

Betriebsrat

Wählen, aber nicht zählen – vermeidbare Rigiditäten im Betriebsverfassungsrecht*

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die BAG-Entscheidung

Der vom BAG zu beurteilende Sachverhalt war wie kaum ein anderer geeignet, mit einem Schlag eine Menge von Kontroversen zu erledigen. Es ging nicht nur um die Frage, ob die nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigten Leiharbeiter bei der Betriebsratsgröße mitzählen, die nach § 9 BetrVG für die Zahl der Betriebsratsmitglieder maßgebend ist. Vielmehr stand auch die Einbeziehung von Altersteilzeitern in der Freistellungsphase, von einzelnen Fremdfirmenmitarbeitern sowie von vier Auszubildenden zur Debatte, die für eine Einstellung vorgesehen waren, denen der Arbgeb. aber dann doch einen Absagebrief geschrieben hatte, weil er – so die Sicht des BR – verhindern wollte, dass auf diese Weise die 200-Personen-Grenze überschritten und ein neunköpfiger BR gewählt würde.

Die Arbeitgeberseite kann sich über die Antwort auf alle diese Fragen freuen. Zum Betrieb i. S. d. § 9 zähle nur, wer sowohl einen Arbeitsvertrag mit dem Inhaber besitze als auch in die Arbeitsabläufe eingegliedert sei. Beim Leiharbeiter fehle es an der ersten Voraussetzung, woran auch die Wahlberechtigung nach § 7 Satz 2 BetrVG nichts geändert habe. Bei den Altersteilzeitern ist zwar an der arbeitsvertraglichen Bindung nicht zu deuteln, doch seien sie aus der betrieblichen Organisation faktisch bereits ausgeschieden. Dass ArbN aus Drittfirmen nicht zur Belegschaft zählen, versteht sich bei dem gewählten Ausgangspunkt im Grunde von selbst. Schließlich sei es dem Arbgeb. unbenommen, auf Neueinstellungen auch deshalb zu verzichten, weil er die Überschreitung eines Grenzwerts vermeiden möchte; nur wenn es um ein Hinausschieben in die Zeit nach der Wahl gehe, könne das Umgehungsargument Bedeutung erlangen.

Die Entscheidung hat ein zwiespältiges Echo erfahren. Auf der einen Seite wurde der Zuwachs an Rechtssicherheit begrüßt¹, auf der anderen Seite wurde dem Beschluss „Kurzlebigkeit“ prognostiziert, da er die Umgestaltung der Leiharbeit ab 1. 1. 2004 noch nicht berücksichtigen konnte². Die Argumentation des Gerichts verdient hohe Aufmerksamkeit, da es um eine zentrale Frage des organisatorischen Teils der Betriebsverfassung geht.

II. Ausklammerung der Leiharbeiter trotz Wahlrecht

1. Der Ausgangspunkt des BAG

In Fortführung seiner st. Rspr. verlangt das BAG für die Zugehörigkeit zur Belegschaft und damit zum Betrieb i. S. d. § 9 BetrVG Arbeitsvertrag plus Eingliederung. Dies lässt sich zwar mit guten Gründen kritisieren³, doch wurde ersichtlich das Angebot zum Diskurs nicht aufgegriffen. Selbst wenn man sich aber die Position des BAG zu eigen macht, ist die Reduzierung des § 7 Satz 2 BetrVG auf das reine „Mitstimmen-Dürfen“ nicht ausreichend begründet. In der Sache geht es nämlich nicht um weitergehende Veränderungen der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung von Leihararbeitern, denen § 14 AÜG möglicherweise einen Riegel vorschiebt. Vielmehr interessieren die Konsequenzen, die sich aus der Zuerkennung des

aktiven Wahlrechts für die Handhabung anderer Bestimmungen des BetrVG ergeben. Insoweit werden mindestens zwei wichtige Gesichtspunkte nicht zur Kenntnis genommen, die in der bisherigen Diskussion eine Rolle gespielt haben.

2. Unberücksichtigte Argumente

Zum einen ist die Entstehungsgeschichte des Gesetzes lückenhaft wiedergegeben. Im Bericht des Arbeits- und Sozialausschusses an das Plenum des BT⁴ wird zustimmend referiert, der Vertreter der BReg habe auf Befragen ausgeführt, der Personenkreis des § 7 Satz 2 habe das aktive Wahlrecht und sei „folglich“ bei den Arbeitnehmergrenzzahlen z. B. im Rahmen der §§ 9 und 38 zu berücksichtigen. Dass sich der Ausschuss diese Position zu eigen gemacht hat, ist den Umständen nach offensichtlich; andernfalls hätte man eine andere Sicht der Abgeordneten vermerkt oder – was näher gelegen hätte – auf eine Wiedergabe im Bericht verzichtet⁵. Stattdessen bemüht das BAG ausschließlich die (in der Tat widersprüchlichen) Aussagen aus der Begründung des Regierungsentwurfs, die sich auf die Zugehörigkeit der Leiharbeiter zur Belegschaft bezogen⁶. Darauf kommt es jedoch überhaupt nicht an.

