

# Eine bessere Betriebsverfassung?

## Der Referentenentwurf zur Reform des BetrVG

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

### I. Einführung

Seit dem 6. 12. 2000 ist das Geheimnis über den Inhalt des Referentenentwurfs zu einem neuen BetrVG gelüftet: Das „Handelsblatt“ teilte die wesentlichen Inhalte der interessierten Öffentlichkeit mit<sup>1</sup>, eine gute Woche später war der Entwurf auch im Internet verfügbar<sup>2</sup>. Das Ministerium will damit ein Versprechen des Koalitionsvertrages einlösen, wo es heißt<sup>3</sup>: „Die neue Bundesregierung wird die Mitbestimmung am Arbeitsplatz sowie in Betrieb und Verwaltung im Interesse der Beteiligung und Motivation der Beschäftigten stärken und an die Veränderungen in der Arbeitswelt anpassen. Vorrangig ist dazu eine grundlegende Novelle des BetrVG (Betriebsbegriff, Arbeitnehmerbegriff, Telearbeit, Vereinfachung des Wahlverfahrens).“

Die Reaktion offizieller Vertreter der Arbeitgeberseite war heftig. Dieter Hundt erklärte, der Entwurf übertreffe die schlimmsten Befürchtungen der Wirtschaft<sup>4</sup>, er sei bürokratisch, kostentreibend und einseitig gewerkschaftsorientiert<sup>5</sup>, ausländische Investoren würden abgeschreckt<sup>6</sup>. Hans-Peter Stihl sah das Dispositionsrecht der Unternehmer über ihr Eigentum bedroht und kündigte eine Klage vor dem BVerfG an<sup>7</sup>. In einem Interview erklärte der bekannte Ökonom Wolfgang Franz, BR wären eigentlich nur dann sinnvoll, wenn sich beide Seiten über ihre Errichtung einig seien<sup>8</sup>. Unter diesen Umständen geht man aus Arbeitnehmersicht mit recht hohen Erwartungen an den 45 Seiten Gesetzesänderungen und 89 Seiten Begründung umfassenden Entwurf heran: Es muß sich um ein höchst bemerkenswertes Gesetzeswerk handeln. Ein von außen kommender Betrachter könnte vermuten, die Mitbestimmung werde in vergleichbarer Weise erweitert, wie dies durch das BetrVG 1972 im Verhältnis zum BetrVG 1952 geschah. Bricht für BR eine neue, vielleicht sogar eine goldene Zeit an? Schauen wir uns die Vorschläge im einzelnen an.

### II. Der organisatorische Teil

#### 1. Erleichterung der Wahl von Betriebsräten in Kleinbetrieben

Ein neuer § 14a BetrVG will in Betrieben zwischen 5 und 50 wahlberechtigten ArbN ein weniger kompliziertes Wahlverfahren vorsehen. Die (geheime und unmittelbare) Wahl soll auf einer Wahlversammlung erfolgen, auf der einzelne Kandidaten auch mündlich vorgeschlagen werden können. Die Durchführung liegt wie auch sonst in der Hand eines Wahlvorstands, der von der gleichen Versammlung bestimmt wird. In der Begründung zu § 14a wird angekündigt, die Wahlordnung werde eine Einladungsfrist von mindestens 7 Tagen vorsehen. Die Einladung kann von einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, aber auch von 3 betriebsangehörigen ArbN ausgesprochen werden. Letztere sollen nach dem neuen § 15 Abs. 3a KSchG bis zum Abschluß des Wahlvorgangs Kündigungsschutz in dem Sinne genießen, daß eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Kommt es zu keiner Wahl, dauert dieser Schutz 3 Monate. Wer an der Wahlversammlung nicht teilnehmen kann, muß nach § 14a Abs. 1 Satz 2 BetrVG n. F. „Gelegenheit zur schriftlichen Stimmabgabe“ haben.

Die vorgeschlagene Neuregelung trägt der Tatsache Rechnung, daß nur 4 % aller Betriebe zwischen 5 und 20 Beschäftigten und 16 % aller Betriebe mit 21–50 Beschäftigten einen BR besitzen<sup>9</sup>. U. a. wird hierfür die Kompliziertheit des „normalen“ Wahlverfahrens verantwortlich gemacht. Hinzu kommt die (vorgestellte oder reale) Angst vor Repression durch einen betriebsratsunwilligen Arbgeb., die insbes. die Initiatoren treffen kann.

Wie groß der praktische Effekt dieser Regelung sein wird, bleibt abzuwarten. Sie versagt sicherlich dann, wenn der Arbgeb. für den Fall einer Betriebsratswahl einen Personalabbau als unvermeidbar bezeichnet oder im Betrieb das Gerücht streut, bestimmte freiwillige Sozialleistungen würden nicht mehr gewährt, wenn es wirklich zu einem solchen „Abenteuer“ komme, das ja doch nur der Gewerkschaft nütze. Die Strafbarkeit eines solchen Verhaltens nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erweist sich meist als stumpfes Schwert. Insofern mag die kurze Frist von 7 Tagen im Einzelfall Erleichterung bringen, weil sich das Drohpotential evtl. so schnell nicht aufbauen läßt.

