare Metro-Tochter. Über die vertraglich festgelegten 3 Arbeitsstunden täglich werden bei Bedarf auch mehr Stunden abgerufen.

¹²¹ Plander, Der Betriebsrat als Hüter zwingenden Rechts, 1982.

Privatautonome Betriebsverfassung?

I. Der soziale Sachverhalt

1. Ein schwieriger Fall

Das Telefon klingelte gegen 18.00 Uhr. Die Anruferin war Angestellte in der Bremer Niederlassung eines Biotech-Unternehmens, das sich zur „New Economy“ zählte. In Bremen habe man 60 Beschäftigte, in der Münchener Zentrale würden 400, an zwei weiteren Standorten jeweils etwa 70 Personen arbeiten.

Die Geschäfte gingen derzeit schlecht. Dem Vernehmen nach würde der Vorstand in wenigen Tagen eine Entscheidung verkünden, wonach man im Durchschnitt jeden dritten Arbeitsplatz abbauen wolle. Bremen treffe es besonders schlimm; nur 30 sollten weiterarbeiten. Man wolle nun einen Betriebsrat wählen, um wenigstens einen Sozialplan zu bekommen.

Ob es denn in München oder bei den anderen Niederlassungen einen Betriebsrat gebe, wollte ich wissen. Nein, erfuhr ich, in München existiere nur ein „Vertrauensrat“, den man mal vor längerer Zeit gewählt habe. Er dürfe über alles reden, habe aber keine Mitbestimmungsrechte. Seine Mitglieder seien typische „Vorstandsknechte“, einer gehe mit dem obersten Boss regelmäßig golfen. Deshalb müsse ein richtiger Betriebsrat her.

Als Arbeitsrechtler kann man sich einem solchen Anliegen schwerlich verschließen. Ein Blick in die Kommentare zeigt allerdings, dass die Ausgangssituation nach der Rechtsprechung nicht eben besonders rosig ist. Der Betriebsrat muss in dem Augenblick bestehen, in dem die Planung abgeschlossen ist und bekannt gegeben wird; existiert in diesem Zeitpunkt ein bloßes Wahlausschreiben, soll kein Mitbestimmungsrecht entstehen.¹ Auch wenn man sich beeilen würde – mit acht bis zehn Wochen müsse man schon rechnen, bis sich ein Betriebsrat konstituieren könne.

Nun gibt es seit 2001 das sog. vereinfachte Wahlverfahren, bei dem man das Ganze innerhalb von zwei Wochen über die Bühne bringen kann. Nur: Bei 60 Beschäftigten benötigt man hierfür nach § 14a Abs. 5 BetrVG das Einverständnis des Arbeitgebers, der vermutlich den Braten riechen oder von seinem Rechtsanwalt den Rat bekommen würde, erst die Pläne bekannt zu geben und dann über das Wahlverfahren zu reden.

Ob man denn nicht einfach auch ohne Arbeitgeber die ganze Sache durchziehen könne, wollte die Anruferin wissen. Sie glaube nicht, dass der Arbeitgeber eine im vereinfachten Verfahren durchgeführte Betriebsratswahl anfechten würde; das ließe sich nicht mit dem Stil des Hauses vereinbaren. Doch wäre nicht eine Betriebsratswahl

¹ BAG DB 1993, 385; a. A. ArbG Reutlingen, AuR 1998, 492.

überhaupt nichtig, wenn man statt des gesetzlich vorgeschriebenen das vereinfachte Verfahren wählt? Hier liege für sie ein gewisses Risiko, meinte ich – ein Hinweis, der auf der anderen Seite der Leitung ersichtlich Enttäuschung auslöste. Man hätte gerne eine eindeutigere Aussage bekommen.

Was denn der Vertrauensrat mache, wollte ich wissen. In der aktuellen Situation müsse er ja – Golfspiel hin oder her – irgendwie Farbe bekennen. An sich dürfe es ihn ja überhaupt nicht geben, aber wenn er nun mal existiere . . .

Die Anruferin wollte Näheres in Erfahrung bringen und verabschiedete sich. Es gehört zu den weniger angenehmen Seiten der Rechtsberatung, Erwartungen nicht erfüllen zu können.

Drei Monate später hörte ich, man habe einen Wahlvorstand bestimmt, doch sei es nicht zu einer Wahl gekommen. Der Vertrauensrat habe einen (gar nicht so schlechten) Sozialplan vereinbart, weil die Unternehmensführung meinte, so ganz ohne Geld könne man die Leute ja nicht aus dem Unternehmen raussetzen. Da auch die ersten Auszahlungen erfolgt waren, ging alles glatt; 1 zu 0 für den „Vertrauensrat“. Die Frage nach der Wirksamkeit und Rechtsnatur eines von ihm abgeschlossenen Sozialplans konnte unter diesen Umständen dahinstehen.

