

# Der Betriebsrat – Sprecher auch der Randbelegschaften?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Der Anspruch der Betriebsverfassung

Die Betriebsverfassung dient dem Schutz des Arbeitnehmers, insbesondere seiner Persönlichkeitsentfaltung im Arbeitsverhältnis.<sup>1</sup> Sie gewährt Teilhabe an Entscheidungen, die den Einzelnen unmittelbar oder mittelbar betreffen. Bei der Mitbestimmung gehe es um nichts weniger als die „Grundsätze der Selbstbestimmung, die Achtung vor der Würde des Menschen und den Ausgleich oder den Abbau einseitiger Machtstellungen durch Kooperation der Beteiligten und die Mitwirkung an Entscheidungen durch die von der Entscheidung Betroffenen.“<sup>2</sup> Kürzer spricht das BAG vom „sozialen Schutzzweck“ der betrieblichen Mitbestimmung.<sup>3</sup>

Geschützt sind alle, die zur Belegschaft gehören. Mittelbar wird dies an der Vorschrift des § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG deutlich, wonach der Betriebsrat Maßnahmen beantragen kann, die dem Betrieb und „der Belegschaft“ dienen. In § 111 Satz 1 BetrVG ist von geplanten Betriebsänderungen die Rede, „die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können.“ Irgendwelche Differenzierungen zwischen einzelnen Gruppen von Beschäftigten sind nicht erkennbar, sieht man einmal von dem durch § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG ausgeklammerten Personenkreis ab. Diese „Belegschaft“ wird durch den Betriebsrat repräsentiert.

Die tatsächlich im Betrieb tätigen Menschen weisen eine unterschiedliche Rechtsstellung auf. Zu den sog. atypischen Beschäftigten zählen diejenigen, die nur einen befristeten Arbeitsvertrag haben. Größere öffentliche Aufmerksamkeit erfahren Leiharbeiter: Sie sollen nur „vorübergehend“ im Betrieb sein und haben einen Vertrag mit ihrem Verleiher. Gleichwohl unterliegen sie in Bezug auf ihre konkrete Arbeit den Regeln und Weisungen des Einsatzbetriebs, so dass man von einer gespaltenen Arbeitgeberstellung sprechen kann. Dazu

<sup>1</sup> GK-BetrVG-*Wiese*, 11. Aufl. 2018, Einl. Rn. 78

<sup>2</sup> So ErfK-*Koch*, 19. Aufl. 2019, § 1 BetrVG Rn. 1 unter Bezugnahme auf BT-Drucksache VI/334, S. 65.

<sup>3</sup> BAG 22.1.1980 – 1 ABR 48/77, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen Tz. 40.

kommen geringfügig Beschäftigte bis zu einer Monatsvergütung von 450 Euro, die gleichfalls nicht in das Bild des „typischen“ Arbeitnehmers passen.

Hinzu kommen in neuerer Zeit Soloselbständige, deren Arbeit gleichfalls für den Einsatzbetrieb bestimmt ist, die jedoch ihre Tätigkeit weitgehend selbst organisieren; oft sind auch sie auf dem Betriebsgelände tätig. Schließlich ist an diejenigen zu denken, die von ihrem Arbeitgeber in den Einsatzbetrieb geschickt werden, die aber weiter ausschließlich seinen Weisungen unterliegen. Beispiele sind etwa Reparaturkolonnen oder Arbeiter auf dem Bau, die auf Geheiß ihres Arbeitgebers eine genau definierte Aufgabe erfüllen, beispielsweise die Fensterrahmen einsetzen oder das Dach decken. Dabei kann es sich aber auch um eine länger dauernde Tätigkeit handeln; angesichts der regelmäßigen Anwesenheit auf dem Betriebsgelände ist von „Onsite-Werkverträgen“ die Rede.<sup>4</sup> Beide Gruppen werden wegen des fehlenden Arbeitsvertrags mit dem Inhaber des Einsatzbetriebs bisweilen auch als „Fremdbelegschaften“ bezeichnet.<sup>5</sup>

Kann der Betriebsrat auch alle diese Personen repräsentieren, um so den Schutzzweck der Betriebsverfassung zu realisieren? Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz BetrVG hat der Betriebsrat des Einsatzbetriebs das Recht, von seinem Arbeitgeber Auskunft darüber verlangen, auf welcher Rechtsgrundlage bestimmte Personen im Betrieb tätig sind. Über weitere Befugnisse und Möglichkeiten schweigt sich der Gesetzestext aus. Kann der Betriebsrat gegen die effektive Schlechterstellung dieser Gruppen etwas unternehmen?<sup>6</sup> Oder müssen wir uns damit abfinden, dass für sie der skizzierte Anspruch der Betriebsverfassung ohne praktische Bedeutung bleibt? Wo lägen ggf. Ansätze, daran etwas zu ändern?

## **II. Befristet Beschäftigte**

Die juristische Auseinandersetzung begann im Zusammenhang mit der Befristung. Kann ein Betriebsrat der Einstellung eines Arbeitnehmers zustimmen, zugleich aber geltend machen, das fragliche Arbeitsverhältnis sei zu Unrecht befristet worden, es fehle z. B. der notwendige sachliche Grund? In der Literatur gab es gewichtige Stimmen, die im Rahmen des § 99

---

<sup>4</sup> S. den Beitrag von *Hamann/Rudnik*, NZA 2016, 1368.

