

Die veränderte Betriebsverfassung

- Erste Anwendungsprobleme -

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat entschieden. Das „Gesetz zur Reform des BetrVG“ ist am 28. 7. 2001 in Kraft getreten¹. Sein Art. 1 ändert das BetrVG 1972 in zahlreichen Punkten, die in insg. 84 Ziffern zusammengefasst sind. Die weiteren Artikel enthalten Folgeänderungen (z. B. im AÜG und im UmwG), ergänzen den § 15 KSchG durch eine Schutzvorschrift zu Gunsten der Initiatoren von Betriebsratswahlen in betriebsratslosen Betrieben (Art. 7) und schaffen das Gruppenprinzip auch für die Wahlen zum Aufsichtsrat nach den Mitbestimmungsgesetzen ab². Art. 14 bestimmt in seinem Satz 1, dass das Gesetz am Tage nach seiner Verkündung in Kraft tritt. Satz 2 derselben Vorschrift nimmt Art. 1 Nr. 8 (erhöhte Zahl von Betriebsratsmitgliedern), Art. 1 Nr. 13 (Mindestvertretung des in der Minderheit befindlichen Geschlechts) sowie Art. 1 Nr. 35 Buchst. a aus, der die Vertretung im GBR betrifft. Die bestehenden BR bleiben also in der bisherigen Zusammensetzung bis zu den nächsten Wahlen im Amt, und dasselbe gilt für die Vertretung im GBR – im Übrigen ist das Gesetz jedoch mit all seinen Regelungen sofort wirksam.

Im Folgenden sollen die wesentlichen Veränderungen gegenüber dem Status quo vorgestellt und auf einige Anwendungsprobleme hin untersucht werden.

II. Arbeitsbedingungen der Betriebsräte

Um ihre immer anspruchsvoller werdenden Aufgaben zu erfüllen, benötigen BR Zeit, Ressourcen und in vielen Fällen einen Rückgriff auf fremde Sachkunde. In allen 3 Bereichen hat die Reform einige Verbesserungen gebracht.

1. Mitgliederzahl und verfügbare Zeit

Der neu gefasste § 9 BetrVG schafft günstigere Relationen zwischen Belegschaftsgröße und Zahl der Betriebsratsmitglieder. Hat der Betrieb 130 ArbN, werden 7 (statt bisher 5), hat er 800 ArbN, werden 13 (statt bisher 11) Personen gewählt. Die Arbeit kann also auf mehr Schultern verteilt werden.

Geändert wurde weiter die Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1. In Betrieben mit 200–500 ArbN ist nunmehr 1 Betriebsratsmitglied, in Betrieben mit 501–900 ArbN werden 2 Betriebsratsmitglieder freigestellt. Ist nur eine Person freizustellen, wird sie mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt. Geht es um mehrere Freistellungen und wird nur ein Wahlvorschlag gemacht, findet Mehrheitswahl statt. Bei konkurrierenden Listen gilt im Interesse des Minderheitenschutzes wie bisher das Verhältniswahlrecht; die mit dem Gruppenprinzip verbundenen Komplikationen sind jedoch weggefallen.

Von teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern wird kein Freizeitopfer mehr verlangt. Ein Anspruch auf Freizeitausgleich besteht nach dem neu gefassten § 37 Abs. 3 auch dann, wenn die Betriebsratsstätigkeit „wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann“. Wird die Arbeitsbefreiung aus betriebsbedingten Gründen nicht innerhalb eines Monats gewährt, kann der ArbN stattdessen eine Abgeltung verlangen. Allerdings ist zu beachten,

dass das BAG³ diese Rechtsfolge nur dann eintreten lässt, wenn der ArbN nicht nur die Betriebsratsstätigkeit anzeigte, sondern auch den Freizeitausgleich verlangte und dieser aus betrieblichen Gründen verweigert wurde. Überstundenzuschläge dürften bei Teilzeitkräften freilich nur dann anfallen, wenn die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten ArbN überschritten wurde⁴, da andernfalls eine Begünstigung gegenüber sonstigen Teilzeitkräften eintreten würde⁵. Die Vergütung ist auch für den Fall geschuldet, dass die Betriebsratsstätigkeit länger als die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit (von bspw. 10 Stunden) dauert⁶.

Erleichtert wird die Bildung von Ausschüssen, die nach dem neu gefassten § 28 Abs. 1 BetrVG nunmehr bereits ab einer Belegschaftsgröße von 101 möglich ist. Die Pflicht zur Errichtung eines Betriebsausschusses besteht weiter ab 9 Betriebsratsmitgliedern, doch wird diese Zahl schon bei einer Belegschaftsstärke von 201 erreicht. Besteht ein Betriebsausschuss, können auch den übrigen Ausschüssen Aufgaben zur selbstständigen Erledigung übertragen werden.

2. Informations- und Kommunikationstechnik

Zum normalen Geschäftsbedarf des BR nach § 40 Abs. 2 BetrVG gehört nunmehr ausdrücklich auch „Informations- und Kommunikationstechnik“. Fälle, in denen ein Hightech-Unternehmen dem BR eine elektrische Schreibmaschine zur Verfügung stellte, da dies für seine Bedürfnisse ausreichte⁷, gehören nunmehr der Vergangenheit an. Der BR hat nicht nur Anspruch auf einen PC, sondern auch auf Zugang zur E-Mail und zum Intranet⁸. Maßstab ist das im Betrieb Übliche⁹. In Zweifelsfällen ist danach zu fragen, was der BR für erforderlich halten darf. Auch die Erstellung einer Homepage im Intranet muss ihm möglich sein¹⁰. Schließlich besteht ein Anspruch auf einen Internet-Anschluss¹¹.

3. Rückgriff auf fremde Sachkunde

Der Gesetzgeber hat sich mit Rücksicht auf die Interessen insbes. der mittelständischen Wirtschaft nicht entschließen können, § 80 Abs. 3 BetrVG zu ändern und im Rahmen des Erforderlichen dem BR auch ohne vorherige Zustimmung des Arbgeb. ein Recht auf ei-

1 BGBl I, 1852.

2 Die Sonderstellung der leitenden Angestellten nach dem MitbG 1976 bleibt jedoch erhalten.

3 BAG, DB 2000, 883 = AuR 2000, 197.

4 Hanau, RdA 2001, 71.

5 Die Verweigerung von Überstundenzuschlägen an Teilzeitkräfte, die ihre individuelle Arbeitszeit überschreiten, stellt nach der Rspr. des EuGH (DB 1995, 49 = AiB 1995, 200) und nach der Rspr. des BAG (DB 1996, 684) auch keine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts dar.