Schwierig ist die Frage der schriftlichen Stimmabgabe zu lösen. Zweifel werden sich oft darüber ergeben, ob jemand nur desinteressiert war oder ob er deshalb nicht teilnehmen konnte, weil er an seinem Arbeitsplatz unbedingt gebraucht wurde oder keine Kenntnis von der Einladung hatte. Ein weiteres Problem liegt in der zeitlichen Abfolge: Die schriftliche Stimmabgabe, d. h. die Briefwahl, ist mit Rücksicht auf die Möglichkeit mündlicher Vorschläge erst nach der Versammlung möglich. Insofern müssen Wahlzettel hergestellt und verteilt werden. Bis zum Ablauf der vorzusehenden Frist für die Briefwähler darf keine Auszählung erfolgen, da sonst entgegen allgemeinen Wahlgrundsätzen die Briefwähler zum „Zünglein an der Waage“ werden könnten. Diesen Schwierigkeiten könnte man evtl. dadurch ausweichen, daß man für eine genügende Publizität im Betrieb sorgt und nur denjenigen die nachträgliche Stimmabgabe ermöglicht, die ein entspr. Interesse dem Wahlvorstand durch einen in der Versammlung anwesenden Arbeitskollegen signalisiert haben. Das vereinfachte Verfahren sollte auf Betriebe bis 100 Beschäftigte ausgedehnt werden. Auch in dieser Größenklasse ist die Existenz des BR noch immer eine Ausnahme<sup>10</sup>. Die Transparenz ist andererseits immer noch so groß, daß die Einladung faktisch allen Beschäftigten zugänglich gemacht werden kann.

1 Handelsblatt v. 6. 12. 2000, S. 1, 3.

2 Abrufbar in der den anderen Ministerien zugeleiteten Fassung unter [www.arbeitsrecht.uni-regensburg.de](http://www.arbeitsrecht.uni-regensburg.de). Die definitive Endfassung findet sich unter [www.bma.de](http://www.bma.de).

3 AuR 1998, 477.

4 Handelsblatt v. 7. 12. 2000, S. 1.

5 Handelsblatt v. 7. 12. 2000, S. 6.

6 Handelsblatt v. 6. 12. 2000, S. 1.

7 Handelsblatt v. 6. 12. 2000, S. 1.

8 Handelsblatt v. 6. 12. 2000, S. 3.

9 Angaben nach Wassermann, WSI-Mitt 2000, 697, 704.

10 S. die Angaben bei Wahsner, AuR 2000, 211.

Größere praktische Bedeutung wird möglicherweise die neugefaßte Vorschrift des § 17 Abs. 1 BetrVG entfalten, wonach der GBR berechtigt ist, in betriebsratsfähigen Betrieben ohne BR einen Wahlvorstand einzusetzen und so für einen vollständigen „Unterbau“ zu sorgen. Gibt es keinen GBR (weil bspw. der betriebsratslose Betrieb der einzige des fraglichen Unternehmens ist), so steht das Einsetzungsrecht dem KBR zu. Die bisher vorgesehene Wahl durch eine Betriebsversammlung bleibt als subsidiäres Mittel erhalten. Nicht völlig eindeutig ist das Verhältnis zu § 14a BetrVG n. F. bestimmt; kann der so bestellte Wahlvorstand eine Wahlversammlung durchführen oder muß er das traditionelle Verfahren beachten? Ebenso unklar ist, ob § 14a für Betriebe bis einschl. 50 Beschäftigten eigentlich exklusiven Charakter besitzt oder ob insoweit sowohl der Weg über das vereinfachte als auch der über das bisher praktizierte Wahlverfahren möglich sind. Hier ist im Gesetzgebungsverfahren noch für die mögliche Klarheit zu sorgen.

## 2. Bestimmung der betriebsratsfähigen Einheit

Der Referentenentwurf verzichtet zu Recht auf eine neue Definition des Betriebsbegriffs. Dies nicht etwa deshalb, weil seine bisherige Gestalt alle Bedürfnisse befriedigen würde<sup>11</sup>. Maßgebend ist vielmehr die Überlegung, daß andere, insbes. von DGB und DAG vorgeschlagene Definitionen<sup>12</sup> ihrerseits schwer lösbare Abgrenzungsprobleme mit sich bringen. Stellt man bspw. auf die räumliche Nähe oder die Intensität der Arbeitskontakte ab, so erreicht man nicht mehr Trennschärfe als mit dem herkömmlichen Instrumentarium. Weicht man in eine „Gesamtbetrachtung“ aus und praktiziert wie beim Arbeitnehmerbegriff eine typologische Methode, so geht vollends jede Orientierung verloren<sup>13</sup>. Bei einem solchen Vorgehen könnte sie – ähnlich wie beim Arbeitnehmerbegriff – nur dadurch erreicht werden, daß man über einen längeren, u. U. Jahrzehnte dauernden Prozeß in der Rechtsprechung Fallgruppen herausarbeitet, die dann zumindest dem Sachkundigen eine einigermaßen verlässliche Prognose ermöglichen.