<sup>5</sup> S. das Heft 2/2016 der Zeitschrift „Industrielle Beziehungen“, das sich u. a. mit diesem Phänomen befasst. S. den Einführungsbeitrag von *Deinert/Helfen*, a.a.O., S. 85 ff.

<sup>6</sup> S. *Jacquemin/Klebe*, Die Zukunft der Betriebsratsarbeit 2.0, AiB 11/2014, 33: 67,7 % der Leiharbeiter und 33,5 % der befristet Beschäftigten verdienten im Jahre 2010 weniger als zwei Drittel des mittleren Stundenlohns von 10,36 Euro.

BetrVG eine solche „gespaltene Zustimmung“ bejahen.<sup>7</sup> Vorbild war das Recht des Betriebsrats, die Einstellung einer bestimmten Person zu befürworten, ihrer Eingruppierung aber die Zustimmung zu versagen. Warum sollte dasselbe nicht auch in Bezug auf die Befristung möglich sein? Selbst wenn man diese Parallele nicht akzeptieren würde – hätte nicht auch ein Recht auf Zustimmungsverweigerung wegen unberechtigter Befristung einiges bewirken können?

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Einstellung verweigern, wenn diese gegen ein Gesetz (oder eine andere verbindliche Norm) verstößt. Hier stellte sich die Frage, ob damit nur ein rechtswidriger Arbeitseinsatz als solcher gemeint ist oder ob auch die Arbeit zu rechtswidrigen Bedingungen erfasst sein sollte. Sieht man den Betriebsrat entsprechend § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als „Hüter zwingenden Rechts“,<sup>8</sup> so spricht dies für eine Einbeziehung auch der rechtswidrigen Bedingungen. Soll er denn zunächst dem absehbaren Rechtsverstoß tatenlos zusehen, um nachträglich dann immer wieder beim Arbeitgeber vorzusprechen, er möge doch endlich einen rechtmäßigen Zustand herstellen? Auch der Sinn der Vorschrift spricht für eine solche Lösung, da sonst die Einschaltung des Betriebsrats in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auf singuläre und absonderliche Fälle wie die Einstellung einer schwangeren Frau für Nachtarbeit beschränkt wäre.

Dennoch entschied das BAG anders; das Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG beziehe sich nur auf die Beschäftigung als solche, nicht auf die arbeitsvertraglichen Bedingungen, unter denen die Leistung erbracht werde. Dies wurde zu seiner ständigen Rechtsprechung.<sup>9</sup> Das hatte – was in den Entscheidungen nicht thematisiert wurde – ganz erhebliche Folgen für die Repräsentation von Befristeten durch den Betriebsrat.

Läuft der befristete Vertrag aus, so wird der Betriebsrat anders als bei einer Kündigung nicht einmal angehört. Dies gilt sogar dann, wenn bei der Zweckbefristung nach § 15 Abs. 2 TzBfG die Zweckerreichung mit zweiwöchiger Frist angekündigt wird. Es ist allein Sache des Betroffenen, sich zu wehren und eine „Entfristungsklage“ zu erheben. Der Betriebsrat kann ihm moralische Unterstützung gewähren, mehr nicht. Im Übrigen ist der Einzelne bei dieser

---

<sup>7</sup> S. bereits *Lörcher*, Zeitarbeitsverträge als Problem der Mitbestimmung der Betriebs- und Personalräte bei der Einstellung (§ 99 Abs. 1 BetrVG, § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG), BStSozArbR 1981, 177; für Personalräte: *Ders.*, Zeitverträge – Was können Personalräte dagegen unternehmen? PersR 1984, 59 und *Ders.*, Handlungsmöglichkeiten der Personalräte gegen Zeitverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz, PersR 1985, 122; grundlegend *Plander*, Der Betriebsrat als Hüter des zwingenden Rechts, Baden-Baden 1982.

<sup>8</sup> So der Buchtitel von *Plander* (Baden-Baden 1982).

<sup>9</sup> Erstmals BAG 20.6.1978 – 1 ABR 65/75 – DB 1978, 2033, bestätigt zuletzt in BAG NZA 2011, 418.

zentralen Frage seiner betrieblichen Existenz allein gelassen. Dies wäre anders, hätte sich der Betriebsrat schon bei der Einstellung mit der Befristung auseinander setzen und für eine klare rechtliche Situation sorgen können.

Dieser fehlende Beendigungsschutz wirkt auf die Tätigkeit und das Verhalten der Befristeten im Betrieb zurück: Zwar haben diese dieselben Rechte wie eine Stammkraft, solange sie im Betrieb beschäftigt sind, doch werden sie sich im Regelfall möglichst nicht exponieren wollen. Eine Beschwerde beim Betriebsrat oder gar eine Kandidatur bei der nächsten Betriebsratswahl ist zwar rechtlich möglich, aber faktisch eine sehr seltene Ausnahme: Fast alle Betroffenen verzichten auf solche Verhaltensweisen, weil sie ihre Chance auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nicht aufs Spiel setzen oder gar zerstören wollen.