6 Wedde, in: Däubler/Kittner/Klebe (DKK), BetrVG, 7. Aufl. 2000, § 37 Rn. 71.

7 So der Fall BAG, NZA 1999, 953 = AuR 1998, 166 u. 420.

8 Engels/Trebinge/Löhr-Steinhaus DB 2001, 538.

9 So auch Hanau, RdA 2001, 71; Konzen, RdA 2001, 84.

10 Ebenso zum bisherigen Recht ArbG Paderborn, DB 1998, 679 = AuR 1998, 342 m. Anm. Dübbers.

11 Überblick über den Diskussionsstand zu den einschlägigen Fragen bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 2001, Rn. 487 ff.; einschränkend Beck-schulze/Henkel DB 2001, 1491, 1499; zur gewerkschaftlichen Werbung per E-Mail und im Intranet s. Klebe/Wedde, AuR 2000, 401 ff.

nen Sachverständigen zu gewähren. Den Bedürfnissen der Arbeitnehmervertretungen wurde nur in 2 Punkten Rechnung getragen.

Nach § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG hat der Arbgeb. dem BR sachkundige ArbN des Betriebes als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Dabei hat er die auf bestimmte Personen bezogenen Vorschläge des BR zu berücksichtigen, soweit betriebliche Notwendigkeiten nicht entgegenstehen. Nach der amtlichen Begründung¹² kann von dieser Möglichkeit sowohl im Einzelfall als auch über einen längeren Zeitraum hinweg Gebrauch gemacht werden, wenn der BR zu wichtigen und komplexen Themen wie Qualifizierung, Beschäftigungssicherung oder Gesundheitsschutz eigene fundierte Vorschläge erarbeiten will; in diesem Fall darf er mit den sachkundigen ArbN einen Arbeitskreis bilden. Dies kann insbes. dann von Nutzen sein, wenn ein Thema nicht kontrovers diskutiert wird; als Beispiel mag die durch Entgeltumwandlung geschaffene zusätzliche Altersversorgung stehen. Kommt es dagegen im Betrieb zu Auseinandersetzungen oder zu einer Polarisierung der Positionen, gerät der Berater automatisch in einen Loyalitätskonflikt, der seine weitere Tätigkeit als wenig sinnvoll erscheinen lässt¹³.

Plant der Arbgeb. eine Betriebsänderung und beschäftigt das Unternehmen mehr als 300 ArbN, so kann der BR nach dem neuen § 111 Satz 2 BetrVG zu seiner Unterstützung ohne vorherige Zustimmung des Arbgeb. einen Berater hinzuziehen. Nach der amtlichen Begründung des RegE¹⁴ soll er dadurch in die Lage versetzt werden, trotz der oft „hoch komplizierten Fragestellungen“ seine Beteiligungsrechte wirksam auszuüben und relativ kurzfristig auf die Planungen des Arbgeb. zu reagieren. Der Gesetzgeber unterstellt die Erforderlichkeit der Hinzuziehung; lediglich beim Umfang des Beraterersatzes kommt es darauf an, was der BR vernünftigerweise für erforderlich halten dürfte¹⁵.

Der BR entscheidet selbst, wen er auswählen will. Eine Formalqualifikation („Rechtsanwalt“, „Wirtschaftsprüfer“) wird im Einzelfall wünschenswert sein, ist im Gesetz aber nicht vorausgesetzt. In der Praxis werden durch eine geplante Betriebsänderung häufig unterschiedliche Fachgebiete angesprochen, die eine Person gar nicht abdecken kann. Mit Recht hat deshalb Bauer¹⁶ darauf hingewiesen, der Zweck des § 111 Satz 2 spreche über den Wortlaut hinaus für die Einschaltung mehrerer Personen. Um den tatsächlichen Beratungsbedarf abzudecken, bietet es sich einmal an, ein Beratungsbüro zu beauftragen, das über Mitarbeiter mit unterschiedlichem fachlichen Schwerpunkt verfügt. In Betracht kommt weiter, zwar nur mit einer Person einen Vertrag zu schließen, dieser aber das Recht einzuräumen, sich ihrerseits der Hilfe Dritter zu bedienen: Der Fachanwalt für Arbeitsrecht schaltet bspw. einen Steuerberater und/oder einen Rentenspezialisten ein.

Die Kosten gehen zu Lasten des Arbgeb.¹⁷ Die Höhe der Vergütung ist zwischen BR und Berater festzulegen. Fehlt es an einer entspr. Abrede, ist ein marktübliches Honorar nach § 612 BGB geschuldet. Lässt sich dieses nicht ermitteln, kann der Berater entspr. §§ 316, 315 Abs. 1 BGB die Höhe nach billigem Ermessen selbst festsetzen. Formal richtet sich der Anspruch gegen den BR, doch kann dieser vom Arbgeb. Freistellung verlangen. Diesen Freistellungsanspruch kann er an den Berater abtreten, der dann seine Ansprüche direkt gegen den Arbgeb. geltend machen kann.

III. Die veränderte personelle Basis

1. Abschaffung des Gruppenprinzips

Nach neuem Recht ist die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten in der Betriebsverfassung beseitigt. Es gibt keine Gruppen-

wahl und keine Mindestrepräsentanz von Arbeitern oder Angestellten mehr im BR. Der Gesetzgeber hat damit den in anderen Gebieten längst Realität gewordenen Vereinheitlichungsprozess nachvollzogen¹⁸.

2. Wahlrecht für „überlassene Arbeitnehmer“

Nach § 7 Satz 2 n. F. sind ArbN eines anderen Arbgeb., die „zur Arbeitsleistung überlassen“ wurden, aktiv wahlberechtigt, wenn sie länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden. Gemeint sind damit insbes. Leiharbeiter, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Verleiher gewerbsmäßig handelt oder nicht¹⁹. Auch echte Leiharbeit sowie der Einsatz in einem anderen Konzernunternehmen ist erfasst²⁰. Da es entscheidend darauf ankommt, dass die betreffende Person dem Weisungsrecht des Arbgeb. unterliegt²¹, sind alle Personen einbezogen, die voll in die betrieblichen Arbeitsabläufe integriert sind. Dies kann ausnahmsweise auch dann der Fall sein, wenn sie im Auftrage ihres Vertragsarbeitgebers zur Abwicklung von Werkverträgen auf dem Betriebsgelände tätig werden²². Die Einsatzzeit von mehr als 3 Monaten darf am Wahltag noch nicht abgelaufen sein. Unschädlich ist es jedoch, wenn der Wahlzeitpunkt in die Anfangsphase der Tätigkeit des überlassenen ArbN fällt²³.

Die amtliche Begründung spricht davon, § 7 Satz 2 würde die „Betriebszugehörigkeit“ dieser ArbN zum Einsatzbetrieb anerkennen. Dies bedeutet, dass sie bei der Bestimmung von Grenzwerten, z. B. im Rahmen des § 9, mitzuzählen sind²⁴. Nicht einbezogen wurden die arbeitnehmerähnlichen Personen; die in der Lit. geäußerte Kritik²⁵ wurde nicht aufgegriffen, weil man – völlig zu Unrecht – eine Neuaufgabe der Diskussion um die Scheinselbstständigkeit erwartete. So bleibt lediglich die Möglichkeit, durch einen auf § 12a TVG gestützten TV für diese Beschäftigtengruppe eine Sondervertretung zu errichten²⁶. Ob die Neufassung des § 3 Abs. 1 BetrVG²⁷ eine Zusammenführung zu einem einheitlichen Gremium ermöglicht, wird zu untersuchen sein. Zulässig ist jedenfalls eine „Arbeitsgruppe“ oder ein „Koordinationsgremium“, da ja § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG n. F. derartiges sogar zwischen betrieblichen Interessenvertretungen unterschiedlicher Unternehmen zulässt.