2. Vertrauensräte und andere Gremien

Der hier geschilderte Sachverhalt fällt keineswegs völlig aus dem Rahmen, obwohl derartige Vorgänge – soweit ersichtlich – die Gerichte bisher nicht beschäftigt haben. Eine neuere empirische Untersuchung erbrachte das Ergebnis, dass im Jahr 2002 rund zwei Drittel aller börsennotierten Unternehmen der New Economy formalisierte Vertretungsstrukturen hatten. Diese verteilten sich in etwa gleichmäßig auf Betriebsräte und „alternative Gremien“, bei denen „Vertrauensräte“ und Vertrauenspersonen am verbreitetsten waren.² Wie der Name zustande kommt, ist ungeklärt; man würde den Beteiligten sicherlich Unrecht tun, dahinter ein Bekenntnis zu dem zwischen 1934 und 1945 bestehenden Vertrauensrat nach § 5 Abs. 1 AOG zu sehen.³ Die New Economy schaut nach vorne, aus Erfahrungen der Vergangenheit zu lernen, liegt ihr eher fern. Aus der Sicht des Betriebsverfassungsrechtlers ist die Entwicklung gleichwohl beunruhigend: Hier zeigt sich in einem Bereich, in dem nach der genannten Untersuchung immerhin rund 170.000 Menschen arbeiten, ein „Wildwuchs“ in der Interessenvertretung, den man bislang so gut wie gar nicht zur Kenntnis genommen hat.

² *Ittermann/Niewert*, „Bleibt alles anders?“ Organisations- und Beteiligungsstrukturen in der digitalen Wirtschaft – Ergebnisse einer repräsentativen Befragung, Juni 2004, SOAPS-Paper Nr. 4, abrufbar unter www.rub.de/soaps, als Printmedium identifizierbar durch ISSN 1610-9546, S. 57 ff. Befragt wurden sämtliche ca. 300 Nemax-Unternehmen. Vgl. auch *Pries/Ittermann/Abel*, Mitbestimmung Heft 5/2002, S. 32 ff.

³ § 5 Abs. 1 AOG bestimmte: „Dem Führer des Betriebes mit in der Regel mindestens 20 Beschäftigten treten aus der Gefolgschaft Vertrauensmänner beratend zur Seite. Sie bilden mit ihm und unter seiner Leitung den Vertrauensrat des Betriebes.“ § 6 Abs. 1 des Gesetzes bestimmte: „Der Vertrauensrat hat die Pflicht, das gegenseitige Vertrauen innerhalb der Betriebsgemeinschaft zu vertiefen.“ Für Interessierte nähere Angaben bei *Hueck/Nipperdey/Dietz*, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin 1943.

Auch außerhalb der New Economy scheint er zu existieren. Dies gilt etwa für ein etabliertes Unternehmen wie SAP, das die betriebliche Interessenvertretung in einer „Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen der Arbeitnehmervertretung und dem Vorstand der SAP AG“ geregelt hat. Danach werden die acht Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zugleich zur „Arbeitnehmervertretung“ gemacht und erhalten in dieser Eigenschaft die Funktion einer Art Betriebsrat. Bestimmte soziale Angelegenheiten wie Arbeitszeitmodelle und Änderungen des Gehaltssystems werden durch Unternehmensleitung und Arbeitnehmervertretung „gemeinsam beraten und entschieden“. Bei Kündigungen und Aufhebungsverträgen ist die Arbeitnehmervertretung zu informieren; im Falle von Kündigungen besteht ein Widerspruchsrecht, das dem § 102 Abs. 3 BetrVG nachempfunden ist. In wirtschaftlichen Angelegenheiten entsprechen die Informationsrechte denen des Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 3 BetrVG. Im Übrigen besitzt die Arbeitnehmervertretung in allen Angelegenheiten des Unternehmens ein Initiativrecht. Was bei Nichteinigung geschieht, bleibt im Dunkeln. Lediglich dann, wenn die Arbeitnehmervertretung der Kündigung widersprochen und der Betroffene Kündigungsschutzklage erhoben hat, findet eine Mediation statt.⁴

Was sind die Konsequenzen, die man aus diesem Widerspruch zwischen Realität und betriebsverfassungsrechtlichem Normalmodell ziehen kann? Zunächst ist die wenig erkundete Rechtslage zu klären. Doch es stellt sich zugleich die weitergehende Frage: Handelt es sich um eine Eintagsfliege oder werden die beschriebenen Erscheinungen am Ende dazu führen, dass man das Betriebsverfassungsrecht über den 2001 neu gefassten § 3 BetrVG hinaus öffnet?⁵ Der Jubilar hat sich immer in besonderer Weise den Realitäten der Betriebsverfassung gestellt⁶ – insofern mag es gestattet sein, ihm den vorliegenden Beitrag zu widmen.

II. Der begrenzte Exklusivitätsanspruch der gesetzlichen Sprecherausschüsse und der Betriebsverfassung

Privatautonom begründete betriebliche Interessenvertretungen sind weniger neu, als man dies auf den ersten Blick vermuten könnte. In – allerdings eher atypischen – Bereichen hat ihre Zulässigkeit Rechtsprechung und Literatur bereits beschäftigt.

1. Das Problem der Sprecherausschüsse

Die Diskussion um arbeitsvertraglich geschaffene Interessenvertretungen begann im Bereich der leitenden Angestellten. Vor dem Erlass des Sprecherausschussgesetzes (SprAuG) vom 20. Dezember 1988⁷ hatten sich zahlreiche Ausschüsse leitender Angestellter etabliert, die in der jeweils adäquat erscheinenden Form die Interessen dieser Beschäftigtengruppe wahrnehmen sollten. Die Rechtsprechung hatte derartige Gre-

⁴ Der Wortlaut der Vereinbarung liegt dem Verfasser vor.

⁵ Zu § 3 BetrVG s. etwa *Thüsing*, ZIP 2003, 693 ff. Zur bisherigen Rechtslage s. insbes. *T. Wißmann*, Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation, 2000, S. 133 ff.