Interesse verdient eine Entscheidung des ArbG München, die diese Spielregeln ändern wollte. War ein befristet Beschäftigter in den Betriebsrat gewählt worden, so konnte sich nach seiner Auffassung der Arbeitgeber nicht auf das Auslaufen des Arbeitsvertrages berufen, weil das Betriebsratsmitglied in diesem Moment entgegen der EG-Richtlinie 2002/54/EG ohne Schutz geblieben wäre.<sup>10</sup> Die Befristung war insoweit wirkungslos. Hätte sich diese Auffassung durchgesetzt, wäre es vermutlich zu häufigen Betriebsratskandidaturen Befristeter gekommen, die so eine Verstetigung ihrer Beschäftigung hätten erreichen können. Das BAG hat diese Rechtsprechung jedoch nicht akzeptiert.<sup>11</sup> Es sei wie bisher Sache des einzelnen Betriebsratsmitglieds, eine Benachteiligung wegen der Zugehörigkeit zum Betriebsrat darzulegen und notfalls zu beweisen, was z. B. dann in Frage komme, wenn vergleichbare andere befristet Beschäftigte einen Verlängerungsvertrag oder eine Entfristung bekommen hätten. Würden solche Umstände dargelegt, sei der Arbeitgeber gehalten, die besonderen sachlichen und nicht betriebsratsbezogenen Gründe zu belegen, weshalb gerade das Betriebsratsmitglied nicht „verlängert“ wurde. Die „Nebenwirkung“ häufiger Kandidaturen von nicht eigentlich an der Betriebsverfassung Interessierten spielte bei der (schriftlichen) Begründung keine Rolle; ob sie im Hintergrund gleichwohl Berücksichtigung fand, lässt sich nicht klären.

Faktisch führt dies dazu, dass befristet Beschäftigte auch in Zukunft nur ganz ausnahmsweise im Betriebsrat repräsentiert sein werden. Die bei den Betroffenen typischerweise gegebene Zurückhaltung, sich an den Betriebsrat zu wenden, bleibt damit unverändert bestehen. Weiter

---

<sup>10</sup> ArbG München 8.10.2010 – 24 Ca 861/10 – AiB 2011, 267.

<sup>11</sup> BAG NZA 2013, 515.

wird der aus Stammbeschäftigten bestehende Betriebsrat nur in seltenen Fällen - und dabei meist abgekoppelt von der Rechtslage<sup>12</sup> - den Versuch unternehmen, eine Entfristung zu erreichen. Auch die Vorschrift des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG, wonach ein „gleich geeigneter“ befristet Beschäftigter bei einer unbefristeten Einstellung den Vorrang vor einem von außen kommenden Bewerber hat, scheint in der Praxis wenig Bedeutung zu haben: Letztlich entscheidet der Arbeitgeber, ob wirklich „gleiche Eignung“ vorliegt. Es verwundert daher nicht, dass keine einschlägige Rechtsprechung zu dieser Vorschrift existiert.<sup>13</sup> Das BAG hatte sich lediglich damit zu befassen, ob sie auch dann eingreift, wenn die Stelle mit einem Leiharbeitnehmer ohne zeitliche Befristung besetzt werden sollte (was damals noch möglich war).<sup>14</sup>

Unter diesen Umständen wird der Betriebsrat dazu neigen, seine knappen Ressourcen eher für die Lösung anderer Probleme einzusetzen statt ohne Aussicht auf Erfolg für die Interessen der befristet Beschäftigten zu kämpfen.

### **III. Leiharbeitnehmer**

Vergleichbar ist die Situation bei der Leiharbeit. Auch hier hat zwar der Betriebsrat im Einsatzbetrieb nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht, doch wird es denselben Schranken unterworfen wie bei der Befristung. Erhält ein Leiharbeitnehmer für dieselbe Arbeit weniger Entgelt als ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer, weil er – wie üblich - nach einem Leiharbeitstarif bezahlt wird, so kann der Betriebsrat dies nicht rügen und deshalb seine Zustimmung verweigern: Die Einstellung als solche ist ja nicht illegal.<sup>15</sup> Kein Betriebsrat konnte sich daher erfolgreich dagegen wenden, dass der einzustellende Leiharbeitnehmer nach einem CGZP-Tarifvertrag zu bezahlen war. Bei der wichtigsten Frage auch dieser Beschäftigtengruppe sind ihm die Hände gebunden. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Dass bei zahlreichen Problemen des Arbeitseinsatzes im Entleiherbetrieb bis hin zur Lage der Arbeitszeit ein Mitbestimmungsrecht besteht,<sup>16</sup> ist zwar zu begrüßen, ändert aber nichts an dem beschriebenen gravierenden Defizit. An die faktische Ungleichheit bei der Bezahlung kommt der Betriebsrat nicht ran und auch nicht an den fehlenden Bestandsschutz: Ein

---

<sup>12</sup> Zur außerrechtlichen Interessenvertretung s. *Däubler/Kittner*, Kleine Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, § 33 III

<sup>13</sup> S. den Überblick bei *DKKW-Bachner*, 16. Aufl. 2018, § 99 Rn. 214 ff.; *GK-BetrVG-Raab*, § 99 Rn. 209 ff.

<sup>14</sup> BAG NZA 2005, 1199.

<sup>15</sup> BAG 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 – AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung

<sup>16</sup> Überblick bei *DKKW-Klebe* § 87 Rn. 9.