3. Azubis in überbetrieblichen Ausbildungsstätten

Nach der Rspr. des BAG haben Auszubildende in reinen Ausbildungseinrichtungen, die die betriebliche Arbeit lediglich „simulie-

12 BT-Drucks. 14/5741, S. 47.

13 Auf den potenziellen Loyalitätskonflikt verweist auch Hanau, RdA 2001, 72.

14 BT-Drucks. 14/5741 S. 51 f.

15 So der im Rahmen des § 37 Abs. 2 und des § 40 angewandte Maßstab. S. BAG AP Nr. 40 zu § 37 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 18 zu § 40 BetrVG 1972.

16 NZA 2001, 376.

17 Ebenso Bauer, NZA 2001, 376 mit Fn. 17; Hanau, RdA 2001, 72.

18 Näher Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl. 1998, Rn. 1639 ff.

19 Konzen, RdA 2001, 83.

20 Zu Letzterem ebenso Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 536.

21 Schaub, NZA 2001, 366; ebenso Engels u. a. DB 2001, 536.

22 Einschränkung insoweit Hanau, RdA 2001, 68.

23 So auch die amtliche Begründung des RegE, BT-Drucks. 14/5741.

24 Anders Konzen, RdA 2001, 83.

25 Hanau, RdA 2001, 68: Der Gesetzentwurf bleibt insoweit im 19. Jahrhundert stehen; Däubler, AuR 2001, 4.

26 Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 319; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 608; Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl. 1997, § 12a Rn. 24; Wiedemann/Wank, TVG, 6. Aufl. 1999, § 12a Rn. 88; a. A. Löwisch-Rieble, TVG, 1992, § 12a Rn. 20.

27 Dazu unten IV 4.

ren“, auch dann kein Wahlrecht zum BR, wenn sie das 18. Lebensjahr vollendet haben²⁸. Daran hat das Gesetz nichts geändert, doch hat der BT auf Grund einer Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung eine Resolution verabschiedet, wonach bei einer Neufassung des BBiG für diesen Personenkreis eine spezielle JAV vorgesehen wird, die auch mit dem von den Ausbildern und den Verwaltungskräften gewählten BR kooperiert.

4. Die so genannte Geschlechterquote

Die ursprünglich vorgesehene starre Geschlechterquote (jedes Geschlecht musste entspr. seinem zahlenmäßigen Anteil an der Belegschaft im BR vertreten sein) wurde glücklicherweise in den Ausschussberatungen nicht übernommen. Vielmehr einigte man sich auf einen Minderheitenschutz: Nach dem neuen § 15 Abs. 2 BetrVG muss das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entspr. seinem zahlenmäßigen Anteil im BR vertreten sein, sofern dieser aus 3 oder mehr Mitgliedern besteht. Auch eine Minderheit, die ihrer geringen Größe wegen gar nicht zum Zuge gekommen wäre, kann daher Betriebsratssitze erwerben²⁹. Weiter müssen besonders engagierte Vertreter einer Minderheit, die von der Mehrheit gewählt wurden, nicht auf ihr Amt verzichten³⁰.

Wer im Einzelnen zur „Belegschaft“ rechnet, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Vom Zweck der Regelung her dürfte es um alle die Personen gehen, um die sich der BR kümmern muss. Dies bedeutet, dass man auch die noch nicht 18 Jahre alten Beschäftigten sowie die wahlberechtigten „überlassenen ArbN“ einbezieht, nicht aber den von § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG erfassten Personenkreis.

Die wahlrechtlichen Konsequenzen können im Moment nicht abschließend dargestellt werden, da die Wahlordnung noch nicht erlassen ist. Für die Zwischenzeit ordnet § 125 Abs. 3 BetrVG die entspr. Anwendung der Wahlordnung zum BetrVG 1972 an. Ist bei der Mehrheitswahl vom Stimmenverhältnis her die Minderheitenquote nicht erfüllt, so kommen diejenigen Minderheitenangehörigen zum Zuge, die die relativ meisten Stimmen erhalten haben. Wird die Quote bei der Verhältniswahl nicht erreicht, steht von diesem Moment an fest, dass das Minderheitengeschlecht eine bestimmte Anzahl von Sitzen (z. B. 3) und das in der Mehrheit befindliche Geschlecht den Rest (z. B. 6 Sitze) zu beanspruchen hat. Damit ergibt sich dieselbe Situation wie bei einer Gemeinschaftswahl von Arbeitern und Angestellten nach bisherigem Recht. Insoweit ist § 16 WahlO entspr. anzuwenden.

IV. Zusammenführung von Recht und Rechtswirklichkeit

Eines der Hauptanliegen der Novellierung war es, die Zahl der „vertretungslosen Einheiten“ zu verringern und so der Betriebsverfassung die praktische Relevanz zu sichern, die sie von Anfang an haben sollte. Zu diesem Zweck wurde eine ganze Reihe von Regelungen getroffen.

1. Vereinfachtes Wahlverfahren

In Betrieben bis zu 50 ArbN wird die Betriebsratswahl in der Weise durchgeführt, dass mit einer Frist von mindestens 7 Tagen zu einer Betriebsversammlung eingeladen wird, die einen Wahlvorstand bestimmt. Dieser nimmt bis zum Ende der Versammlung Kandidaturen entgegen. Mit Rücksicht auf die Überschaubarkeit der Verhältnisse und wegen des geringeren bürokratischen Aufwands können keine Listen eingereicht werden, es ist ausschließlich Mehrheitswahl möglich. Eine Woche später findet eine zweite Versammlung statt, auf der in geheimer Wahl die Betriebsratsmitglieder bestimmt

werden. Wer daran nicht teilnehmen kann, muss die Möglichkeit zur schriftlichen Stimmabgabe haben.

In Betrieben zwischen 51 und 100 Beschäftigten können sich Wahlvorstand und Arbgeb. darüber verständigen, dass das vereinfachte Wahlverfahren auch dort angewandt wird.