⁶ S. etwa *H. Wißmann*, AiB 2000, 321.

⁷ BGBl. I S. 2312.

mien grundsätzlich zugelassen, soweit sie nicht in den Bereich des BetrVG hinüberwirkten: Der Ausschuss musste ausschließlich aus Leitenden bestehen, an seiner Wahl durften allenfalls in „unbedeutendem Umfang“ Nicht-Leitende beteiligt sein.⁸ Auch von den Kompetenzen her musste jede Überschneidung mit den Zuständigkeiten des Betriebsrats vermieden werden. Ein Gremium, das diesen Anforderungen nicht entsprach, sollte „rechtlich nicht existent“ sein.⁹ Diese Grundsätze ließen sich unschwer damit rechtfertigen, dass das BetrVG die Leitenden grundsätzlich ausklammert, so dass für eine reine „Selbstorganisation“ (aber nur für sie) keine Hindernisse ersichtlich waren. Ausdrücklich meinte das BAG, ein totaler Ausschluss der Leitenden von jeder Repräsentationsmöglichkeit kollektiver Art lasse sich auch aus sozialstaatlichen Gründen nicht rechtfertigen.¹⁰

Die Situation änderte sich grundlegend mit dem Erlass des SprAuG. Dieses stellt nach (fast) einhelliger Auffassung ein Organisationsgesetz dar, das die Errichtung von Sprecherausschüssen zwingend und abschließend normiert.¹¹ Wollte man anders entscheiden, könnten das Mehrheitserfordernis des § 7 Abs. 2 SprAuG sowie zahlreiche nicht unkomplizierte Verfahrensvorschriften unschwer „ausgehiebelt“ werden.¹² Der Sprecherausschuss hat deshalb ein gesetzliches Vertretungsmonopol,¹³ das durch die Übergangsvorschrift des § 37 Abs. 2 Satz 2 SprAuG bestätigt wird: Danach blieben die vor In-Kraft-Treten des Gesetzes errichteten freiwilligen Ausschüsse bis zur Wahl einer gesetzlichen Vertretung, „spätestens bis zum 31. Mai 1990“ im Amt. Daraus folgt, dass seit diesem Zeitpunkt keine freiwilligen Ausschüsse mehr zulässig sind.¹⁴ Von einer sozialstaatswidrigen Entrechtung der Leitenden konnte trotz des gesetzlichen Mehrheitserfordernisses für die Einleitung einer Wahl¹⁵ nicht die Rede sein, weil der Einzelne zum Teil über eine ausreichende Verhandlungsposition verfügt und außerdem das in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Recht behält, sich bei Bedarf einer Gewerkschaft anzuschließen.¹⁶ Auch die bisweilen gerügte Verletzung der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG¹⁷ liegt nicht vor, da die „freiwilligen“ Ausschüsse in der Regel durch entsprechende Klauseln in den Arbeitsverträgen geschaffen werden, von daher also von vorneherein kein Zusammenschluss im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG (sondern eine einheitsvertraglich bewirkte „Zwangsrepräsentation“) vorliegt.

⁸ Grundlegend BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972.

⁹ BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 LS 2.

¹⁰ BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 5R.

¹¹ *Bauer*, NZA Beilage 1/1989, S. 20 (21); *Buchner*, NZA Beilage 1/1989, S. 2 (13); *Engels/Natter*, BB Beilage 12/1989, S. 28; *Hanau*, AuR 1988, 261 (263); *MünchArbR-Joost*, 2. Aufl. 2000, § 323 Rdnr. 44; *Kramer*, BB 1993, 2153 (2155); *ErfK-Oetker*, 4. Aufl. 2004, Einl. zum SprAuG Rdnr. 3, § 37 SprAuG Rdnr. 6; *GK-Raab*, 7. Aufl. 2002, § 5 Rdnr. 202; *DKK-Trümmer*, 9. Aufl. 2004, § 5 Rdnr. 173; *Wlotzke*, DB 1989, 173; anders *Fitting*, 22. Aufl. 2004, § 5 Rdnr. 422; *Martens*, NZA 1989, 409 (411) sowie im Gegensatz zu seiner vorher eingenommenen Auffassung *Bauer*, Sprecherausschussgesetz mit Wahlordnung und Erläuterungen, 2. Aufl. 1990, S. 10 ff.

¹² Siehe *Hanau* (Fn. 11).

¹³ So ausdrücklich *Engels/Natter* (Fn. 11); *Wlotzke* (Fn. 11).

¹⁴ Ebenso *Engels/Natter* (Fn. 11); *Kramer* (Fn. 11); *GK-Raab* (Fn. 11) § 5 Rdnr. 201; *Wlotzke* (Fn. 11) 174.

¹⁵ Hieraus leitet *Martens* NZA 1989, 409 (412) Bedenken ab.

¹⁶ Dazu auch *ErfK-Oetker* (Fn. 11) Rdnr. 8 m. w. N.

¹⁷ So *Martens* (Fn. 11).

Gleichwohl errichtete privatautonome Ausschüsse erschweren faktisch die Bildung einer gesetzlichen Interessenvertretung, da entsprechende Initiativen als „unkollegial“ gewertet würden.¹⁸ Dies stelle im Rechtssinne – so die Auffassung zahlreicher Autoren¹⁹ – eine Behinderung im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 SprAuG dar, die sogar den Straftatbestand des § 34 Abs. 1 Nr. 1 SprAuG erfülle.²⁰ Die Schwelle der „Behinderung“ ist auf diese Weise relativ früh überschritten. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass die Hürde für die Wahl einer gesetzlichen Interessenvertretung in der Tat höher ist, wenn die Initiatoren damit zugleich die Existenz eines bereits bestehenden Gremiums in Frage stellen müssen und sich so einer potentiellen Koalition aus Arbeitgeber und privatautonom begründeter Einrichtung gegenübersehen.