Leiharbeiter, der seit einem Jahr bei einem Automobilhersteller beschäftigt ist, kann von heute auf morgen „abberufen“ werden, ohne dass der Betriebsrat auch nur angehört würde. Bei einem Personalabbau sind die Leiharbeiter in der Regel die ersten, die ihren Arbeitsplatz verlieren. Zwar können sie sich ihrem Verleiher gegenüber auf das KSchG berufen, doch nützt dies wenig, wenn keine andere vergleichbare Einsatzmöglichkeit vorhanden ist.<sup>17</sup>

Obwohl der Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis zum Verleiher, also einem Dritten hat, steht ihm – nicht anders als einem befristet Beschäftigten – nach § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat zu, sofern sein Einsatz im Betrieb für mehr als drei Monate vorgesehen ist. § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG nimmt allerdings die Leiharbeiter ausdrücklich vom passiven Wahlrecht aus. Nicht allein aufgrund faktischer Gegebenheiten (wie bei den befristet Beschäftigten), sondern schon aus Rechtsgründen sind Leiharbeiter nicht im Betriebsrat des Entleiherbetriebs vertreten, selbst wenn einige von ihnen jahrelang im Betrieb tätig sind. Eine Dauertätigkeit war bis 1. 4. 2017 unschwer möglich, kommt aber auch in der Gegenwart noch in Betracht, wenn ein Tarifvertrag einen längeren Einsatz als 18 Monate zulässt oder wenn die 18-Monats-Grenze umgangen wird.<sup>18</sup> Selbst wenn die Belegschaft zu einem Drittel aus Leihararbeitern besteht, ändert dies nichts am Fehlen des passiven Wahlrechts. Das in § 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG gewährte Recht, die Sprechstunden des Betriebsrats im Entleiherbetrieb aufzusuchen und dort auch an Betriebsversammlungen teilzunehmen, stellen keine ausreichende Kompensation dar.

Die große Mehrzahl der Leiharbeiter gibt nur ein kurzes Gastspiel im Betrieb, das von 14 Tagen bis zu drei Monaten reicht.<sup>19</sup> Nur eine kleine Minderheit erreicht die neun Monate, die zu einem Anspruch auf Equal Pay führen, und erst recht gilt dies für die 18 Monate, bei deren Überschreitung ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entstehen würde. Letzteres lässt sich unschwer dadurch vermeiden, dass der Leiharbeiter drei Monate lang anderwärts eingesetzt oder in die Arbeitslosigkeit geschickt wird: Nach Ablauf dieser „Karenzzeit“ kann er an den ursprünglichen Arbeitsplatz zurückkehren und darf wieder bei null beginnen. Auch dagegen kann der Betriebsrat rechtlich nichts unternehmen. Den Arbeitgeber in der

---

<sup>17</sup> Zur Berufung auf den Grundsatz der sozialen Auswahl (der in der Praxis selten erfolgt) s. DDZ-Deinert, 10. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 472.

<sup>18</sup> Dazu sogleich im Text.

<sup>19</sup> Vgl. *Happ/van der Most*, BB 2015, 565: Die Mehrzahl der Leiharbeiter ist weniger als drei Monate beschäftigt

Öffentlichkeit des Rechtsbruchs oder der Gesetzesumgehung zu beschuldigen, zerschneidet das Tischtuch und wäre mit schwer abschätzbaren Risiken verbunden.

Der Betriebsrat hat unter diesen Umständen keine Mittel, Leiharbeiter zu gleichberechtigten Mitgliedern der Belegschaft zu machen. Insoweit läuft das Beschwerderecht nach §§ 84 bis 86 BetrVG, das durch § 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG ausdrücklich auch ihnen eingeräumt ist, ins Leere.

Zur rechtlichen „Ausklammerung“ der Leiharbeiter aus dem Betriebsrat kommt eine spezifische Interessenlage hinzu. Angesichts der Tatsache, dass es für Leiharbeiter bislang keinen „Abberufungsschutz“ gibt, stellen sie aus Sicht der Stammbeschäftigten eine Art Puffer dar, dessen Existenz den eigenen Interessen entgegen kommt. Konjunkturelle Schwankungen lassen sich so auffangen, ohne dass der eigene Arbeitsplatz in Gefahr kommt. Würde der aus Stammbeschäftigten bestehende Betriebsrat dagegen etwas unternehmen, wenn er rechtlich dazu in der Lage wäre?

Nur in Sondersituationen – etwa bei einer Betriebsschließung - wird sich der Betriebsrat als Sprecher auch der Leiharbeiter verstehen. Im Regelfall wird er seine Aktivitäten auf die Stammbeschäftigten konzentrieren. Dies auch deshalb, weil er hier sehr viel mehr Erfolge erreichen kann, und sich das dadurch gewonnene Profil möglicherweise positiv bei den nächsten Betriebsratswahlen niederschlagen wird. Ob Leiharbeiter, für die er sich einsetzen würde, bei der nächsten Wahl überhaupt noch im Betrieb wären, ist von vorne herein höchst zweifelhaft.

#### **IV. Geringfügig Beschäftigte**

Geringfügig Beschäftigte sind zwar „vollwertige Arbeitnehmer“ im Sinne der Betriebsverfassung mit aktivem und passivem Wahlrecht, doch sind sie typischerweise wegen ihrer geringen Anwesenheitszeiten sehr viel weniger als andere Beschäftigte im Betrieb verankert. Die meisten Kolleginnen und Kollegen werden sie nicht kennen. Außerdem sind sie besonders häufig in kleineren Betrieben mit bis zu 100 Beschäftigten anzutreffen,<sup>20</sup> wo es selten Betriebsräte gibt.<sup>21</sup> Es liegt daher nahe, dass der Betriebsrat den spezifischen Problemen dieser Gruppe keine besondere Aufmerksamkeit widmet.