Die praktischen Fragen, die sich bei seiner Durchführung ergeben können, dürften entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers zahlreich sein. Für die Zeit bis zum Erlass der neuen WahlO enthält § 125 Abs. 4 eine Reihe spezifischer Vorgaben. Problematisch wird die Situation bspw. dann, wenn die Wählerliste – etwa wegen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern – im Laufe der Woche nicht zuverlässig zu bestimmen ist. Auch hat es der Gesetzgeber versäumt, das Teilnahmerecht des Arbgeb. an den beiden Versammlungen ausdrücklich auszuschließen, so dass die in der Lit. vorhandenen Kontroversen zur Wahlversammlung nach altem Recht³¹ möglicherweise fortbestehen werden. Die besseren Gründe sprechen allerdings dafür, in beiden Versammlungen ausschließlich ein Mittel zur internen Willensbildung der Arbeitnehmerseite zu sehen, wo der Arbgeb. nicht beteiligt ist. Anders als bei normalen Betriebsversammlungen muss er weder einen Bericht erstatten, noch soll ihm die Möglichkeit eröffnet sein, seine Argumente in die Willensbildung einzubringen. Auch könnte seine Anwesenheit gerade bei der erstmaligen Betriebsratswahl einschüchternd wirken³². Mit Recht wird in der Lit. auch darauf hingewiesen, dass die Teilnahme an der Wahl sowieso in der Versammlung für alle sichtbar werde, was in manchen Betrieben als Schwelle wirken könne³³.

2. Einsetzung eines Wahlvorstands durch Gesamt- und Konzernbetriebsrat

Gehört ein Betrieb ohne BR zu einem Unternehmen, in dem ein GBR existiert, ist dieser nach § 17 Abs. 1 zur Einsetzung eines Wahlvorstands befugt. Besteht im Unternehmen (aus welchen Gründen auch immer) kein GBR, steht dieses Recht dem KBR zu. In beiden Fällen kommt es nicht auf die Betriebsgröße an. Soweit das vereinfachte Wahlverfahren stattfindet, können Kandidaturen bis zu einer Woche vor dem vorgesehenen Wahltermin eingereicht werden.

Machen GBR oder KBR von ihren Befugnissen keinen Gebrauch, so kann eine Versammlung einberufen werden, die einen Wahlvorstand wählt (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BetrVG n. F.).

3. Erstreckung von Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen auf vertretungslose Einheiten

Soweit GBR und KBR im Rahmen ihrer originären Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 bzw. 58 Abs. 1 handeln, erfassen die von ihnen abgeschlossenen BV zugleich die ArbN in Betrieben ohne BR. Der Gesetzgeber hat in diesem Punkt die Rspr. korrigiert³⁴. Soweit sich die Zuständigkeit des GBR nur auf einzelne Betriebe bzw. die des KBR auf einzelne Unternehmen erstreckt, findet eine automatische Ausdehnung allerdings nur auf Einheiten in vergleichbarer Lage statt. Geht es z. B. um eine Betriebsänderung, die gleichzeitig einen

²⁸ Dazu *Dannenberg*, AiB 1994, 521.

²⁹ Kritisch zum Ausschluss dieser Möglichkeit durch die im RegE vorgeschlagene Regelung *W. Schneider*, AiB 2001, 322 ff.

³⁰ Zu Fällen dieser Art s. den Bericht von Betriebsrätinnen in AiB 2001, 282.

³¹ DKK-*Schneider*, § 17 Rn. 6; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 20. Aufl. 2000, § 17 Rn. 13; *Kreutz*, in: *Fabricius u. a.*, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 6. Aufl. 1997, § 17 Rn. 18 m. w. N.

³² *Bösche*, AiB 2001, 111.

³³ *Hanau*, RdA 2001, 69.

³⁴ BAG AP Nr. 5 zu § 50 BetrVG 1972.

vertretenen wie einen nicht vertretenen Betrieb erfasst, so wirkt ein Sozialplan selbstredend nur für die beiden in Frage stehenden Betriebe.

Die Ausdehnung der Gesamt- bzw. Konzernbetriebsvereinbarungen gilt ab In-Kraft-Treten des neuen Gesetzes, erstreckt sich also auch auf bestehende Abmachungen. Zu den dabei auftauchenden Anpassungsproblemen ist an anderer Stelle Näheres gesagt³⁵.

4. Bestimmung der betriebsratsfähigen Einheit durch Kollektivvertrag

Der neu gefasste § 3 Abs. 1 BetrVG anerkennt das Recht der Tarifparteien, abweichende organisatorische Strukturen festzulegen. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 können mehrere Betriebe zu einer Einheit zusammengefasst werden; insoweit bietet sich insbes. die Schaffung von Regionalbetriebsräten in großen Filialunternehmen an, wie sie bspw. im Einzelhandel und bei Banken und Versicherungen bestehen. Zulässig ist auch, einen unternehmenseinheitlichen BR zu schaffen.

Nr. 2 lässt Spartenbetriebsräte zu, was insbes. für große Unternehmen und Konzerne Bedeutung hat. Ob sie neben der „normalen“ Betriebsrätestruktur bestehen können, ist vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geklärt worden³⁶, doch spricht der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung, die Betriebsverfassung an die realen Entscheidungsabläufe anzupassen, für die Möglichkeit einer Kumulation.

Nr. 3 enthält eine beschränkte Generalklausel zu Gunsten „anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen“. Zulässig ist es bspw., einzelne kleine Konzernunternehmen zusammenzufassen oder auch über § 54 Abs. 1 BetrVG hinaus eine Vertretung bei der Spitze eines Gleichordnungskonzerns zu schaffen³⁷. Besteht etwa eine politische Partei aus rechtlich und faktisch unabhängigen Landesverbänden, die im Verhältnis zum Bundesvorstand nicht oder nur in wenigen Fragen weisungsabhängig sind³⁸, so kommt eine solche Abmachung durchaus in Betracht.

TV nach § 3 Abs. 1 sind genau wie andere TV erstreikbar³⁹, zumal das staatliche Genehmigungserfordernis nach § 3 Abs. 2 BetrVG a.F. und damit eine entscheidende Besonderheit weggefallen ist. Tritt Tarifkonkurrenz ein, weil etwa mit mehr als einer Gewerkschaft ein TV abgeschlossen wurde, so setzt sich der TV der Gewerkschaft durch, die die größere Mitgliederzahl im Geltungsbereich des TV hat⁴⁰. Andere Konfliktlösungsmechanismen wie das Günstigkeitsprinzip oder der Spezialitätsgrundsatz führen typischerweise nicht weiter.

In den Fällen der Nr. 1 und 2 ist nach § 3 Abs. 2 n. F. auch eine Regelung durch BV zulässig, wenn das Unternehmen nicht tarifgebunden ist. Dabei kommt es auf die Bindung an „irgendeinen“ TV an. Nach bisherigem Recht war das Gestaltungsmittel der BV sogar generell ausgeschlossen.