Sind die Grenzwerte der §§ 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 SprAuG (mindestens 10 leitende Angestellte im Betrieb bzw. Unternehmen) nicht erreicht, bleibt eine freiwillige Errichtung von Sprecherausschüssen möglich.²¹ Dies kann durch einheitsvertragliche Regelung, aber auch dadurch geschehen, dass einige Leitende eine Initiative starten, der sich andere durch Teilnahme an der Wahl oder auf sonstige Weise anschließen.²² Insoweit hat die Vertragsfreiheit keine Beschränkung erfahren. In diesem (begrenzten) Bereich hat die zum Rechtszustand vor In-Kraft-Treten des SprAuG ergangene Rechtsprechung ihre Bedeutung behalten.²³ Niemand verbietet auch freiwillige „Gesprächskreise“ und „Führungszirkel“, die sich mit anderen Aufgaben als denen eines Sprecherausschusses nach den §§ 25 ff. SprAuG befassen.²⁴

2. Der Betriebsrat als ausschließliches Vertretungsgremium

Die (volle oder teilweise) Ersetzung des Betriebsrats durch ein privatautonom begründetes „freiwilliges“ Gremium hat längst nicht dasselbe Maß an Aufmerksamkeit erfahren. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass es bislang anders als bei den Sprecherausschüssen keinen ausreichenden Anlass zum Nachdenken gab. In der Rechtsprechung findet man – soweit ersichtlich – lediglich ein Obiter dictum, das sich in einer der beiden Entscheidungen zu den freiwilligen Sprecherausschüssen befindet und das die Betriebsverfassung als „vereinbarungsfest“ qualifiziert.²⁵ In der Literatur ist man sich allerdings einig darüber, dass das Organisationsrecht der Betriebsverfassung zwingenden und exklusiven Charakter besitzt, also eine privatautonom errichtete In-

¹⁸ So *Hromadka*, Kommentar zum Sprecherausschussgesetz, Vorbem zu § 1 Rdnr. 33. Ebenso die Einschätzung bei *MünchArbR-Joost*, § 323 Rdnr. 45 und bei *Wlotzke* (Fn. 11) 174.

¹⁹ So ausdrücklich *Hromadka* (Fn. 18) Vorbem zu § 1 Rdnr. 37; *MünchArbR-Joost* § 323 Rdnr. 44; *Kramer* (Fn. 11); *ErfK-Oetker*, § 37 SprAuG Rdnr. 8; *Wlotzke* (Fn. 11) 174.

²⁰ *MünchArbR-Joost*, § 323 Rdnr. 44; *Kramer* (Fn. 11); *ErfK-Oetker*, § 37 SprAuG Rdnr. 8.

²¹ *MünchArbR-Joost*, § 323 Rdnr. 45; *Kramer* (Fn. 11); *ErfK-Oetker*, § 37 SprAuG Rdnr. 9; *GK-Raab*, § 5 Rdnr. 203; *DKK-Trümmer*, § 5 Rdnr. 173.

²² Zur personell beschränkten Tragweite der von einem solchen Gremium abgeschlossenen Vereinbarungen s. unten III 1.

²³ Nicht bedacht bei *Engels/Natter* (Fn. 11).

²⁴ S. statt aller *Engels/Natter* (Fn. 11); *Hromadka*, Vorbem zu § 1 Rdnr. 35; *ErfK-Oetker*, § 37 SprAuG Rdnr. 10; *GK-Raab*, § 5 Rdnr. 205.

²⁵ BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 4: Die organisatorischen Bestimmungen des BetrVG seien weitgehend zwingend, was bedeute, „dass sie sogar durch Tarifvertrag und erst recht durch Betriebsvereinbarung oder gar Einzelabrede nicht geändert werden können, soweit das Gesetz nicht selbst eine derartige Möglichkeit vorsieht.“

teressenvertretung auch dort verbietet, wo kein Betriebsrat gewählt wurde.²⁶ Bemerkenswert ist, dass sich entsprechende Aussagen häufig als kleine Nebenbemerkungen im Zusammenhang mit der Schaffung freiwilliger Sprecherausschüsse finden.²⁷ Inhaltlich rechtfertigt sich diese Position schon durch einen Gegenschluss aus § 3 BetrVG: Wenn dort in sehr differenzierter Weise eine abweichende Gestaltung durch Tarifvertrag und hilfsweise durch Betriebsvereinbarung vorgesehen ist, kann es offensichtlich nicht zulässig sein, stattdessen zur Allzweckwaffe des Individualvertrags zu greifen und eine völlig „gesetzesfreie“ Alternative zu schaffen.