Ausdrücklich wird im Entwurf der Gemeinschaftsbetrieb angesprochen. Nach einem neuen § 1 Abs. 2 soll es 2 Vermutungstatbestände geben. Der eine ist in der Sache mit dem bisherigen § 322 UmwG identisch, wonach bei der Spaltung von Unternehmen der Fortbestand eines einheitlichen Betriebes vermutet wird, wenn sich die Organisation des Betriebes nicht wesentlich ändert. Der andere Vermutungstatbestand birgt demgegenüber die Gefahr in sich, durch das Richterrecht geschaffene relative Sicherheiten wieder zunichte zu machen. Ein gemeinsamer Betrieb soll dann vermutet werden, wenn „zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die ArbN von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden“. Vermutungen sind mangels anderer gesetzlicher Festlegung widerlegbar. Es muß also Fälle geben, in denen zwar Betriebsmittel und ArbN gemeinsam eingesetzt werden, in denen jedoch gleichwohl kein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt. Dabei kommt nur der Fall in Betracht, daß zwar ein „gemeinsamer Leitungsapparat“ existiert, der die Fäden in der Hand hält, daß dieser aber nicht auf einer „nachweisbaren“ Führungsvereinbarung beruht. Diese wird dadurch ungewollt wieder zum selbständigen Tatbestandsmerkmal eines Gemeinschaftsbetriebs gemacht, obwohl die Rechtsprechung gerade dabei war, ausschließlich auf eine bestimmte organisatorische Struktur abzustellen und gegenteiligen Bekundungen („Wir haben nicht das geringste vereinbart“) die Anerkennung zu versagen<sup>14</sup>. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wäre deshalb zu überlegen, diesen Vermutungstatbestand in eine gesetzliche Definition der „Gemeinsamkeit“ eines Betriebs zu verwandeln.

Der Verzicht auf einen neuen Betriebsbegriff wird trotz aller bekannten praktischen Friktionen deshalb erträglich, weil der neugefaßte § 3 BetrVG in weitem Umfang eine tarifliche Bestimmung der „Grundeinheit“ der Betriebsverfassung ermöglicht. Die Beteiligten sollen so in die Lage versetzt werden, die den jeweiligen Verhältnissen angemessenste Lösung zu wählen. Dazu gehört es etwa, mehrere Betriebe zu einer Einheit zusammenzufassen und in einem Filialunternehmen bspw. regionale BR zu wählen. Möglich soll auch ein unternehmenseinheitlicher BR sein. Ausdrücklich ermöglicht § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG n. F. die Bildung von Spartenbetriebsräten, sofern die Spartenleitung auch Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft; alleinige Voraussetzung für einen solchen TV ist, daß diese Gestaltung „der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des BR“ dient. Möglich sind weiter unternehmens- und konzernübergreifende Strukturen; ein großes Einkaufszentrum, in dem zahlreiche Firmen vertreten sind, könnte daher – ähnlich den französischen „conseils de site“<sup>15</sup> – eine einheitliche Interessenvertretung erhalten. Nach § 3 Abs. 2 n. F. liegt die Regelungskompetenz bei den Tarifparteien; lediglich in Unternehmen, in denen überhaupt kein TV „gilt“, kann auch eine Regelung durch Betriebsvereinbarung getroffen werden. Eine staatliche Genehmigung ist nicht mehr vorgesehen. Die Öffnung der betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen ist ersichtlich sachgerecht; hier wird vermutlich selbst die Arbeitgeberseite kaum Einwendungen haben, sobald der Bereich der pauschalen politischen Deklarationen verlassen ist.

Der Teufel steckt auch hier im Detail. Wie ist eigentlich der Fall zu behandeln, daß die Kompetenz auf Arbeitgeberseite auf 2 (oder mehr) Stellen verteilt ist? Sind die Spartenbetriebsräte als Alternative oder als Ergänzung der gesetzlichen Struktur gedacht? Während in § 3 Abs. 1 Nr. 4 von „zusätzlichen“ betriebsverfassungsrechtlichen Gremien für die unternehmensübergreifende Zusammenarbeit die Rede ist und auch Nr. 5 eine entspr. Kennzeichnung enthält<sup>16</sup>, ist bei § 3 Abs. 1 Nr. 2 nichts Entsprechendes vorgesehen. Redaktionsversehen oder Absicht? Die amtliche Begründung gibt insoweit keinen Aufschluß. Nimmt man den Gedanken ernst, daß dort mitbestimmt werden muß, wo in betriebsverfassungsrechtlich relevanten Angelegenheiten entschieden wird, so muß man eine Doppelstruktur für zulässig halten.