Die kollektivvertraglich festgelegte Einheit gilt nach § 3 Abs. 5 Satz 1 n. F. als „Betrieb“ i. S. d. BetrVG. In anderen Teilen des Arbeitsrechts wie etwa im Kündigungsschutzrecht gilt der traditionelle Betriebsbegriff, so dass bspw. die soziale Auswahl weiter auf der Ebene der einzelnen Filiale und nicht auf der der „Region“ vorgenommen werden könnte. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die Arbeitgeberseite i. d. R. nicht dazu neigen wird, den BR mit 5 oder 10 verschiedenen Partnern verhandeln zu lassen; schon aus Gründen der Arbeitsvereinfachung wird man – wenn dies nicht schon geschehen ist und der TV nur „nachzog“ – die Kompetenz in sozialen und personellen Angelegenheiten bei einer Stelle konzentrieren. Insofern spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die

kollektivvertraglich geschaffene Repräsentationseinheit auch in anderen Zusammenhängen einen „Betrieb“ darstellt. Hinzu kommt, dass die Unbestimmtheit des Betriebsbegriffes sowohl bei den Parteien als auch beim Gericht die Neigung verstärken wird, sich an das Vereinbarte anzupassen: Abweichungen zu belegen, erfordert einen unverhältnismäßigen Argumentationsaufwand, ohne dass man sicher sein kann, dass das Gericht bzw. die Berufungsinstanz im Ergebnis die eigene Auffassung teilen wird.

5. Kontinuität der Betriebsverfassung bei Umstrukturierungen

Die Erosion der Betriebsverfassung wird häufig damit in Zusammenhang gebracht, dass Unternehmen und Betriebe gespalten werden und so zahlreiche kleinere Einheiten entstehen, in denen die Bildung neuer BR nicht gelingt. Nach neuem Recht lassen sich die überkommenen Vertretungsstrukturen dadurch erhalten, dass man nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 einen Kollektivvertrag schließt, der eine unternehmens- oder konzernsweite Interessenvertretung vorsieht. Kommt dies im Einzelfall nicht in Betracht, kann auf 3 Rechtseinheiten zurückgegriffen werden, die das neue Gesetz in Fortführung der Rspr. ausdrücklich anerkannt hat.

a. Gemeinsamer Betrieb

§ 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG anerkennt den gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen. § 1 Abs. 2 enthält 2 Vermutungsregeln, deren Aufschlüsselung einigen Interpretationsaufwand erfordert⁴¹. Der im gemeinsamen Betrieb errichtete BR kann Vertreter in die GBR der Trägerunternehmen entsenden; dies setzt § 47 Abs. 9 stillschweigend voraus, der eine abweichende Regelung des Stimmrechts durch TV oder BV zulässt⁴². Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Kooperation der Trägerunternehmen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren sein sollte, die nach außen hin in Erscheinung tritt und die deshalb nach der neuesten Rspr. des BGH⁴³ wie eine rechtsfähige Einheit zu behandeln ist.

b. Übergangsmandat

Liegt kein gemeinsamer Betrieb vor, sondern wird der Betrieb gespalten, so bleibt nach § 21a Abs. 1 Satz 1 BetrVG n. F. der bisherige BR im Amt und führt die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit diese noch betriebsratsfähig sind und nicht in einen anderen Betrieb mit BR eingegliedert wurden. Dieses sog. Übergangsmandat endet mit der Neuwahl in den abgespaltenen Teilen, spätestens jedoch nach 6 Monaten. Die jüngste Rspr. hatte in den nicht vom UmwG und anderen Sonderregelungen erfassten Fällen eine Frist von 3 Monaten angenommen⁴⁴. Durch TV oder BV kann eine Verlängerung um weitere 6 Monate erfolgen, was

35 Däubler, DB 2001, 1670.

36 Die entspr. Fragen von Hanau, RdA 2001, 66, und Däubler, AuR 2001, 2, wurden von Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 533, nicht aufgegriffen.

37 Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 533.

38 S. den Fall BAG, NZA 2001, 106.

39 So auch Konzen, RdA 2001, 86.

40 Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 310; Konzen RdA 2001, 86; Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 303; wenig weiter führend Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 533, die darauf vertrauen, der Arbgeb. werde eine Tarifkonkurrenz vermeiden.

41 Unklar Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 532 Fn. 5, wonach die Vermutung des Abs. 2 Nr. 1 dadurch widerlegt werden könne, dass sich die einheitliche Leitung nicht auf wesentliche Arbeitgeberfunktionen erstreckte. Wie kann dann aber noch davon die Rede sein, dass – wie es der Vermutungstatbestand voraussetzt – die ArbN von den Unternehmen „gemeinsam eingesetzt“ werden?

42 Ebenso Hanau, RdA 2001, 67; Konzen, RdA 2001, 81.

43 NJW 2001, 1056.

44 BAG, AuR 2001, 30 f. mit Anm. Buschmann.

sich insbes. dann anbietet, wenn noch über einen TV nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 verhandelt wird.

Das Übergangsmandat umfasst alle Rechte nach dem BetrVG; auch bleibt der BR in seiner bisherigen Zusammensetzung erhalten⁴⁵.

Werden mehrere Betriebe zusammengeschlossen, steht das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 BetrVG n. F. dem BR zu, aus dessen Betrieb die größte Zahl der wahlberechtigten ArbN in der neuen Einheit stammt. Ohne Bedeutung ist, dass einzelne beteiligte Betriebe oder Betriebsteile keinen BR hatten⁴⁶. War die größte Einheit betriebsratslos, wird das Übergangsmandat von der nächstkleineren wahrgenommen. Nur auf diese Weise wird eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Unterbrechung der betrieblichen Interessenvertretung vermieden, da die Alternative in einer Vertretungslosigkeit der gesamten neuen Einheit liegen würde.

c. Restmandat

Geht ein Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung unter, so steht dessen BR nach § 21b ein sog. Restmandat zu. Nach dem Wortlaut der Bestimmung erstreckt sich dieses auf die Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte, die im Zusammenhang mit der Stilllegung usw. wahrzunehmen sind. In der Lit. wird jedoch zu Recht auch die Einbeziehung sonstiger unerledigter Aufgaben befürwortet⁴⁷. Jede andere Lösung würde bspw. ein Beschlussverfahren im Zusammenhang mit einem früher abgeschlossenen Sozialplan unzulässig machen⁴⁸, was wenig sinnvoll erscheint, weil nicht nur Säumige bevorzugt, sondern ggf. sogar dem Arbgeb. Rechtsschutzmöglichkeiten abgeschnitten werden. Auch würde im Zusammenhang mit der Liquidation von Handelsgesellschaften niemand die These vertreten, Liquidatoren könnten sich nicht um unerledigte Vorgänge kümmern, die nichts mit der Liquidationsentscheidung zu tun hatten.

V. Stärkung der betrieblichen Basis

Das neue Gesetz hat in wenn auch bescheidenem Umfang die Rechtsstellung des Einzelnen wie die von Arbeitsgruppen gestärkt⁴⁹.