Würde in einem Betrieb durch Ergänzung der Arbeitsverträge ein privatautonomes Vertretungsgremium geschaffen, so wären die entsprechenden Abreden wegen Verstoßes gegen den zwingenden Charakter des BetrVG nach § 134 BGB unwirksam.²⁸ Ein entsprechendes Gremium ist „nicht existent“,²⁹ d. h. es kann keine eigenen Rechte geltend machen und Verpflichtungen eingehen. Dies gilt für den „Vertrauensrat“ im obigen Beispiel in gleicher Weise wie für die „Arbeitnehmervertretung“ bei SAP.³⁰ Die Situation ist der im Gesellschaftsrecht bestehenden vergleichbar, wo Abmachungen, die einen außerhalb des gesetzlichen Typenzwangs stehenden Zusammenschluss kreieren wollen, gleichfalls keine Rechtswirkungen entfalten können.³¹

Die Schaffung einer privatautonomen Interessenvertretung wie des geschilderten „Vertrauensrats“³² stellt außerdem eine Behinderung der Betriebsratswahl dar; für den Einzelnen wird der Rückgriff auf das gesetzliche Vertretungsmodell mit einem zusätzlichen Hindernis versehen. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Wahl eines Sprecherausschusses verwiesen werden.³³ Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setzt allerdings vorsätzliches Tun voraus.³⁴

Wo das BetrVG nicht eingreift, besteht genau wie außerhalb des Anwendungsbereichs des SprAuG die Möglichkeit zu freien Vereinbarungen. Drei Felder sind insoweit von einer gewissen Bedeutung.

Kleinstbetriebe mit weniger als fünf ständig Beschäftigten sind nicht durch das BetrVG „verfasst“, soweit sie nicht nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind. Bei ihnen kann daher auch im Wege einheitsvertraglicher Regelung eine Vertrauensperson installiert werden.³⁵ Auch lassen sich mehrere Kleinstbetriebe zu einer „Vertretungseinheit“ zusammenfassen, was sinnvollerweise über einen Tarif-

vertrag geschieht,³⁶ was jedoch auch im Wege abgesprochener Arbeitsvertragsbedingungen vorstellbar wäre.

Von den in § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG erwähnten Heimarbeitern abgesehen, bleiben auch die arbeitnehmerähnlichen Personen von der gesetzlichen Interessenvertretung ausgenommen. Insoweit bleibt auch hier ein freier Gestaltungsspielraum, der sich durch Tarifvertrag, aber auch durch einheitsvertragliche Klauseln ausschöpfen lässt.³⁷

Zulässig sind schließlich sog. Redaktionsstatute, die eine Beteiligung von Redakteuren an tendenzbezogenen Maßnahmen (wie der Einstellung eines neuen Chefredakteurs) vorsehen: Da insoweit der Betriebsrat nach § 118 Abs. 1 BetrVG von jeder wirksamen Einflussnahme ausgeschlossen ist, tritt keine Kollision mit seinen Befugnissen und damit dem BetrVG ein.³⁸ Eine solche würde die fragliche Vertragsbestimmung unwirksam machen. Wie bei den freiwilligen Sprecherausschüssen darf keine Aufgabenüberschneidung entstehen.³⁹

Eine nicht vorgesehene Abweichung von der gesetzlichen Organisation der Betriebsverfassung liegt dann vor, wenn Arbeitsgruppen eingerichtet werden, die Sprecher mit bestimmten Aufgaben wählen.⁴⁰ Da sie für einen konkreten Beschäftigungsbereich sprechen, haben sie einen betriebsverfassungsrechtlichen Charakter; soweit es um Aufgaben des Betriebsrats geht, können diese heute auf dem Wege des § 28a BetrVG übertragen werden. Dasselbe durch Ergänzung der Arbeitsverträge oder durch Ausübung des Weisungsrechts zu bewirken, ist demgegenüber jedoch nicht vorgesehen und deshalb auch rechtlich nicht verbindlich.

3. Grenzen für Abmachungen im „gesetzesfreien Raum“

Dort, wo Interessenvertretungen auf privatautonome Grundlage errichtet werden können, sind zwei allgemeine Schranken zu beachten.

Die eine ist schon genannt und besteht darin, dass die Aufgaben so beschaffen sein müssen, dass keine Überschneidung mit denen der gesetzlichen Interessenvertretung erfolgt. Dies ist vom BAG im Zusammenhang mit freiwilligen Sprecherausschüssen⁴¹ sowie im Zusammenhang mit den Befugnissen eines Redaktionsrats⁴² betont worden und findet auch in anderen Zusammenhängen Anerkennung.⁴³ Man mag insoweit von einem „Invasionsverbot“ sprechen; wenn schon der Sprecherausschuss- und der Betriebsverfassung exklusiver Charakter beigemessen wird, muss dieser nicht nur bei der Schaffung von Institutionen, sondern auch bei der Aufgabenerfüllung gewahrt bleiben.

³⁶ Dafür *Heither*, FS Schaub, München 1998, S. 308 f.; *Kempen/Zachert*, Kommentar zum TVG, 3. Aufl. 1997, § 1 Rdnr. 297; *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 3. Aufl. 1976, S. 381 ff.

³⁷ Vgl. *DKK-Trümmer*, § 3 Rdnr. 15; *Däubler*, AiB 2001, 313 (317).

³⁸ BAG NZA 2002, 397; zustimmend *Erk-Dieterich*, Art. 5 GG Rdnr. 81; *Däubler/Hensche*, Kommentar zum TVG, 2003, § 1 Rdnr. 846; *Richardi/Thüsing*, § 118 Rdnr. 242. Ebenso bereits früher *Wiedemann*, TVG, § 1 Rdnr. 139.

³⁹ *Richardi/Thüsing* (Fn. 38).