Zum zweiten wird im Ausgangspunkt zutreffend betont, nach § 9 BetrVG müsse die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen ArbN stehen; damit werde die Größe des BR an den Arbeitsaufwand angepasst, der sich aus der Anzahl der repräsentierten ArbN ergebe⁷. Im Vergleich zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern sei der Arbeitsaufwand für Leiharbeiter aber „regelmäßig geringer“. Die Erhöhung der Anzahl der Betriebsratsmitglieder, die das Gesetz von 2001 gebracht habe, hänge nicht mit der Betreuung von Leihararbeitern zusammen.

Das Gericht nennt keine Quellen, aus denen sich ergeben könnte, weshalb Leiharbeiter weniger Arbeitsaufwand verursachen. Da sie nach § 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG die Sprechstunden des BR aufsuchen und an Betriebsversammlungen teilnehmen können und da sie überdies die Individualrechte nach den §§ 81 ff. BetrVG einschließlich des Beschwerderechts besitzen, bietet jedenfalls der rechtliche Rahmen keine ausreichende Basis für die getroffene tatsächliche Annahme. In der Realität mag es zwar bei sehr kurzfristigem Einsatz eine geringe Neigung geben, sich solcher Möglichkeiten zu bedienen, doch wird dies bei längerer Verweildauer ganz

* Zugleich Anm. zu BAG v. 16. 4. 2003 – 7 ABR 53/02, AuR 2004, 109, in diesem Heft.

1 Nicolai, DB 2003, 2599.

2 Brors, NZA 2003, 1380.

3 Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 5 Rn. 16 ff.

4 BT-Drs. 14/6352, S. 54.

5 Anders Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl. 2002, § 7 Rn. 7.

6 Unter II 2 b cc der Gründe.

7 II 2 a dd der Gründe, auch zum Folgenden.

anders sein. Hinzu kommt, dass der nicht auf eigener Entscheidung beruhende Beginn der Arbeit in einer fremden Umgebung häufig zu Friktionen führt, die sehr viel mehr Problemdruck schaffen als beim Arbeitsbeginn eines Stammbeschäftigten. Im Einzelfall kann deshalb ein Leiharbeiter für den BR sogar erheblich mehr Arbeitsaufwand als eine beliebige andere Neueinstellung bringen – die Annahme des BAG erscheint von den Realitäten her wenig plausibel. Gerade vom Sinn des § 9 BetrVG ausgehend müsste man daher die Leiharbeiter mitberücksichtigen. Auch wenn man den Grundsatz „je größer der Betrieb, um so größer der BR“ zusätzlich damit rechtfertigt, dass größere Betriebe typischerweise belastbarer seien, so ergibt sich kein anderes Ergebnis: „Größer“ ist ein Betrieb oder Unternehmen auch dann, wenn die Betriebszwecke nicht ausschließlich mit eigenen, sondern zum Teil auch mit fremden Beschäftigten verfolgt werden.

3. Der unvollständig verarbeitete Diskussionsstand

Die Entstehungsgeschichte des § 7 Satz 2 wie der Zweck des § 9 BetrVG sind von zahlreichen Autoren herangezogen worden, die in der Entscheidung des BAG keine Erwähnung gefunden haben. Für eine Berücksichtigung der wahlberechtigten Leiharbeiter im Rahmen des § 9 BetrVG haben sich – in alphabetischer Reihenfolge – etwa ausgesprochen *Boemke*⁸, *Brors*⁹, *Erk-Eisemann*¹⁰, *Etzel*¹¹, *Hamann*¹², *Koch*¹³, *Reichold*¹⁴, *Wolfgang Schneider*¹⁵ und *Ulber*¹⁶. Durch die recht vollständige Auflistung der das BAG stützenden Autoren¹⁷ wird der unzutreffende Eindruck einer „herrschenden Meinung“ in der Lit. erweckt. Dies verschafft der Entscheidung eine nicht gerechtfertigte Legitimität; „Mindermeinungen“ sind allemal weniger gewichtig und deshalb nicht so ganz ernst zu nehmen¹⁸. Auch die Berufung des BAG auf *Hanau* ist keineswegs über jeden Zweifel erhaben, da dieser an der angegebenen Stelle zwar die Einbeziehung der Leiharbeiter in die Betriebsverfassung im Grundsatz kritisiert, dabei jedoch schreibt: „Da die Schwellenwerte des Gesetzes durchweg auf die wahlberechtigten ArbN abstellen, wird sich wohl die Auffassung durchsetzen, dass die länger als drei Monate tätigen Leiharbeiter anzurechnen sind“¹⁹. Auch die eher uneinheitliche Rspr. der Instanzgerichte wird nicht in Bezug genommen²⁰.