1. Das Vorschlagsrecht nach § 86a BetrVG neue Fassung

Jeder ArbN hat das Recht, dem BR Themen zur Beratung vorzuschlagen. Dies ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit, deren ausdrückliche Normierung in § 86a Satz 1 nur deklaratorischen Charakter hat. Neu ist dagegen die Regelung des Satzes 2, wonach der BR einen Vorschlag innerhalb von 2 Monaten auf die Tagesordnung seiner Sitzung setzen muss, wenn er von mindestens 5 % der ArbN des Betriebes unterstützt wird. Die Unterschriften hierfür können ggf. während der Arbeitszeit gesammelt werden⁵⁰. Die bisweilen beschworene Gefahr, es könne auf diese Weise zu einer Obstruktionspolitik durch Minderheiten kommen, überzeugt nicht, da die Betriebsverfassung schon bisher entspr. Möglichkeiten bot. So können „aufsässige“ Beschäftigte während ihrer Arbeitszeit nach § 39 Abs. 3 BetrVG den BR aufsuchen und vielfältige Beschwerden formulieren – die Erfahrung von knapp 30 Jahren BetrVG 1972 zeigt, dass Derartiges nur in singulären Fällen praktiziert wird.

2. Die Delegation von Betriebsratsbefugnissen auf Arbeitsgruppen

§ 28a gibt dem BR in Betrieben mit mehr als 100 ArbN das Recht, bestimmte Aufgaben einschl. der Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten auf Arbeitsgruppen zu übertragen. Voraussetzung ist eine „mit dem Arbgeb. abzuschließende Rahmenvereinbarung“, die jedoch entgegen dem eine Verpflichtung zum Ausdruck bringenden Wortlaut nicht erzwungen werden kann⁵¹. Werden Mitbestim-

mungsrechte übertragen, so kann die Arbeitsgruppe mit dem Arbgeb. verhandeln; die Einigungsstelle darf jedoch nur vom BR angeufen werden. Allerdings ist eine Einigung in der Weise möglich, dass eine Mehrheit in der Arbeitsgruppe für ein bestimmtes Verhandlungsergebnis mit dem Arbgeb. stimmt. Der Verweis auf § 77 macht deutlich, dass die „Gruppenvereinbarung“ in ihrem Geltungsbereich dieselbe rechtliche Wirkung wie eine BV hat. Für die Bindung der Minderheit fehlt allerdings die demokratische Legitimation, da die Zugehörigkeit zu der Arbeitsgruppe letztlich durch eine Organisationsentscheidung des Arbgeb. bewirkt wird⁵².

Die Delegation von Mitbestimmungsrechten gibt dem Arbgeb. einen Verhandlungspartner, der mangels Kündigungsschutz nicht „konfrontationsfähig“ ist. Nur in relativ seltenen Ausnahmefällen kann es anders sein, weil es eine „Betriebskultur“ gibt, in der unerwünschte Positionen mit keinerlei Nachteilen verbunden sind, in der also wirklich ein rationaler Diskurs möglich erscheint⁵³. Im Normalfall wird es wegen des Machtgefälles allenfalls in Betracht kommen, einzelne unterhalb der Mitbestimmung bleibende Aufgaben zu übertragen.

In der Diskussion um die Ausschöpfung des § 28a BetrVG könnte man sich im Übrigen der Möglichkeit erinnern, Arbeitsgruppen mit eigenen Entscheidungsbefugnissen (z. B. über die Lage der Arbeitszeit) auszustatten und dem Einzelnen so eine wirkliche Mitbestimmung am Arbeitsplatz einzuräumen. Rechtskonstruktiv würde es sich dabei um eine Leistungsbestimmung durch Dritte nach § 317 BGB handeln.

Nur zur Vermeidung von Missverständnissen sei schließlich hervorgehoben, dass der Begriff „Arbeitsgruppe“ nicht mit „Gruppenarbeit“ in eins gesetzt werden darf. Vielmehr kann es sich um einen Arbeitsbereich oder einen anderen organisatorisch abgrenzbaren Teil des Betriebes wie die Forschungs- und Entwicklungsabteilung oder den Außendienst handeln⁵⁴.

3. Weitere Möglichkeiten

§ 3 Abs. 1 Nr. 5 eröffnet die Möglichkeit, durch TV, hilfsweise durch BV, dem BR einen Unterbau zu verschaffen, also bspw. Arbeitsgruppensprecher oder einen betrieblichen Vertrauenskörper einzurichten, der als Vermittlungsinstanz zwischen Belegschaft und BR fungiert. Dass der BR zusammen mit innerbetrieblichen Experten auch Arbeitskreise einrichten kann, ist bereits hervorgehoben worden⁵⁵; auch hierin mag man eine gewisse Aufwertung des Einzelnen sehen. Schließlich haben nach dem neuen § 75 Abs. 2 Satz 2 Arbgeb. und BR „die Selbstständigkeit und Eigeninitiative der ArbN und

45 Richardi/Annuß, DB 2001, 43.

46 Konzen, RdA 2001, 85; Richardi/Annuß, DB 2001, 41.

47 Däubler, AuR 2001, 3; Konzen, RdA 2001, 85; Richardi/Annuß, DB 2001, 44; wohl auch Engels/Trebinge/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 534, die darauf verweisen, „z. B.“ im Zusammenhang mit der Betriebsstilllegung könnten noch Verhandlungsgegenstände offen stehen.

48 Vgl. BAG DB 2000, 1422 = AuR 2000, 237, 449.

49 Zur Gesamtproblematik Blanke/Rose, RdA 2001, 92 ff.

50 Vgl. Annuß, NZA 2001, 367.

51 Zweifel auch bei Blanke/Rose, RdA 2001, 97; Konzen, RdA 2001, 85; Däubler, AuR 2001, 4; warum dies „unverständlich“ sein soll (so Engels/Trebinge/Löhr-Steinhaus, DB 2001, 537 Fn. 49), bleibt unklar. Betriebsblindheit der Gesetzesverfasser?

52 Wendeling-Schröder, NZA 2001, 359.

53 Nur unter diesen Voraussetzungen kann Blanke/Rose, RdA 2001, 97, in ihrer sehr positiven Einschätzung zugestimmt werden.

54 BT-Drucks. 14/5741, S.40, spricht von „Arbeitsbereichen“.

55 S. oben II 3.

Arbeitsgruppen zu fördern" – dies kann im Einzelfall Argumente, allerdings schwerlich konkrete Rechtsansprüche schaffen.

VI. Neue Aufgaben

§ 80 Abs. 1 BetrVG, der die allgemeinen Aufgaben des BR bestimmt, ist durch verschiedene Ziffern ergänzt worden, die bspw. den betrieblichen Umweltschutz und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie betreffen. Ob sie für die Praxis mehr hergeben als einige neue, unbestritten zulässige Schulungsthemen nach § 37 Abs. 6 BetrVG, wird sich weisen. Die Tatsache, dass insbes. im Umweltschutz der BR auch zu einem Sprecher öffentlicher Interessen wurde, hat für Aufregung gesorgt⁵⁶, ist jedoch rechtlich ohne größere Bedeutung, da ja auch der Arbgeb. insoweit unbestritten in die Pflicht genommen wird.

Zwei Bereiche bedürfen jedoch der Hervorhebung.