⁴⁰ Auf die Kollision mit dem BetrVG verweist zu Recht *Trümmer*, FS Däubler, 1999, S. 295 ff.

⁴¹ BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972.

⁴² BAG NZA 2002, 397 (400).

⁴³ *Erk-Eisemann*, § 3 BetrVG Rdnr. 1.

²⁶ S. etwa *GK-Kraft*, § 1 Rdnr. 57; *Hess*, in: *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock* Vor § 1 Rdnr. 42; *Richardi*, BetrVG, 9. Aufl. 2004, Einl. Rdnr. 132 (141); *DKK-Däubler* Einl. Rdnr. 74.

²⁷ *Bauer* (Fn. 11); *Buchner* (Fn. 11); *Engels/Natter* (Fn. 11); *MünchArbR-Joost*, § 323 Rdnr. 44; *Kramer* (Fn. 11).

²⁸ Ebenso für Sprecherausschussvereinbarungen, die im Anwendungsbereich des SprAuG geschlossen werden, *Hromadka*, Vorbem zu § 1 Rdnr. 34.

²⁹ So BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 LS 2.

³⁰ S. oben I 1 und 2.

³¹ Wollte man etwa eine rechtsgeschäftlich nach außen in Erscheinung tretende Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts als „nicht rechtsfähige“ Einheit gründen, wäre diesem Vorhaben aufgrund der neueren Rechtsentwicklung der Erfolg versagt. Zum Typenzwang s. etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 5 III 1.

³² Oben I 1.

³³ Oben I zu Fn. 19.

³⁴ *DKK-Trümmer*, § 119 Rdnr. 29; *Fitting*, § 119 Rdnr. 10.

³⁵ *DKK-Däubler*, Einl. Rdnr. 73; *Fitting*, § 1 Rdnr. 289.

Die arbeitsvertraglichen Regelungen dürfen zum Zweiten keine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB darstellen. Diese liegt nicht etwa darin, dass die Rechte des „Vertrauensrats“ oder des „Kooperationsausschusses“ höchst bescheiden sind. Selbst eine schlichte Übernahme des § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, wonach die Interessenvertretung Vorschläge im Interesse der Arbeitnehmer und des Betriebs machen kann, ist mehr als ein Nullum, mehr als der Zustand, der ohne eine solche Abmachung existieren würde. Gefahr droht jedoch dann, wenn es sich um eine Pseudo-Interessenvertretung handelt, die in Wirklichkeit vom Arbeitgeber ferngesteuert ist: Dies kann durch persönliche Bindungen, insbesondere aber dadurch geschehen, dass der Arbeitgeber die für die Arbeit notwendigen finanziellen Mittel jederzeit entziehen kann. Ein solches „Marionettengremium“ (das in der Praxis nur in Extremfällen vorkommen wird) ist mit einer sog. gelben Gewerkschaft vergleichbar, die vom Arbeitgeber ausgehalten wird.⁴⁴ Dass solche Pseudo-Vertretungen auch bei freiwilliger Mitgliedschaft mangels Unabhängigkeit keine Gewerkschaften sind, ist unbestritten. Ob derartige Gremien aber wie in Frankreich und Italien verboten oder wie in den USA jedenfalls verbotlich sind,⁴⁵ ist bei uns – soweit ersichtlich – kaum erörtert.⁴⁶ Immerhin hat auch die Bundesrepublik das ILO-Übereinkommen Nr. 98 ratifiziert,⁴⁷ das in Art. 2 Abs. 1 jede Einmischung in Bildung und Tätigkeit des sozialen Gegenspielers verbietet und in Abs. 2 ausdrücklich bestimmt:

„Als Einmischung im Sinne dieses Artikels gelten insbesondere Handlungen, die darauf gerichtet sind, von einem Arbeitgeber oder von einer Organisation von Arbeitgebern abhängige Organisationen von Arbeitnehmern ins Leben zu rufen oder Organisationen von Arbeitnehmern durch Geldmittel oder auf sonstige Weise zu unterstützen, um sie unter den Einfluss eines Arbeitgebers oder einer Organisation von Arbeitgebern zu bringen.“

In vorliegendem Zusammenhang lässt sich daraus zumindest die Wertung herleiten, dass die Installierung von Pseudo-Interessenvertretungen eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmerseite darstellt – selbst wenn man sie als solche grundsätzlich tolerieren will. Man kann insoweit von einem „Fernsteuerungsverbot“ sprechen.

III. Die Rechtsstellung privatautonom errichteter Gremien

1. Wirksam errichtete Interessenvertretungen

Wird in einem Unternehmen, das weniger als 10 leitende Angestellte beschäftigt, auf freiwilliger Grundlage ein „Sprecherausschuss“ eingerichtet, so stehen diesem nur

⁴⁴ Näher *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, 1997, § 9 III 1a (S. 415); *Däubler/Hege*, Koalitionsfreiheit, 1976, Rdnr. 113 ff.

⁴⁵ Angaben bei *Gamillscheg* (Fn. 44) § 9 III 1a (2) und (4).

⁴⁶ Allerdings war im Zentralarbeitsgemeinschaftsabkommen vom November 1918 vorgesehen, dass die Arbeitgeberseite die von ihr finanzierten „gelben“ Gewerkschaften nicht weiter unterstützen würde – s. *Gamillscheg*, (Fn. 44) § 2 5b (4) – S. 114. An sich gehören die dort niedergelegten Prinzipien zum Grundbestand unseres Arbeitsrechts.