Sehr viel gravierender ist die Gefahr, daß die konkrete Betriebsverfassung zum „Handelsobjekt“ wird. Als Beitrag zur Standortsicherung könnte der Inhaber eines Filialbetriebs etwa vorschlagen, daß die in 30 Filialen errichteten 3-Personen-BR durch einen Regionalbetriebsrat ersetzt werden, der 13 Mitglieder haben soll. Findet sich die zuständige DGB-Gewerkschaft nicht zu einem solchen „Deal“ bereit, könnte es ja vielleicht eine Kleinorganisation geben, die begierig einen solchen Vorschlag aufgreift, von dessen Realisierung sie sich evtl. sogar Machtzuwachs verspricht. Auch wenn die Gewerkschaftseigenschaft zweifelhaft sein mag – zunächst einmal würde es den Vertrag geben; ein Beschlußverfahren, das die Gewerkschaftseigenschaft zum Gegenstand hat, könnte sich dagegen über Jahre er-

11 Dazu die fundierte Auseinandersetzung bei *Trümmer*, in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), BetrVG, 7. Aufl. 2000, § 8 Rn. 31 ff. m. w. N.

12 Dazu *U. Fischer*, NZA 2000, 169.

13 *Richard*, NZA 2000, 163 II. Sp.

14 BAG v. 14.1.1996, AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG Gemeinschaftlicher Betrieb, m. Anm. *Däubler*.

15 Dazu *Gamillscheg*, FS Molitor, 1988, S. 147.

16 „Zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer, die die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern“.

strecken. Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung verhindert solche Abmachungen nicht. § 3 Abs. 5 Satz 2 n. F. erklärt zwar die Vorschriften „über die Rechte und Pflichten des BR und die Rechtsstellung seiner Mitglieder“ für anwendbar, doch schließt dies nicht aus, daß die geschaffene größere Einheit eine sehr viel ungünstigere Relation Arbeitnehmerzahl – Betriebsratsmitglieder hat. Auch enthält der Gesetzentwurf keine Regelung zum Problem der Tarifkonkurrenz, die hier sehr oft praktische Bedeutung gewinnen könnte. Beide Defizite sollte man beseitigen. § 3 Abs. 5 sollte auch eine Mindestrelation Belegschaft – Betriebsratsmitglieder vorschreiben. Außerdem sollte man bei 2 TV demjenigen den Vorrang einräumen, der von der Gewerkschaft mit der größeren Mitgliederzahl abgeschlossen wurde<sup>17</sup>. Die Gefahr eines „Tauschhandels“ mag bei Regelungen durch Betriebsvereinbarung noch größer sein, doch besteht insoweit anders als bei TV wenigstens eine gerichtliche Billigkeitskontrolle<sup>18</sup>. Von daher läßt sich der Einsatz dieses Instruments in „tariffreien Unternehmen“ durchaus rechtfertigen, sofern man sich auch bezüglich der Zahl der Betriebsratsmitglieder zu der beschriebenen zwingenden gesetzlichen Vorgabe entschließt.

Eine interessante Ergänzung bringt § 3 Abs. 3 n. F. Besteht im ganzen Unternehmen kein BR, so können 3 wahlberechtigte ArbN oder eine im Unternehmen vertretene Gewerkschaft eine Abstimmung über die Frage initiieren, ob nicht ein unternehmenseinheitlicher BR gewählt werden soll. Notwendig ist allerdings, die Durchführung dieser Abstimmung im einzelnen zu regeln. Wenn es in der Begründung heißt, es sei von besonderen Formvorschriften abgesehen worden, insbes. sei keine geheime Abstimmung erforderlich, so ist dies höchst unbefriedigend. Ohne den Schutz eines rechtlich geregelten Verfahrens kann ein entspr. Vorhaben kaum Erfolg haben. Auch hat man vergessen, die Initiatoren in den Schutz des § 15 Abs. 3a KSchG einzubeziehen.

### 3. Übergangs- und Restmandat

Den zahlreichen Umstrukturierungen, die auch auf die betriebliche Ebene durchschlagen, wollen die neuen §§ 21a, 21b Rechnung tragen. § 21a sieht bei Spaltung und Zusammenschluß von Unternehmen ein generelles Übergangsmandat des bisherigen BR vor; die Regelung des § 321 UmwG wird auf alle Spaltungs- und Fusionsvorgänge erstreckt. Außerdem kann das Übergangsmandat durch TV oder Betriebsvereinbarung um weitere 6 Monate verlängert werden.

Geht ein Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung unter, so bleibt nach § 21 b dessen BR solange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung „der damit in Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte erforderlich ist.“ Damit ist das Restmandat gesetzlich anerkannt, freilich in einer inhaltlich verkürzten Form: In der Praxis geht es nicht allein darum, die durch das „Betriebsende“ aufgeworfenen Probleme abzuarbeiten. Vielmehr kann es auch aus der vorangegangenen Zeit noch Unerledigtes geben, so wenn bspw. ein Sozialplan im Beschlußverfahren angefochten wird, der ein Jahr vor Betriebsschließung wegen einer anderen Betriebsänderung vereinbart wurde.