Die Aufgabe „Beschäftigungsförderung und Beschäftigungssicherung“ hat in § 92a BetrVG n. F. eine ausdrückliche Festschreibung erfahren. Nach Abs. 1 der Vorschrift hat der BR ein (im Grunde selbstverständliches) Vorschlagsrecht; mögliche Inhalte wie Förderung der Altersteilzeit oder Qualifizierung der ArbN sind beispielhaft aufgeführt. Wichtiger ist Abs. 2, wonach der Arbgeb. diese Vorschläge mit dem BR zu beraten hat. Dabei kann die eine oder die andere Seite einen Vertreter des Arbeitsamts oder des Landesarbeitsamts hinzuziehen. Hält der Arbgeb. einen Vorschlag für „ungeeignet“, will er ihn also ablehnen⁵⁷, so muss er dies in allen Betrieben mit mehr als 100 ArbN schriftlich begründen.

Die Beratungspflicht wäre verletzt, wenn der Arbgeb. bereits in einem Augenblick ablehnen würde, in dem noch nicht alle Argumente ausgetauscht sind und deshalb noch weiterer Erörterungsbedarf besteht. Maßstäbe können sich insoweit aus den Verhandlungen über einen Interessenausgleich ergeben⁵⁸, doch ist hier die Einschaltung einer Einigungsstelle nur auf freiwilliger Grundlage möglich. Weigert sich der Arbgeb., seiner Beratungspflicht nachzukommen, kann er im Wege des Beschlussverfahrens dazu gezwungen werden⁵⁹. Beabsichtigt der Arbgeb. Maßnahmen, die die noch nicht erschöpfend diskutierten Vorschläge des BR gegenstandslos machen würden, so kann dieser Unterlassung verlangen. Andernfalls hätte der Beratungsanspruch keine Rechtsqualität, da er jederzeit durch einseitige Handlungen des Arbgeb. hinfällig gemacht werden könnte. Der Unterlassungsanspruch kann Grundlage für eine einstweilige Verfügung sein, mit der dem Arbgeb. die Vornahme der Maßnahme verboten bzw. ihre vorübergehende Rückgängigmachung auferlegt wird. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie im Rahmen der Verhandlungen über einen Interessenausgleich⁶⁰, doch ist der Arbgeb. insofern in einer besseren Lage, als er sich nur mit den vorgebrachten Argumenten vollständig auseinandersetzen, nicht jedoch die Einigungsstelle anrufen muss. Von daher dürfte der einstweiligen Verfügung nur eine kurze Lebensdauer beschieden sein.

Eine weitere Aufgabe, die Hervorhebung verdient, ist das in § 80 Abs. 1 Nr. 7 vorgesehene Recht, „Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb“ zu beantragen. Damit ist das Verbot (partiell-)politischer Betätigung im Betrieb partiell durchbrochen; der Gesetzgeber hat die EG-RL zum Schutz vor Diskriminierungen aus rassistischen und ethnischen Gründen insoweit vorzeitig umgesetzt⁶¹. Ergänzend ist dem BR das Recht eingeräumt, Fragen dieser Art auf die Tagesordnung der Betriebsversammlung zu setzen und außerdem nach § 104 BetrVG die Kündigung von Personen zu verlangen, die durch rassistisches oder fremdenfeindliches Verhalten den Betriebsfrieden gestört haben.

Schließlich ergibt sich eine mittelbare Folge für den Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 BetrVG: Rassistische und fremdenfeindliche Zielsetzungen eines Unternehmens, insbes. eines Presseorgans oder eines Verlages, können keinen Tendenzschutz beanspruchen, das Gesetz würde sonst in § 118 Abs. 1 etwas privilegieren, was es an anderer Stelle mit Entschiedenheit bekämpft.

VII. Erweiterung von Mitbestimmungsrechten

Der Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung neuer Mitbestimmungsrechte extrem zurückgehalten – um es mit diplomatischer Höflichkeit auszudrücken. Man wollte die Erosion der Betriebsverfassung stoppen, nicht etwa „mehr Demokratie wagen“. Vom Fall des § 97 Abs. 2 BetrVG einmal abgesehen, reichen einige wenige Stichworte.

1. § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG

Die neue Nr. 13 betrifft die (dort im Einzelnen umschriebene) teilautonome Gruppenarbeit. Die Mitbestimmung bezieht sich aber nicht auf deren Einführung und auch nicht generell auf deren Durchführung; vielmehr sind lediglich die „Grundsätze über die Durchführung“ erfasst. Dazu gehört bspw. die Einrichtung von Gruppensprechern, die allerdings dann nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG einer tariflichen Grundlage bedarf, wenn es auch um Funktionen gegenüber dem BR geht. Zu den Grundsätzen über die Durchführung lässt sich wohl auch die Frage rechnen, ob jedes Gruppenmitglied entspr.d § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB für einen Schaden haftet, der von der Gruppe verursacht wurde, ohne dass eine individuelle Zurechnung möglich wäre⁶². Hinzu kommt, dass teilautonome Gruppenarbeit relativ selten ist⁶³ und überdies die Gefahr besteht, dass die Arbeitgeberseite durch die Einrichtung von Gruppen ohne eigene Entscheidungsspielräume die Entstehung des Mitbestimmungstatbestandes von vornherein verhindert⁶⁴.

2. Weiterbeschäftigung von Befristeten

Für befristet Beschäftigte kann der BR nur in einer ganz spezifischen Situation etwas tun: Will der Arbgeb. eine unbefristete Einstellung vornehmen, kann der BR nach dem neu gefassten § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG seine Zustimmung mit der Begründung verweigern, ein gleich geeigneter befristet Beschäftigter sei im Betrieb vorhanden. Ob dies der Fall ist, ließe sich selbstredend zu einem Streitpunkt machen, auch wenn dem Arbgeb. insoweit ein Beurteilungsspielraum zukommt⁶⁵. Gravierender ist, dass niemand den Arbgeb. daran hindern kann, Externe erst befristet einzustellen und später endgültig zu übernehmen, so dass § 99 Abs. 2 Nr. 3 schon von seinen Tatbestandsmerkmalen her nicht eingreift. Weitergehende Vorschläge der IG Metall, die auch im Hearing vorgetragen wurden⁶⁶, fanden letztlich keine ausreichende Unterstützung.

56 Rieble, ZIP 2001, 140 ff.

57 Die zu enge Gesetzesformulierung kritisiert mit Recht *Annuß*, NZA 2001, 368

58 DKK-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 7 ff.

59 *Annuß*, NZA 2001, 368.

60 Vgl. DKK-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 23 m. w. N.

61 Dazu *Hanau*, RdA 2001, 74.

62 Weitere Einzelheiten bei DKK-Klebe, 8. Aufl. 2001, § 87 Rn. 301 ff.; sehr eng *Preis/Elert*, NZA 2001, 371.

63 *Preis/Elert*, NZA 2001, 371.

64 Richtig *Annuß* NZA 2001, 370.

65 *Hanau*, RdA 2001, 73.

66 *Däubler*, AiB 2001, 381.