4. Zur Neuregelung der Leiharbeit

Angesichts dieser asymmetrischen Wahrnehmung des Diskussionsstandes sollte das BAG die nächste Gelegenheit nutzen, um seine Auffassung noch einmal zu überdenken. Anlass dazu besteht auch deshalb, weil das AÜG mit Wirkung v. 1. 1. 2004 grundlegend umgestaltet wurde. Die Entfristung des Einsatzes im einzelnen Betrieb und der nach dem gesetzlichen Modell bestehende Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Stamm- und Leiharbeitnehmern bei allen wesentlichen Arbeitsbedingungen²¹ machen es immer weniger einsichtig, Leiharbeiter wie eine Art „Zugabe“ zu behandeln, die der BR so nebenbei mitbetreut. Wenn es möglich und durchaus rentabel ist, ganze betriebliche Funktionsbereiche in Leiharbeit zu vergeben²², so stellt sich eher das Problem, ob sich die Ausklammerung aus dem passiven Wahlrecht auf Dauer noch halten lässt. Entsprechende Bedenken werden bereits heute laut, da es unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht unbedingt einsichtig ist, dass zwar ein befristet Beschäftigter mitwählt und die Zahl der regelmäßig befristet Tätigen auch bei der Betriebsgröße berücksichtigt wird, dass dieses aber bei Leiharbeitnehmern nicht der Fall sein soll²³. Wo liegt die Legitimation dafür, einen fünf Jahre im Betrieb tätigen Leiharbeiter von der Wahl in den BR auszuschließen, obwohl sich seine Arbeit nicht anders vollzieht als die der Stammbeschäftigten? Der überkommene Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG mit seinen

engen Voraussetzungen stößt hier an seine Grenzen und behindert die sachgerechte Organisation der betrieblichen Interessenvertretung und damit die Zweckerreichung des BetrVG.

III. Altersteilzeiter in der Freistellungsphase

Bezüglich des Wahlrechts dieser Gruppe kann sich das BAG anders als bei der Leiharbeit auf eine relativ solide Mehrheit in der wissenschaftlichen Diskussion stützen. Gleichwohl sollte auch die Rechtsstellung dieses Personenkreises Anlass sein, über den Arbeitnehmerbegriff nach § 5 BetrVG nachzudenken. Das BAG betont selbst, der Altersteilzeiter sei zwar nicht mehr in die Betriebsorganisation eingegliedert, doch sei die Bindung zum Betrieb „nicht vollständig aufgehoben“²⁴. Im Ausnahmefall kann allerdings auch dies anders sein, wenn etwa nach § 5 Abs. 4 ATZG in geringfügigem Umfang Überstunden geleistet werden. Aber auch im Normalfall kann die Tätigkeit des BR für den Altersteilzeiter von erheblicher Bedeutung sein, wenn es z. B. um Entlohnungsfragen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG geht, wenn der Altersteilzeiter (etwa wegen schwerer Pflichtverletzung) gekündigt werden soll oder wenn er sich im Rahmen einer Beschwerde über die Berechnung seines Arbeitsentgelts oder die Formulierung seines Zeugnisses an den BR wendet. Diesen mitzuwählen hat er genauso viel Anlass wie ein befristet Beschäftigter, dessen Wahlrecht völlig unbestritten ist und der ggf. schon sehr viel früher aus dem Betrieb ausscheiden wird.

Soll die Stelle des Altersteilzeiters nicht neu besetzt werden, reduziert sich ggf. die Zahl der „in der Regel“ im Betrieb Beschäftigten. Dies ist im Rahmen der Grenzwerte nach § 9 BetrVG zu beachten, so dass die Zuerkennung des Wahlrechts gerade hier nicht automatisch zu einer Erhöhung der Betriebsgröße führen wird.