### 4. Vervollständigung der Betriebsverfassung

Der Grundsatz, daß dort mitbestimmt werden muß, wo die Entscheidungen fallen, soll im reformierten Recht besser als im derzeit geltenden realisiert werden. Die Errichtung eines KBR wird deshalb nach dem neugefaßten § 54 Abs. 1 BetrVG obligatorisch; auch ein Quorum für die von den (Gesamt-) BR repräsentierten ArbN ist nicht mehr vorhanden. Die Verweisung auf § 18 Abs. 1 AktG bleibt erhalten, so daß nur der Unterordnungskonzern erfaßt ist, wobei allerdings auch unter bestimmten Voraussetzungen Gemeinschaftsun-

ternehmen einbezogen sind<sup>19</sup>. Auch ein Konzernwirtschaftsausschuß soll nach § 109a BetrVG n. F. obligatorisch werden, wobei mangels Verweisung auf § 106 Abs. 1 BetrVG die Überschreitung der 100-Personen-Grenze nicht verlangt wird.

Nicht nur der Zentralisierung, auch der Dezentralisierung von Entscheidungsstrukturen soll Rechnung getragen werden. Der geplante § 28a BetrVG ermächtigt den BR, bestimmte Aufgaben auf Arbeitsgruppen zu übertragen. Notwendig hierfür ist eine mit dem Arbgeb. abzuschließende Rahmenvereinbarung; außerdem müssen die Aufgaben im Zusammenhang mit den von der Arbeitsgruppe zu erledigenden Tätigkeiten stehen. Die amtliche Begründung nennt als Beispiele u. a. Arbeitszeitfragen, Urlaubsplanung, Arbeitsgestaltung und Durchführung der Gruppenarbeit. Hat eine solche Delegation von Befugnissen stattgefunden, kann die Arbeitsgruppe mit dem Arbgeb. Vereinbarungen schließen, die die Wirkung einer Betriebsvereinbarung nach § 77 BetrVG haben.

Im Grundsatz wird man dies begrüßen können, wenngleich es dazu führen kann, daß der BR in bestimmten Bereichen „abdankt“ und bspw. die Regeln über die Vertrauensarbeitszeit allein den Verhandlungen zwischen der Technikergruppe und dem Arbgeb. überläßt. Das Recht, delegierte Befugnisse zurückzuholen, dürfte in vielen Fällen kaum ausübbar sein. Nicht geregelt ist, ob die Rahmenvereinbarung mit dem Arbgeb. erzwungen werden kann und ob im Konfliktfalle die „Gruppenvereinbarungen“ den normalen Betriebsvereinbarungen vorgehen. Auch können sich Probleme des Geltungsbereichs ergeben, da die Gruppenzugehörigkeit mangels Stellenplan und angesichts sich häufig ändernder Kooperationszusammenhänge (anders als bei einer Einheit der Bundeswehr) durchaus zu Zweifeln Anlaß geben kann. Sinnvoll könnte in solchen Fällen eine „Anpassungsklausel“ sein, die bei Veränderungen des Arbeitsprozesses oder der personellen Zusammensetzung automatisch zu Verhandlungen über eine Anpassung verpflichtet. Die Betriebsverfassung wird schließlich insofern „vollständiger“, als sich Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen auch auf vertretungslose Einheiten erstrecken.

## III. Die personelle Grundlage der Betriebsverfassung

### 1. Der Arbeitnehmerbegriff

Nach der Koalitionsvereinbarung<sup>20</sup> sollte sich die „grundlegende Novelle des BetrVG“ auch auf den Arbeitnehmerbegriff beziehen. Der Entwurf schlägt eine Neufassung des § 5 Abs. 1 BetrVG vor, die wie folgt lauten soll:

„(1) ArbN i. S. dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Als ArbN gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten.“

Im Zusammenhang mit der Wahlberechtigung soll § 7 Abs. 1 um einen Satz 2 ergänzt werden, wo es heißen soll:

„Werden ArbN eines anderen Arbgeb. zur Arbeitsleistung überlassen, so sind diese wahlberechtigt, wenn sie länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden.“

<sup>17</sup> Zu anderen Kriterien wie Spezialität und Günstigkeitsprinzip, die hier m. E. schwerlich passen, s. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 1482 ff.

<sup>18</sup> Grundlegend *BAG*, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; st. Rspr. Dazu *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. 1998, Rn. 935 f.

<sup>19</sup> *BAG* 30. 10. 1986, EZA § 54 BetrVG 1972 Nr. 3.

<sup>20</sup> S. oben Fn. 3.