---

<sup>20</sup> Zahlenangaben bei *Lakies*, Mindestlohngesetz, 4. Aufl. 2019, Einl. Rn. 10.

<sup>21</sup> S. *Däubler/Kittner*, Kleine Geschichte der Betriebsverfassung, § 37 I.

Im Einzelfall kann dies anders sein. Engagierte Betriebsräte kontrollieren beispielsweise, ob die Arbeitszeit der geringfügig Beschäftigten in einer Weise verlängert wird, dass die Bezahlung von 450 Euro im Monat – umgerechnet auf die geleisteten Stunden - unter dem Mindestlohn bleibt. Sie unterstützen damit die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, die gerade auch in diesem Punkt die Einhaltung des Mindestlohngesetzes kontrolliert.<sup>22</sup> Geht es um andere Fragen wie die Gleichbehandlung mit anderen Teilzeit- oder mit Vollzeitkräften, so kann der Betriebsrat nur auf Probleme hinweisen, nicht aber von sich aus ein wirksames Verfahren einleiten.

## V. Soloselbständige

Soloselbständige stehen außerhalb der Betriebsverfassung. Dies gilt auch dann, wenn sie wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit arbeitnehmerähnliche Personen sind.<sup>23</sup> Der Versuch, diese Personengruppe im Wege der Interpretation des § 5 BetrVG in die Betriebsverfassung zu integrieren, ist vorläufig gescheitert. Die ausdrückliche Einbeziehung der Heimarbeiter, die in der Hauptsache für den Betrieb tätig sind, durch § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG rechtfertigt nach weit überwiegender Auffassung den Gegenschluss, dass andere arbeitnehmerähnliche Personen eben nicht erfasst sein sollen.<sup>24</sup> Da § 12a TVG Tarifverträge auch für arbeitnehmerähnliche Personen zulässt, könnte auf diesem Wege eine Interessenvertretung geschaffen werden, doch reicht dafür die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften bislang nicht aus. Auch wäre wohl nur eine separate Vertretung, nicht aber eine Einbeziehung in die gesetzliche Betriebsverfassung möglich.<sup>25</sup>

Die Soloselbständigen bleiben auch dann ausgeklammert, wenn sie viele Jahre auf dem Betriebsgelände gearbeitet und sich zahlreiche Formen der Kooperation mit den dort tätigen Arbeitnehmern ergeben haben. Zwischen dem Zusammengehörigkeitsgefühl der Beschäftigten und ihrer rechtlich verfassten Repräsentation besteht ein Widerspruch.

Theoretisch könnte § 99 BetrVG eingreifen, wenn ein Soloselbständiger in die betriebliche Organisation integriert wird. Dies ist etwa der Fall, wenn selbständige Taxifahrer sich für

---

<sup>22</sup> Vgl. § 16 Abs. 1 MiLoG iVm § 2a Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.

<sup>23</sup> Vgl. *Plander*, FS Däubler, 1999, S. 272 ff.

<sup>24</sup> Nachweise bei DKKW-*Trümner*, § 5 Rn. 122; *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 5 Rn. 92.

<sup>25</sup> Däubler-*Reinecke/Rachor*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 12a Rn. 73; *Wiedemann-Wank*, TVG, 8. Aufl. 2019, § 12a Rn. 133.

einige Zeit einer Taxizentrale unterstellen, welche die Bereitschaftszeiten festlegt und die einzelnen Aufträge verteilt.<sup>26</sup> Im Normalfall ist jedoch die Schwelle für eine solche Integration nach der Rechtsprechung außerordentlich hoch und praktisch nicht zu überwinden.<sup>27</sup> Dazu kommt, dass § 99 BetrVG dem Betriebsrat nur begrenzte Einflussmöglichkeiten gewährt, wie nicht zuletzt die Beispiele der befristet Beschäftigten und der Leiharbeitnehmer gezeigt haben.

Der auf dem Betriebsgelände tätige Soloselbständige muss sich an die dort bestehenden Regeln wie z. B. das Rauchverbot oder die Parkplatzordnung halten. Auch soweit diese mitbestimmt sind, hat er jedoch keine Möglichkeit, auf deren Inhalt irgendwelchen Einfluss zu nehmen. Da er seine Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Eigentum) in den Herrschaftsbereich des Auftraggebers einbringt und die dort ggf. bestehenden Gefahren nicht beeinflussen kann, wurde von der Rechtsprechung des BGH<sup>28</sup> schon früh § 618 BGB entsprechend angewandt, so dass der Auftraggeber ggf. auf Schadensersatz haftet.

## **VI. Werkvertragsarbeitnehmer**

Auch wer aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags im Betrieb tätig ist, muss mit deutlich schlechteren Arbeitsbedingungen als die Stammbeschäftigten rechnen.<sup>29</sup> Selbst das Leiharbeiterniveau wird bisweilen unterschritten,<sup>30</sup> was damit zusammen hängen dürfte, dass Arbeitgeber typischerweise nicht tarifgebundene Dienstleistungsfirmen sind, die besonders kostengünstige Angebote machen können, weil für sie die Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG und andere Sicherungen für Leiharbeiter nicht verbindlich sind.