IV. Arbeitnehmer aus Drittunternehmen

Lässt man die Einbeziehung in die Belegschaft nicht schon am fehlenden Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber scheitern, so stellt sich

8 Kommentar zum AÜG, 2002, § 14 Rn. 57.

9 In: Düwell (Hrsg.), Handkommentar zum BetrVG, 2002, § 9 Rn. 3.

10 4. Aufl. 2004, § 9 Rn. 2.

11 Betriebsverfassungsrecht, 8. Aufl. 2002, Rn. 85.

12 In: Schüren, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 109.

13 In: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Aufl. 2002, § 217 Rn. 24a.

14 NZA 2001, 857, 861.

15 In: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Fn. 3, § 7 Rn. 8.

16 Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2002, § 14 AÜG Rn. 49a.

17 Es fehlt soweit ersichtlich nur ein Hinweis auf *Löwisch/Kaiser* a. a. O. sowie auf die nicht näher begründeten Positionen bei *von Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2002, S. 150 und bei *Weber/Ehrlich/Hörchens/Oberthür*, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, 2. Aufl., Teil B Rn. 32.

18 S. die lesenswerte Glosse von *Horn*, JZ 1983, 719: Schon die Terminologie ist verräterisch; die sprachlich korrektere „Minderheitsmeinung“ würde die Assoziation mit Minderheitenschutz auslösen ...

19 NJW 2001, 2515.

20 S. etwa ArbG Frankfurt/M., AuR 2003, 190.

21 Dazu *Däubler*, KJ 2003, 17 ff.; *Lembke*, BB 2003, 98 ff.; *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521.

22 *Brors*, NZA 2003, 1381.

23 Einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bejaht deshalb *Hamann*, Fn. 12, § 14 Rn. 59; in ähnlichem Sinne *Ulber*, Fn. 16, § 14 Rn. 47b; *Ratayczak*, AiB 1997, 600; *DKK-Trümmer* § 5 Rn. 78a; anders (ohne Problematisierung) *Fitting* u. a., 21. Aufl. 2002, § 8 Rn. 29; *Maschmann*, DB 2001, 2446, 2447. Rechtspolitische Bedenken auch bei *Boemke*, § 14 Rn. 64.

24 Unter II 2 b der Gründe.

das Problem, inwieweit andere als Leiharbeiternehmer „überlassen“ i. S. d. § 7 Satz 2 BetrVG sein können. Auch ohne dass verdeckte Leiharbeit vorliegt, die zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Nr. 1 AÜG führt, sind Fälle denkbar, in denen das Direktionsrecht weitestgehend beim Inhaber des Einsatzbetriebes liegt²⁵, doch hatte das BAG von seinem Ausgangspunkt her keine Veranlassung, sich näher mit diesen Fällen zu befassen.

V. Die unterbliebenen Einstellungen

Dem Arbgeb. ist es unbenommen, ob er seinen Betrieb erweitern will oder nicht. Hält er sich bewusst zurück, wird er dafür im Regelfall (zumindest auch) wirtschaftliche Gründe haben, so dass sich keine spezifisch betriebsverfassungsrechtlichen Fragen stellen.

Die Situation ist möglicherweise eine andere, wenn der Betriebsinhaber ausdrücklich auf an sich geplante Einstellungen verzichtet und die vorgesehenen Tätigkeiten durch Drittfirmer erledigen oder entfallen lässt, um so erklärtermaßen die Wahl eines (größeren) BR zu verhindern. Das BAG hat im Grundsatz zwar ein solches Verhalten gebilligt (weshalb eine nähere Aufklärung der Vorgänge durch die Vorinstanz überflüssig war), doch erscheint dies alles andere als selbstverständlich. Der Kooperationsmaxime des § 2 Abs. 1 BetrVG entspricht es, dass sich der Arbgeb. auch dann von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen kann, wenn dies für den BR und die von ihm vertretene Belegschaft unangenehm oder nachteilig ist. Ausgeschlossen, da nicht mit der „vertrauensvollen Zusammenarbeit“ vereinbar ist es jedoch, eine Handlung ausschließlich oder vorwie-

gend zu dem Zweck vorzunehmen, die Entfaltungsmöglichkeiten des BR zu beschränken. So muss man sich im konkreten Fall vor Augen führen, welche Wirkung die fragliche Entscheidung des Arbgeb. in der Betriebsöffentlichkeit hat: Der BR und das BetrVG erscheinen als „Schuldige“, dass vier Auszubildende nicht eingestellt werden. Dies ist eine ähnliche „Rufschädigung“ wie die separate Bekanntmachung der Betriebsratskosten, die nach der Rspr. als unzulässige Behinderung zu qualifizieren ist²⁶. Ähnliches gilt für den Fall, dass Sozialleistungen mit dem Argument gekürzt werden, angesichts des „teuren BR“ müsse man an anderer Stelle sparen²⁷. Existenz und Größe des BR dürfen nicht zum Anlass für nachteilige Maßnahmen genommen werden.