Beides vermag inhaltlich nicht zu befriedigen. § 5 Abs. 1 knüpft am traditionellen Arbeitnehmerbegriff an, bringt aber gleichzeitig ein beträchtliches Maß an Verwirrung: Die Entgegensetzung von „Betrieb“, „Außendienst“ und „Tele-Arbeit“ setzt stillschweigend voraus, daß die beiden zuletzt genannten Bereiche nicht zum Betrieb gehören sollen; andernfalls wäre ihre ausdrückliche Einbeziehung sinnlos. Damit wird nun plötzlich doch unter der Hand ein neuer, nämlich räumlich beschränkter Betriebsbegriff eingeführt. Dafür müßte man zureichende Gründe anführen, die im Rahmen des § 1 zu erörtern wären. Bislang hat man jedenfalls den Außendienst durchweg zur „betrieblichen“ Arbeit gezählt; lediglich die Zuordnung im Einzelfall konnte zweifelhaft sein<sup>21</sup>. Auch Tele-ArbN werden herkömmlicherweise zu einem Betrieb gezählt<sup>22</sup>. Daß selbständige Außendienstmitarbeiter und Tele-Beschäftigte einbezogen sein sollen (was theoretisch denkbar wäre), muß man angesichts des ausdrücklichen Abstellens auf den Arbeitnehmerbegriff wohl ausschließen. Verwirrung statt Erweiterung. Bei den in § 7 Abs. 1 Satz 2 n. F. gemeinten Leiharbeitnehmern hat man zwar weniger Verständnisprobleme, muß sich allerdings fragen, ob die Zuerkennung des Wahlrechts schon bei einer Einsatzzeit von knapp über 3 Monaten sinnvoll ist. Immerhin beträgt die Wahlperiode des BR weiterhin 4 Jahre, so daß die Dauer des „Gastspiels“ nicht unverhältnismäßig kurz sein sollte. Auch ist zu bedenken, daß angesichts der Dauer des normalen Wahlverfahrens viele Leiharbeiter auf der Wählerliste erscheinen werden, die im Zeitpunkt der Wahl schon nicht mehr im Betrieb tätig sind.

Zwei wichtige Gruppen sind demgegenüber nicht erfaßt, die man in die Betriebsverfassung einbeziehen sollte:

Zum einen sind dies die sog. arbeitnehmerähnlichen Personen. Nach ganz h. A. stehen sie nach geltendem Recht außerhalb der Betriebsverfassung<sup>23</sup>. Dies befriedigt deshalb nicht, weil sie von den in Betrieb und Unternehmen fallenden Entscheidungen in vergleichbarer Weise wie ArbN betroffen sind. Wäre die Betriebsverfassung ausschließlich darauf beschränkt, dem Direktionsrecht des Arbgeb. Grenzen zu ziehen, müßte man dies anders sehen: Da der arbeitnehmerähnliche seine Arbeit (zumindest formal) selbst organisiert, befände er sich in einer grundlegend anderen Situation. Wie die Beteiligungsrechte etwa in personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten deutlich machen, ist die Betriebsverfassung jedoch nicht auf eine so enge Zielsetzung beschränkt. Vielmehr geht es darum, den ArbN durch gleichberechtigte Teilhabe an bestimmten ihn betreffenden Entscheidungen zu schützen<sup>24</sup>. Eine teleologische Betrachtung wird daher nicht beim traditionellen ArbN stehen bleiben können<sup>25</sup>. Rechtsunsicherheiten und Auseinandersetzungen, wie sie bei der Einbeziehung sog. Scheinselbständiger in die Sozialversicherung entstanden sind, sind hier nicht zu befürchten.

Der Begriff des arbeitnehmerähnlichen ist in der Gesetzgebung wie der Rechtsprechung seit vielen Jahren etabliert<sup>26</sup>. Statt mit komplizierten Vermutungsregeln wie in § 7 SGB IV zu arbeiten, könnte der Gesetzgeber schlicht auf § 12a TVG verweisen, wo als maßgebendes Kriterium neben der wirtschaftlichen Abhängigkeit auch die soziale Schutzbedürftigkeit genannt ist<sup>27</sup>. Daß es auch dann Abgrenzungsprobleme geben kann, ist nicht von der Hand zu weisen, gilt in gleicher Weise aber auch für den Arbeitnehmerbegriff selbst: Ob man die „Außengrenze“ des Betriebsverfassungsrechts beim ArbN oder beim arbeitnehmerähnlichen zieht, ist in puncto Exaktheit ohne Bedeutung. Auch sollte man berücksichtigen, daß schon heute ein Teil der arbeitnehmerähnlichen Personen, nämlich die Heimarbeiter, einbezogen sind, sofern sie „in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben“. Andere arbeitnehmerähnliche auszuklammern, wirft nicht nur Gleichheitsprobleme auf. Vielmehr nimmt man sogar

eine viel schwierigere Abgrenzungsproblematik in Kauf, da es für einen Wahlvorstand nicht unbedingt ersichtlich ist, ob jemand „in der Hauptsache“ für den Betrieb tätig gewesen ist. Hat man trotz all dem noch immer die Befürchtung, just bei der Einbeziehung der übrigen arbeitnehmerähnlichen würden sich neuartige Zuordnungsprobleme und entspr. zahlreiche Wahlanfechtungsverfahren ergeben, könnte man daran denken, in Anlehnung an § 18a BetrVG eine Festlegung durch einen Neutralen vorzusehen, die nur wegen offensichtlicher Fehlsamkeit gerichtlich überprüft werden kann.