Der von der Drittfirma entsandte Arbeitnehmer wird genauso wenig wie ein Soloselbständiger vom Betriebsrat des „Einsatzbetriebs“ vertreten. Einzelne Betriebsvereinbarungen (etwa zum Tragen von Schutzkleidung) mögen auch für ihn und seine Kollegen gelten,<sup>31</sup> doch hat er keinerlei Einfluss auf ihren Inhalt: Wer aufgrund Werk- oder Dienstvertrags in den Betrieb entsandt wird, hat kein Wahlrecht zum Betriebsrat – und zwar auch dann nicht, wenn sich seine Tätigkeit über Jahre erstreckt. Auch sonst gibt es außerhalb des Arbeitsschutzes (§ 8

<sup>26</sup> BAG 15.4.1986 – 1 ABR 44/84, AP Nr. 35 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1986, 688.

<sup>27</sup> S. die Nachweise bei DKKW-Bachner, § 99 Rn. 38 ff. Vgl. auch BAG NZA 1995, 649: Nur bei atypischen Gestaltungen

<sup>28</sup> 5.2.1962 – GSZ 4/51, BGHZ 5,62 = NJW 1952, 458

<sup>29</sup> Jacquemin/Klebe, AiB 11/2014, 34.

<sup>30</sup> Hamann/Rudnik, NZA 2016, 1369.

<sup>31</sup> Dazu weiterführend Klebe/Karthaus, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417 ff.; Hamann/Rudnik, NZA 2016, 1368 ff.

ArbSchG) keine Vorschriften, die eine Zuständigkeit des Betriebsrats für diese Personengruppe begründen würden. Anders als bei Leiharbeitnehmern ist nicht einmal das Recht garantiert, ein Betriebsratsmitglied in der Sprechstunde aufzusuchen oder an der Betriebsversammlung im Einsatzbetrieb teilzunehmen.

Problematisch ist insbesondere der Fall, dass Aufgaben, die bisher von eigenen Beschäftigten erledigt wurden, auf einen Drittunternehmer ausgelagert werden. Dieser schickt dann seine Leute in den Betrieb, die dort an den fraglichen Arbeitsplätzen arbeiten. Auf diese Weise können Belegschaftsangehörige unmittelbar durch Dritte ersetzt werden. Bei geschickter Organisation des Arbeitsprozesses bewegt sich dies im Rahmen des geltenden Rechts.

Denkbar wäre, ein solches Outsourcing durch Tarifvertrag zu verbieten oder von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig zu machen.<sup>32</sup> So könnte man etwa tariflich festschreiben, dass der Drittunternehmer nur dann einen Auftrag erhält, wenn er die im Tarif festgeschriebenen Bedingungen einhält oder sie jedenfalls nicht deutlich unterbietet. Auf diese Weise könnte eine Gleichstellung mit Leiharbeitnehmern erreicht werden. Überlegungen dieser Art haben sich jedoch in der Praxis bisher nicht durchsetzen können.<sup>33</sup>

## **VII. Konsequenzen für die Arbeitsbeziehungen im Betrieb**

Der hier gegebene Überblick macht deutlich, dass die Funktion des Betriebsrats „Schlagseite“ hat. Ein beträchtlicher Teil der Menschen, die auf einem Werksgelände oder in einem Bürogebäude für dieselbe Firma arbeiten, gehört nicht zu der vom Betriebsrat repräsentierten Belegschaft. Faktische und rechtliche Mechanismen sorgen dafür, dass sich das Vertretungsmandat des Betriebsrats nicht auf diese Gruppen erstreckt, sondern auf die Stammbesellschaft beschränkt bleibt. Die soziale Distanz zwischen den Betriebsräten und diesen Rand- und Fremdbesellschaften wird zudem dadurch vergrößert, dass sie im Krisenfall meist als erste ihren Platz räumen müssen. Dies ist für befristete Beschäftigte und Leiharbeitnehmer allgemein anerkannt, gilt jedoch häufig auch für Soloselbständige und Werkvertragsarbeitnehmer. Der Betriebsrat wird dies ohne Protest geschehen lassen. Obwohl sich die Betroffenen subjektiv nicht selten zur Belegschaft zählen, können sie keinen Kündigungsschutz geltend machen und keine soziale Auswahl verlangen. Auch vom

---

<sup>32</sup> Vorbild könnte BAG 11.9.1991 – 4 AZR 71/91 – NZA 1992, 321 sein, wonach es gegen die tarifliche Durchführungspflicht verstößt, einen bestimmten Bereich auszugliedern und ihn anderen Regeln zu unterstellen. Näher dazu Däubler-Ahrendt, § 1 TVG Rn. 1217 f.

<sup>33</sup> Weitere Überlegungen bei *Jacquemin/Klebe* AiB 11/2014, 34.

Sozialplan im Einsatzbetrieb sind sie ausgenommen.<sup>34</sup> Etwas besser sind allenfalls die geringfügig Beschäftigten gestellt.

Diese Situation führt dazu, dass ein beträchtlicher Teil der im Betrieb oder jedenfalls auf dem Betriebsgelände Arbeitenden von der Mitbestimmung über die sie betreffenden Entscheidungen ausgeschlossen sind. Damit wird nicht nur der Anspruch der Betriebsverfassung verfehlt.<sup>35</sup> Der Betriebsrat ist auch nicht mehr Sprecher der gesamten „Belegschaft“, was seine Fähigkeiten und Möglichkeiten beschränkt, wirksame Kompromisse mit dem Arbeitgeber einzugehen, die dann auch von allen Betroffenen akzeptiert werden. Die „Ausgeklammerten“ oder besser: „Ausgegrenzten“ können ein Drittel (oder mehr) der im Betrieb oder jedenfalls regelmäßig auf dem Betriebsgelände Arbeitenden ausmachen. Die nicht mehr erreichten Randgruppen haben sich bisher so gut wie nie über eigene Aktivitäten und eigene Formen der Interessenvertretung verständigt, doch muss dies nicht immer so bleiben. Gäbe es den einen oder anderen „Leiharbeiterstreik“, wäre die Axt an das System der deutschen Arbeitsbeziehungen gelegt. Das damit verbundene Risiko sollte nicht einfach aus der allgemeinen Problemwahrnehmung verdrängt werden.