⁴⁷ BGBl 1955 II S. 1122, abgedruckt auch bei *Däubler/Kittner/Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, unter Nr. 211.

diejenigen Rechte zu, die ihm vertraglich eingeräumt sind. Dies betrifft einmal den Kreis der repräsentierten Beschäftigten; der Einzelne ist nur dann gebunden, wenn sein Arbeitsvertrag eine entsprechende Bestimmung enthält oder wenn er auch ohne eine solche Klausel die Vertretung mitwählt oder sich auf andere Weise zu ihr bekennt.⁴⁸ Zum Zweiten treten nur die vereinbarten Wirkungen ein; schuldrechtliche Abreden mit der Arbeitgeberseite werden deshalb nicht ohne weiteres Bestandteil der Arbeitsverträge.⁴⁹ Eine quasi-normative Wirkung ist nur faktisch, und zwar in der Weise möglich, dass sich der Arbeitgeber zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet und dass dem einzelnen Arbeitnehmer nach § 328 BGB ein einklagbares Recht auf die fragliche Leistung eingeräumt wird.

2. Rechtswidrig errichtete Gremien

Viel wichtiger dürfte nicht nur im Hinblick auf die Eingangsfälle⁵⁰ die Situation sein, dass ein Gremium entgegen dem Exklusivitätsanspruch des SprAuG bzw. des BetrVG errichtet wurde. Die Feststellung, dass es „rechtlich nicht existiert“⁵¹ oder sich nicht betätigen kann,⁵² hilft relativ wenig weiter, wenn es beispielsweise darum geht, dass ein Mitglied des Gremiums Aufwendungen getätigt hat oder der „Vertrauensrat“ gar – wie im obigen Ausgangsfall – mit dem Arbeitgeber einen Sozialplan abgeschlossen hat, aus dem die ausgeschiedenen Arbeitnehmer nunmehr Ansprüche herleiten wollen.

Das geltende Recht kennt als (häufiger angesprochene) potentielle Parallele den durch nichtige Wahl entstandenen Schein-Betriebsrat.⁵³ Ihm sowie seinen Mitgliedern stehen nach einhelliger Rechtsprechung⁵⁴ und nach Auffassung der Literatur keinerlei Rechte zu.⁵⁵ Alle getroffenen Maßnahmen sind unwirksam,⁵⁶ insbesondere Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden entfalten keinerlei rechtliche Wirkung.⁵⁷ Auch der gesetzliche Kündigungsschutz des Betriebsratsmitglieds nach § 103 BetrVG in Verbindung mit § 15 KSchG existiert nicht; der Einzelne ist auf den nachwirkenden Kündigungsschutz als Wahlbewerber beschränkt.⁵⁸ Diese Grundsätze werden erst recht dann angewandt, wenn überhaupt keine Wahl stattfand, sondern der Betriebsrat beispielsweise vom Arbeitgeber oder durch die Gewerkschaft „eingesetzt“ wurde.⁵⁹ Von dieser Tabula-rasa-Rechtsprechung gibt es zwei Ausnahmen.

⁴⁸ So BAG AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG 1972.

⁴⁹ BAG AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG 1972 LS.

⁵⁰ Oben I.

⁵¹ So BAG AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 LS 2.

⁵² So *Richardt*, Anm. zu BAG AP Nr. 9 und 10 zu § 5 BetrVG 1972.

⁵³ Beispiel: Wahl der bisherigen Betriebsratsmitglieder für eine neue Wahlperiode durch Akklamation (so der Fall BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht).

⁵⁴ BAG AP Nr. 6 und 10 zu § 19 BetrVG 1972; BAG NZA 2000, 1119.

⁵⁵ S. statt aller *ErfK-Eisemann*, § 19 Rdnr. 17; *DKK-Schneider*, § 19 Rdnr. 43 f.; *Fitting*, § 19 Rdnr. 6; *GK-Kreutz*, § 19 Rdnr. 139.

⁵⁶ BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht; *GK-Kreutz*, § 19 Rdnr. 139; *Schlochauer* (Fn. 26) § 19 Rdnr. 16.

⁵⁷ *ErfK-Eisemann*, § 19 Rdnr. 17; *GK-Kreutz*, § 19 Rdnr. 139.

⁵⁸ BAG AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972 Bl. 3; *ErfK-Eisemann*, § 19 Rdnr. 17; *Fitting*, § 19 Rdnr. 6.

⁵⁹ *GK-Kreutz*, § 19 Rdnr. 147.

Zum einen sind Fälle denkbar, in denen ein (scheinbares) Betriebsratsmitglied in gutem Glauben Aufwendungen gemacht hat, weil die Nichtigkeit der Wahl für ihn nicht evident war. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn Zweifel bestehen konnten, ob der Betrieb Teil einer kirchlichen Einrichtung war.⁶⁰ In einer solchen Situation kann das einzelne Mitglied effektiv aufgewandte Reisekosten ersetzt verlangen.⁶¹ Fälle dieser Art wird es im hier interessierenden Zusammenhang praktisch nicht geben; dass die Ersetzung eines Betriebsrats durch einen „Vertrauensrat“ oder einen „Kooperationsausschuss“ rechtswidrig und unwirksam ist, liegt angesichts einheitlicher Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur auf der Hand.⁶²