Viel sinnvoller als die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern, die nach geltendem Recht höchstens ein Jahr im Betrieb tätig sind, wäre eine Konzentration auf jene Beschäftigten, die im Rahmen von Werkverträgen oder auf ähnlicher Grundlage im Auftrag ihres Arbgeb. oft jahrelang im Betrieb tätig sind und voll den dort herrschenden Verhaltensregeln unterliegen. Diese sog. Fremdfirmenleute<sup>28</sup> sind nicht nur vermutlich sehr viel zahlreicher als die Leiharbeiter; ihr Einsatz ist auch an keine zeitlichen Grenzen gebunden. Zwar liegt das Direktionsrecht zumindest formal beim Vertragsarbeitgeber, doch werden sie gleichwohl i. d. R. dem Arbeitszeitregime und den Arbeitsschutzregeln des „Aufnahmebetriebs“ unterliegen und auch dessen Sozialeinrichtungen wie die Betriebskantine benutzen. Auch werden ihnen gegenüber technisch vermittelte Kontrollmaßnahmen i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 angewandt. Die faktische Unterwerfung unter die Regeln des Aufnahmebetriebs rechtfertigt ein Wahlrecht zum BR, das man davon abhängig machen könnte, daß die durch Arbeit vermittelten Kontakte zu den eigentlichen ArbN nicht deutlich geringer als bei normalen Betriebsangehörigen sind. Tut man diesen Schritt, so wird man nicht auf eine kurze Dreimonatsfrist abstellen, sondern die Grenze bei einem halben oder einem ganzen Jahr ziehen.

## 2. Gruppenprinzip und Vertretung der Frauen

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten soll in der Betriebsverfassung keine Rolle mehr spielen. Das Gruppenprinzip wird abgeschafft; angesichts der Angleichung der sonstigen Arbeitsbedingungen besteht für seine Beibehaltung kein Grund mehr. Gleichzeitig soll es auch aus den Mitbestimmungsgesetzen eliminiert werden, wobei jedoch die Sonderstellung der Leitenden erhalten bleibt.

An sich hätte man daran denken können, die eingespielten Regeln zur Gruppen- und Gemeinschaftswahl auf das Verhältnis Männer – Frauen zu übertragen. Dies hat der Referentenentwurf jedoch nicht getan und sich so für eine Vereinfachung des Wahlverfahrens entschieden. Gleichzeitig soll jedoch § 15 Abs. 2 BetrVG in der Weise geändert werden, daß Männer und Frauen in Zukunft ihrem zahlenmäßigen Verhältnis entspr. nicht mehr im Betrieb vertreten sein „sollen“, sondern vertreten sein „müssen“. Was dies im einzelnen für Konsequenzen hat, soll wohl in der Wahlordnung geregelt werden. Dabei ergeben sich schwierig zu lösende Fragen. Wie will man

21 Dazu etwa *Bösche/Grimberg*, Rechtsfragen der Außendiensttätigkeit, FS Gnade, 1992, S. 377 ff.

22 *Wedde*, Telearbeit, 2. Aufl. 1994, S. 207 ff.

23 S. statt aller *Plander*, FS Däubler, 1999, S. 272 ff.

24 S. statt aller *GK-Wiese*, 6. Aufl. 1998, Einl. Rn. 49 ff.

25 Für Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen *Burghardt* u. a., AuR 2000, 207; *Wassermann*, WSI-Mitt 2000, 703; a. A. *Löwisch*, DB 1999, 2211.

26 S. etwa *Appel/Frantziach*, AuR 1998, 93 ff.

27 Dies übersieht *Löwisch*, DB 1999, 2211, der davon ausgeht, allein schon die wirtschaftliche Abhängigkeit schaffe arbeitnehmerähnlichkeit.

28 *Bauschke*, NZA 2000, 1201.

der „Quote“ Rechnung tragen, wenn auf der einzigen eingereichten Liste ein Geschlecht unterrepräsentiert ist? Was geschieht, wenn zwar die Liste die Zusammensetzung der Belegschaft widerspiegelt, nicht aber das Wahlergebnis? Wie ist bei der Einreichung mehrerer Listen zu verfahren? Muß jede zurückgewiesen werden, die nicht die vorgeschriebene Zusammensetzung aus Männern und Frauen hat? Bevor hierzu keine überzeugenden Lösungen entwickelt sind, wird sich § 15 Abs. 2 n. F. im Gesetzgebungsverfahren wohl kaum aufrecht erhalten lassen.

#### IV. Zahl und Arbeitsbedingungen der Betriebsratsmitglieder

Die Globalisierung von Produktion und Handel, die Einführung neuer Technologien sowie neue Organisations- und Arbeitsformen verlangen von BR ein hohes Maß an Arbeitsaufwand und Sachkunde. Der Umgang mit juristischen Kommentaren und mit Bilanzen wird ebenso als selbstverständlich vorausgesetzt wie die Fähigkeit, das Überwachungspotential beim E-Mail-Verkehr einzuschätzen oder mit Interessenvertretern aus einer ausländischen Niederlassung des Konzerns zu kommunizieren. Den Gegenständen nach, die er zu beurteilen hat, ist der BR Co-Manager<sup>29</sup>, ohne allerdings entspr. Mitentscheidungsbefugnisse zu besitzen. Der Referentenentwurf trägt dieser Situation in Ansätzen Rechnung.