3. Veränderte Grenzwerte bei §§ 95 Abs. 2, 99, 111 BetrVG

Ein volles Mitbestimmungsrecht besteht nunmehr bei Personalrichtlinien in Betrieben mit mehr als 500 (bisher: 1.000) Beschäftigten. Die Beteiligung des BR nach § 99 BetrVG (Einstellungen, Versetzungen usw.) greift jetzt bereits dann ein, wenn im Unternehmen (nicht wie bisher im Betrieb) mehr als 20 ArbN beschäftigt sind. Dasselbe gilt für Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG, wo allerdings bereits das BAG für den Fall entspr. entschieden hatte, dass durch eine geplante Maßnahme des Arbgeb. 2 Betriebe betroffen waren⁶⁷. Die einzelnen Tatbestände der Betriebsänderung nach § 111 Satz 3 bleiben weiterhin betriebsbezogen; auch die Einschränkung eines Sechs-Personen-Betriebes wird daher erfasst. Da es im Rahmen des § 111 beim Interessenausgleich um die unternehmerische Entscheidung und beim Sozialplan um die wirtschaftliche Belastbarkeit geht, sollte in erweiternder Auslegung auf den Konzern als die eigentliche unternehmerische Einheit abgestellt werden.

Hat ein gemeinsamer Betrieb mehr als 20 Beschäftigte, ist dies jedoch bei den Trägerunternehmen (oder einzelnen von ihnen) nicht der Fall, greifen die §§ 99, 111 gleichwohl ein. Wer sich als „Mitdirigent“ an einer größeren Einheit beteiligt, muss auch die damit verbundenen Belastungen in Kauf nehmen. Bestätigt wird diese Sicht durch die Rspr. zum Wirtschaftsausschuss, wo es vom Gesetzeswortlaut her schon bisher auf die Unternehmensgröße ankam, wo es das BAG jedoch genügen ließ, dass ein gemeinsamer Betrieb mehr als 100 Beschäftigte hatte⁶⁸. Schließlich wird nur auf diese Weise das Dilemma vermieden, das dann entsteht, wenn ein Trägerunternehmen über, das andere jedoch unter 20 Beschäftigte aufweist⁶⁹.

4. Betriebliche Berufsbildung

Nach § 97 Abs. 2 besteht ein neues Mitbestimmungsrecht des BR bei der „Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung“, sofern auf Grund von Maßnahmen des Arbgeb. – pauschal gesprochen – eine Divergenz zwischen den Anforderungen am Arbeitsplatz und den beruflichen Kenntnissen und Fähigkeiten der Beschäftigten auftritt. Wird etwa ein neues Informationssystem eingeführt und dem Einzelnen eine schwer lesbare Benutzeranleitung in die Hand gedrückt, die man ja mal am Wochenende durchschauen könne, so kann der BR nunmehr die Durchführung von Weiterbildungsmaßnahmen, wie Informationsveranstaltungen, Lehrgängen usw., verlangen. Selbstverständlicher Teil seines Mitbestimmungsrechts ist das Initiativrecht, das notfalls zu einem Einigungsstellenverfahren führt. Freiwillige BV, die zum selben Thema in der Vergangenheit abgeschlossen wurden, stehen der Ausübung des Mitbe-

stimmungsrechts nicht im Wege. Hier liegt für BR ein erhebliches Handlungspotenzial, führt doch eine arbeitsplatzbezogene Qualifizierung häufig zum Abbau von Stress und zur Erhöhung der Arbeitsproduktivität, woran auch die Arbeitgeberseite interessiert sein dürfte.

VIII. Zur Zukunft des Dualismus

Das neue BetrVG stärkt die Ressourcen der BR. In Zukunft werden sie schon deshalb nicht mehr, sondern eher weniger auf gewerkschaftliche Unterstützung angewiesen sein. Der Trend zur Verbetrieblichung der Verhandlungssysteme erhält dadurch eine zusätzliche Grundlage.

Wenig beachtet wurde darüber hinaus die neue Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG. Sie gibt den Tarifparteien, hilfsweise den Betriebspartnern, die Möglichkeit, „zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften) einzurichten, die der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen dienen“. Gedacht ist dabei an Shop-in-the-shop-Modelle, an eine Zusammenarbeit entlang der logistischen Kette sowie an andere Fälle, in denen Erfahrungsaustausch und Koordination von Handlungsstrategien in Betracht kommen. § 3 Abs. 1 Nr. 4 wäre daher auch dann einschlägig, wenn bspw. die BR aller Flughafen-GmbHs eine Arbeitsgemeinschaft bilden würden. Auf diese Weise kann eine Parallelstruktur zur Gewerkschaft entstehen, die sich allerdings nicht aus Beiträgen der Vertretenen speist, sondern wie alle betriebsverfassungsrechtlichen Institutionen von der Arbeitgeberseite finanziert wird. Die einzige verbleibende gewerkschaftliche Intervention besteht darin, dass solche Gremien im Regelfall durch TV eingerichtet werden müssen. Sein Abschluss kann aber kaum verweigert werden, wenn ihn alle Beteiligten wünschen. BR kommen so nahe an ein überbetriebliches Selbstorganisationsrecht heran. Dies sollten die Gewerkschaften als Herausforderung begreifen, um ihre eigene Organisationsstruktur und ihre Dienstleistungsqualität stärker als bisher auf die Bedürfnisse der Belegschaften und ihrer Interessenvertretungen abzustellen.

67 BAG AP Nr. 47 zu § 111 BetrVG 1972; die Frage, ob auch dann auf das Unternehmen abzustellen ist, wenn nur ein Betrieb betroffen ist, blieb dahingestellt, doch lässt die Begründung erkennen, dass die Frage wohl bejaht worden wäre.

68 BAG AP Nr. 8 zu § 106 BetrVG 1972.

69 Auf dieses Problem verweisen auch *Richardj/Annub*, DB 2001, 45.

§ 7 Abs. 1 und 4 SGB IV

Was bleibt für Sozialrecht und Arbeitsrecht? (Teil 1)

Prof. Dr. Rolf Wank, Bochum

1. Teil: Vorgeschichte und Neuregelung

Nachdem der Pulverdampf verraucht ist, scheint es nunmehr möglich, eine nüchterne Analyse des § 7 SGB IV i. d. F. durch das „Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit“ vorzunehmen. Sie ergibt, dass die gesetzlichen Kriterien in Abs. 4 auch der bisherigen Rspr. entsprechen, so dass zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens die

Möglichkeit bestanden hatte, zu einem neuzeitlichen, für Sozialrecht und Arbeitsrecht geeigneten Arbeitnehmerbegriff zu gelangen. Eine schlechte Gesetzestechnik, die sowohl der ursprünglichen Fassung durch das Korrekturgesetz als auch der Gesetzesänderung auf Grund der Empfehlungen der Expertenkommission vorgehalten werden muss, sowie eine maßlose Polemik in der Öffentlichkeit und in der juristischen Lit. haben zu einer Lösung geführt, die die prak-