Von größerem Interesse ist deshalb die zweite Ausnahme. Hat der Arbeitgeber über längere Zeit hinweg die rechtlich nicht existierende Interessenvertretung als Verhandlungspartner akzeptiert, so würde er sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wollte er nunmehr plötzlich von früheren Erklärungen nichts mehr wissen wollen („April, April“). Allerdings wird in der Literatur dagegen eingewandt, man könne nicht durch Berufung auf das Verbot des *venire contra factum proprium* betriebsverfassungsrechtliche Strukturen zur Entstehung bringen.⁶³ Dies vermag jedoch nicht völlig zu überzeugen, da es der Sache nach ja nur darum geht, eine Situation herzustellen, wie wenn betriebsverfassungsrechtlich alles in Ordnung gewesen wäre. Warum sollte eine solche Als-ob-Betriebsverfassung nicht möglich sein – vergleichbar der fehlerhaften Gesellschaft, die als Rechtsinstitut ihren unangefochtenen Platz besitzt?⁶⁴ Letztlich kann die Frage aber dahinstehen, da jedenfalls auf arbeitsvertraglicher Ebene der Einwand des widersprüchlichen Verhaltens sehr wohl greift.⁶⁵ Ist sich ein Mitglied beispielsweise bewusst, dass die vor zwei Jahren erfolgte Wahl nichtig war, hat sich bislang aber niemand darauf berufen und hat es deshalb nach vorheriger Mitteilung an den Arbeitgeber an einer Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG teilgenommen, so müsste der Arbeitgeber Aufwendungsersatz leisten; alles andere wäre ein grober Fall des *venire contra factum proprium*. Ähnliches gilt, wenn im Rahmen eines rechtswidrigen „betrieblichen Bündnisses für Arbeit“ auf die betriebsbedingte Kündigung verzichtet oder wenn von einem nichtig gewählten Betriebsrat ein Sozialplan abgeschlossen wurde: Gleichwohl zu kündigen bzw. die Abfindung zu verweigern, würde ersichtlich nicht angehen.

Im hier interessierenden Zusammenhang kommen von vorneherein keine Betriebsvereinbarungen oder andere normativ wirkende Rechtsakte in Betracht. Insoweit stellt sich das Problem nicht, ob trotz der stärkeren Bindung, die das Arbeitsvertragsrecht mit sich bringt, eine Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage umgedeutet werden kann.⁶⁶ Vielmehr geht es von vornherein darum, dass sich beide Seiten nur auf

rechtsgeschäftlicher Ebene bewegen konnten, dass der „Vertrauensrat“ beispielsweise in Vertretung aller Betroffenen einen Sozialplan abschloss. Als „nicht existentes“ Gremium konnte er zwar in Wirklichkeit niemanden vertreten, doch würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte der Arbeitgeber seine Leistungspflicht z. B. aus einem Sozialplan mit diesem Argument in Frage stellen; der Sache nach muss er sich behandeln lassen, wie wenn er eine Gesamtzusage gemacht hätte.

IV. Perspektiven

Die Existenz präter-legaler Interessenvertretungen in bestimmten Sektoren verweist möglicherweise auf die Anfänge eines Erosionsprozesses. Den alternativen Gremien lediglich mit einem strikten Verbot zu begegnen, erscheint auf dem ersten Blick nicht angebracht und auf lange Sicht auch nicht aussichtsreich. Auf der anderen Seite fehlen bisher Sicherungen dagegen, dass die privatautonome Gestaltung ausschließlich im Interesse einer Seite genutzt wird. Der Schutz gegen „gelbe“ Interessenvertretungen ist noch so wenig entwickelt, dass man in ihn schwerlich Vertrauen setzen kann. Nicht alles, was das Etikett „Vertrag“ und „privatautonom“ trägt, hat mit realer Freiheit aller Beteiligten zu tun.

Eine „ausgehandelte Partizipation“, wie sie insbesondere das EBRG vorsieht, ist dann akzeptabel, wenn ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Beteiligten besteht und nicht eine Seite von vorneherein das Nachsehen hat. Fürs Erste ist daher zu empfehlen, die Möglichkeiten zur Gründung von Betriebsräten und zur Ausschöpfung des § 3 BetrVG verstärkt zu nutzen – und zwar insbesondere auch in jenen Bereichen, in denen bislang ein wenig verlässlicher Wildwuchs besteht. Ein innerbetrieblicher Konsens über bestimmte Spielregeln und Umgangsformen lässt sich auch in Betrieben mit Betriebsrat praktizieren. Die Betriebsverfassung ist flexibel, auch wenn ihr das vielleicht nicht auf der Stirn geschrieben steht.

⁶⁰ S. den Fall BAG AP Nr. 60 zu § 118 BetrVG 1972.

⁶¹ BAG AP Nr. 58 zu § 40 BetrVG 1972; ähnlich für Kosten einer Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG LAG Düsseldorf, DB 1979, 2140.

⁶² In der Regel erntet man eher ungläubiges Erstaunen, wenn man von derartigen Interessenvertretungen in der New Economy spricht.

⁶³ ErfK-Eisemann, § 19 Rdnr. 17; GK-Kreutz, § 19 Rdnr. 140; Richardi/Thüsing, § 19 Rdnr. 77.

⁶⁴ Vgl. §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG; zum Personengesellschaftsrecht Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, § 3 I 2 a bb (S. 150 f.); zum Ganzen K. Schmidt (Fn. 31) § 6.

⁶⁵ DKK-Schneider, § 19 Rdnr. 44.

⁶⁶ Dazu BAG AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.