## **VIII. Lösungsmöglichkeiten**

Die Arbeitsrechtswissenschaft steht dieser Entwicklung eher passiv gegenüber.<sup>36</sup> Da und dort versucht sie sich (etwa bei der Befristung) an kleineren Korrekturen – die Gesamtrichtung wird dadurch nicht beeinflusst. Das frühere wie das geltende Recht enthält jedoch zwei Regelungen, die Grundlage für weitergehende Überlegungen sein könnten.

### **1. Sondervertretung**

Das BetrVG 1952 sah in § 20 Abs. 1 die Wahl einer Sondervertretung für die nicht ständig beschäftigten Arbeitnehmer vor. Eine entsprechende Regelung enthielt § 18 Abs. 2 und 3 BRG 1920.

---

<sup>34</sup> Dies könnte man allenfalls für Leiharbeitnehmer in Frage stellen. Dazu DKKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 170; anders Schüren-Hamann, § 14 AÜG Rn. 451 ff.

<sup>35</sup> Dazu oben I.

<sup>36</sup> S. aber *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 111 ff., der jedoch – soweit ersichtlich – die hier behandelte Problematik nicht thematisiert.

Voraussetzung war nach § 20 Abs. 1 BetrVG 1952, dass die Zahl der Arbeitnehmer „vorübergehend“ auf mehr als das Doppelte, mindestens aber um zwanzig gestiegen war. Gedacht war dabei an Saisonbetriebe und Baustellen; man empfand es als ungerecht, wenn die neu Hinzugekommenen ohne Vertretung blieben.<sup>37</sup> Dabei musste es sich aber um eine vorübergehende Aufstockung handeln; wurden neue Arbeitnehmer für Daueraufgaben eingestellt, kam – ähnlich wie heute – nur eine Neuwahl in Betracht. Die nichtständig Beschäftigten konnten in geheimer Wahl einen Vertreter bestimmen; betrug ihre Zahl mehr als 50, konnten zwei, bei mehr als 100 drei Personen gewählt werden. Sie waren keine wirkliche Sondervertretung, sondern hatten nur die Funktion, den Betriebsrat in allen Fällen zu beraten, in denen die Belange der nicht ständig Beschäftigten wesentlich berührt waren.<sup>38</sup> Der Abschluss von Betriebsvereinbarungen für die nichtständig Beschäftigten war ihnen nicht möglich.<sup>39</sup>

Die praktische Bedeutung dieser Einrichtung scheint nicht sehr groß gewesen zu sein, was man aus dem Fehlen veröffentlichter Entscheidungen sowie daraus schließen kann, dass die Vertretung im Jahre 1972 ohne erkennbaren Protest abgeschafft wurde. Dennoch ist der Grundgedanke berechtigt, weil auch für ein oder zwei Jahre eingestellte Arbeitnehmer ihre spezifischen Interessen haben können. Dies gilt heute insbesondere für Befristete sowie für Leiharbeitnehmer, die es in Weimar und unter dem BetrVG 1952 noch nicht gab. Einen oder mehrere Sprecher zu haben, ist jedenfalls vorzugswürdig gegenüber dem Status quo, wo die spezifischen eigenen Interessen im Rahmen der Betriebsverfassung überhaupt nicht artikuliert werden können. Selbstredend wäre es besser, wenn die Sprecher eine ähnliche Rechtsstellung wie die Schwerbehindertenvertretung oder die JAV hätten; darüber wäre zu diskutieren. Auch ist nicht erkennbar, weshalb die Sonderregelung auf den Fall des mehr oder weniger überraschenden deutlichen Zuwachses beschränkt sein soll; Sonderinteressen haben vorübergehend Beschäftigte auch dann, wenn sie schon im Zeitpunkt der Betriebsratswahl tätig waren. An dieser Stelle bleibt jedenfalls festzuhalten, dass es ein wenig paradox erscheint, wenn zu Zeiten, als nichtständige Beschäftigung ein Randphänomen war, eine Art Sondervertretung bestand, während dies heute nicht mehr der Fall ist. Ob ein Tarifvertrag nach § 3 BetrVG Abhilfe schaffen könnte, erscheint eher zweifelhaft.

---

<sup>37</sup> So schon *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl. 1931, § 18 Anm. 8.

<sup>38</sup> *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 1970, § 20 Rn. 27. In der Weimarer Zeit war ihre Rechtsposition insoweit besser, als sie Mitglieder des Betriebsrats wurden und auch Stimmrecht hatten: *Flatow/Kahn-Freund*, § 18 Anm. 11.

<sup>39</sup> *Galperin/Siebert*, BetrVG, 4. Aufl. 1963, § 20 Rn. 15.