VI. Einschätzung

Eine Schwalbe macht noch keinen Sommer und – so könnte man fortfahren – eine Krähe macht noch keinen Winter. Würden künftige BAG-Entscheidungen zur Betriebsverfassung in gleichem Sinne erfolgen, müssten sich die Betriebsräte allerdings sehr warm anziehen. Die Koordinaten wären andere als bisher. Doch für eine Dramatisierung ist es (hoffentlich) zu früh. Bislang bestand jedenfalls kein Anlass, die Rspr. des 7. Senats als „einseitig arbeitgeberlastig“ zu qualifizieren.

[Zusammenfassung/Summary auf S. 120]

25 Dazu Däubler, AiB 2001, 685.

26 BAG, DB 1996, 431, und BAG, DB 1997, 2440.

27 S. den Fall des ArbG Rosenheim, AiB 1989, 83.

Vorstand

Die Belohnung von Vorstandsmitgliedern auf Veranlassung des Aufsichtsrats

Rechtsanwalt Oliver Lange, LL.M. (M&A), Berlin

Derzeit wird beim LG Düsseldorf ein Strafverfahren gegen verschiedene Aufsichtsratsmitglieder durchgeführt, in dem es vor allem um den Vorwurf der Beteiligung an einer Untreue (§ 266 StGB) geht. Der Vorwurf basiert u. a. darauf, dass die Angeklagten als Mitglieder eines für Vorstandsangelegenheiten zuständigen Aufsichtsratsausschusses beschlossen haben sollen, einzelnen Vorstandsmitgliedern erhebliche Geldbeträge aus dem Gesellschaftsvermögen als Belohnung für der Gesellschaft und den Aktionären geleistete Dienste zuzuwenden. Ob dieser Sachverhalt überhaupt eine Pflichtverletzung enthält – die Voraussetzung für eine Bestrafung wegen Untreue ist – wird kontrovers diskutiert. Dies liegt vor allem daran, dass die Rechtsprechung einen derartigen Fall erstmals entscheidet und das juristische Schrifttum die Fragestellung in der Vergangenheit weitgehend außer Acht gelassen hat. Die Abhandlung erörtert den Sachverhalt unter aktienrechtlichen Gesichtspunkten, wobei vor allem aufgezeigt wird, welche Schlussfolgerungen aus § 87 Abs. 1 S. 1 AktG zu ziehen sind, wonach der Aufsichtsrat (nachfolgend AR) die Gesamtbezüge jedes einzelnen Vorstandsmitglieds so festzusetzen hat, dass sie in einem angemessenen Verhältnis zu dessen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen.

I. Einleitung

Außenstehende kennen die Akten des Düsseldorfer Prozesses gegen AR-Mitglieder¹ des früheren Mannesmann-Konzerns nicht. Welche Rechtsfragen wirklich relevant sind, kann daher nicht zuverlässig beurteilt werden². Fest steht, dass es u. a. um Beteiligung an schwe-

1 Namentlich die Herren Dr. Josef Ackermann, Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Funk, Jürgen Ladberg und Klaus Zwickel; weiterhin ist der frühere Vorstandsvorsitzende der Mannesmann AG, Dr. Klaus Esser, angeklagt (vgl. statt aller: Hüffer, BB 2003, Beilage 7, S. 2).

2 Offensichtlich irrelevant ist allerdings die Frage, ob Esser und Ackermann die Aktionäre geschädigt haben, worüber sich Wenger und Gerke in der Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung (FAS) v. 28. 9. 2003 auseinandersetzen. Denn gegenüber den Aktionären haben Vorstands- und AR-Mitglieder keine Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB, sondern nur gegenüber der Gesellschaft. Dies bedeutet zum einen, dass selbst ein Schaden der Aktionäre – wie ihn Wenger annimmt – für sich betrachtet keine Untreuestrafbarkeit auslösen könnte, solange nicht zumindest auch die Gesellschaft geschädigt ist. Zum anderen würde aber auch ein Nutzen der Aktionäre – wie ihn Gerke sieht – die Untreuestrafbarkeit nicht ohne weiteres verhindern, wenn die Gesellschaft einen Vermögensschaden erlitten hat (ebenso Binz, BB 2003, 1).