## 2. Vertretung in einer räumlichen Einheit

Die Regelung des § 20 Abs. 1 BetrVG 1952 beschränkte sich auf Arbeitnehmer.

Soloselbständige oder Werkvertragsbeschäftigte fanden keine Berücksichtigung. Dies lässt sich unschwer damit erklären, dass Anfang der 1950-er Jahre die Arbeitsteilung zwischen Unternehmen noch längst nicht den heutigen Stand erreicht hatte und dass auch der Einsatz von Soloselbständigen eine höchst ungewöhnliche Angelegenheit gewesen wäre. Dies könnte man in der Gegenwart ändern, hätte allerdings das Problem, dass es sich nicht notwendig um vorübergehend Beschäftigte handelt und dass auch die wirtschaftliche und soziale Position, etwa bei den Soloselbständigen, durchaus eine unterschiedliche sein kann. Es liegt daher nahe, auch nach anderen Möglichkeiten Ausschau zu halten.

Als erstaunlich mutig und innovativ erweist sich insoweit das Seearbeitsrecht: Das auf der „Maritime Labour Convention“ (MLC) beruhende Seearbeitsgesetz<sup>40</sup> behandelt alle auf einem Seeschiff tätigen Personen als „Einheit“, für die bestimmte inhaltliche Grundsätze gelten (§ 4 Abs. 2 SeeArbG).<sup>41</sup> Einbezogen sind auch Leih- und Werkvertragsarbeitnehmer, die trotz ihres „außen stehenden“ Vertragsarbeitgebers denselben seearbeitsrechtlichen Grundsätzen unterliegen. Soweit sie Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber haben, haftet der Reeder wie ein selbstschuldnerischer Bürge.<sup>42</sup> Nun ist ein Schiff eine sehr klar abgrenzbare räumliche Einheit, die so in anderen Lebensbereichen nicht existiert. Dennoch gibt es z. B. in Frankreich „conseils de site“, also Interessenvertretungen, die alle auf einem bestimmten Gelände Tätigen erfassen, auch wenn sie zu unterschiedlichen Unternehmen gehören.<sup>43</sup> Dies hat den Vorzug, an einer bestimmten Form realer Zusammenarbeit anzuknüpfen, die meist auch mit vergleichbaren Problemen konfrontiert ist. Bei einer solchen Herangehensweise fällt es nicht schwer, von der Unterschiedlichkeit der Beschäftigungsformen abzusehen und auch Soloselbständige und Werkvertragsarbeitnehmer einzubeziehen. Eine Abgrenzung des „Geländes“ durch Gesetz wäre schwierig und könnte zu vielen Reibungsverlusten führen. Deshalb wäre es sinnvoller, die Schaffung solcher Einheiten den Tarifparteien zu überlassen und § 3 BetrVG in diesem Punkt auszuweiten. Alles Nähere bedarf der Erörterung; hier soll nur eine Grundsatz-Anregung gegeben werden.

<sup>40</sup> vom 20. April 2013, BGBl I S. 868, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.3.2019 (BGBl I S. 346).

<sup>41</sup> Näher Bubenzer/Noltin/Peetz/Mallach – *Noltin*, Seearbeitsgesetz. Kommentar, 2015, § 4 Rn. 9 ff.

<sup>42</sup> Einzelheiten bei *Maul-Sartori*, Das neue Seearbeitsrecht – auch für Landratten von Interesse, NZA 2013, 821; *Zimmer*, Umsetzung des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation, EuZA, 2015, 297.

<sup>43</sup> S. *Pélissier/Supiot/Jemmaud*, Droit du travail, 23e édition 2006, Rn. 608 ff.; zur Rechtslage seit 2015 s. *Auzero/Baugard/Dockès*, Droit du travail, 31e édition 2018, Rn. 1111.

## **IX. Fazit**

Der Betriebsrat ist zum Repräsentanten der Stammebelegschaft geworden, der sich – was atypisch Beschäftigte betrifft - allenfalls um die spezifischen Probleme von Teilzeitkräften und geringfügig Beschäftigten kümmert. Für Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag und für Leiharbeiter hat er zwar Zuständigkeiten, doch kann er die Hauptprobleme dieser Gruppen – Bestandsschutz und bei den Leiharbeitern Bezahlung – nicht angehen. Dazu kommt, dass Befristete aus faktischen und Leiharbeiter auch aus rechtlichen Gründen nicht im Betriebsrat vertreten sind. Soloselbständige sind aus der Betriebsverfassung auch dann ausgeklammert, wenn sie arbeitnehmerähnliche Personen sind; bei Werkvertragsarbeitnehmern fehlen oft sogar die bescheidenen Schutzstandards der Leiharbeiter. Die vom Betriebsrat (faktisch) nicht Vertretenen haben sich bisher nicht zu gemeinsamem Handeln zusammen gefunden, doch kann sich dies in Zukunft ändern. Ansatzpunkte für eine Verbesserung des Status quo könnte eine Sondervertretung für die nicht ständig Beschäftigten sein, wie es sie bereits in § 20 Abs. 1 BetrVG 1952 gab. Auch bietet das Searbeitsrecht die bemerkenswerte Perspektive, alle in einer räumlichen Einheit Tätigen zu einer einheitliche Größe zusammen zu fassen. Warum sollte eine solche Konzeption nicht auch in anderen Lebensbereichen Anwendung finden können? Hundert Jahre Betriebsverfassung geben Anlass, verstärkt über notwendige Veränderungen nachzudenken.