##### 1. Zahl der Mitglieder

In Betrieben ab 101 Beschäftigte soll im Vergleich zum geltenden Recht die Zahl der Betriebsratsmitglieder ansteigen. So sind nach § 9 n. F. in Zukunft bei Betrieben mit 101–200 ArbN 7, bei Betrieben mit 201–400 ArbN 9 Betriebsratsmitglieder zu wählen. Bisher war die Schwelle für 7 Personen erst bei 151, die für 9 Personen bei 301 erreicht. Soweit der Kreis der Wahlberechtigten ausgeweitet wird (nach dem Entwurf nur auf Leiharbeitnehmer), gewinnt diese Veränderung zusätzlich an Bedeutung.

##### 2. Freistellungen

Die wohl wichtigste Änderung für die Praxis liegt darin, daß bereits ab 200 ArbN ein Betriebsratsmitglied freizustellen ist. Bei 401–700 ArbN soll es 2, bei 701–1000 ArbN 3 Freigestellte geben. Ausdrücklich wird hervorgehoben, daß das gesetzliche Mindestfreistellungskontingent auch in der Weise ausgeschöpft werden kann, daß sich einzelne Betriebsratsmitglieder nur zu einem Bruchteil ihrer Arbeitszeit freistellen lassen. Dies empfiehlt sich insbes. dort, wo die Arbeit einem schnellen Wandel unterworfen ist und eine Vollfreistellung deshalb häufig dazu führt, daß der Betroffene den Anschluß verliert.

Keine Regelung enthält der Referentenentwurf für die Freistellung in Betrieben mit weniger als 200 Beschäftigten. Dies ist deshalb mißlich, weil es im kleineren Betrieb für ein Betriebsratsmitglied schwierig sein kann, von den Möglichkeiten des § 37 Abs. 2 BetrVG Gebrauch zu machen: Die Arbeit bleibt liegen oder muß von den Kollegen miterledigt werden, die dies als ärgerliche Belastung empfinden werden. Zwar hat der einzelne das Recht und die Arbeitsgerichte auf seiner Seite, zumal er ja einen Beurteilungsspielraum im Hinblick auf den erforderlichen Umfang der Betriebsratsstätigkeit besitzt<sup>30</sup>, doch wird dies häufig nichts an den faktischen Restriktionen ändern. Von großem Nutzen wäre deshalb, könnte sich bspw. ein Betriebsratsmitglied aus einem Betrieb mit 100 Beschäftigten darauf berufen, nach dem Gesetz stehe ihm eine 50%ige Freistellung zu: Für jeden wäre evident, daß der Arbgeb. bei der Organisation des Arbeitsprozesses auf diese gesetzliche Vorgabe Rücksicht nehmen muß, ohne daß die ärgerliche Frage nach der Sinnhaftigkeit von Be-

triebsratsstätigkeit gestellt würde. Eine Ergänzung, die bei 50 ArbN eine Freistellung für  $\frac{1}{4}$ , bei 100 zu  $\frac{1}{2}$  und bei 150 zu  $\frac{3}{4}$  vorsehen würde, könnte sich im übrigen auf den Regierungsentwurf zum BetrVG 1972 stützen, der ab 50 Beschäftigten ein Freistellungskontingent von 12 Stunden pro Woche und ab 151 Beschäftigten ein solches von 24 Stunden pro Woche vorgesehen hatte<sup>31</sup>.

##### 3. Ressourcen für die Aufgabenerfüllung

§ 40 Abs. 2 BetrVG soll in der Weise ergänzt werden, daß der BR auch Anspruch auf „Informations- und Kommunikationstechnik“ haben soll. Der Streit um den Anspruch auf einen PC<sup>32</sup> dürfte damit erledigt sein, doch schließt dies natürlich nicht aus, daß man weiter darüber prozessiert, wie viel Speicherplatz die Festplatte haben darf und ob auch ein Grafikprogramm und ein CD-ROM-Laufwerk beansprucht werden können<sup>33</sup>.

Von entscheidender Bedeutung ist die Möglichkeit, bei nicht ganz alltäglichen Fragestellungen sachkundige Personen einzuschalten. Der geltende § 80 Abs. 3 BetrVG ist insofern defizitär, als der Arbgeb. der Beauftragung eines Externen vorher zustimmen muß; weigert er sich und versucht der BR eine gerichtliche Klärung, kommt oft jede „Hilfe“ zu spät. Es hätte daher nahegelegen, dem BR im Rahmen des Erforderlichen den eigenständigen Rückgriff auf einen Sachverständigen zu ermöglichen, zumal das EBR-Gesetz in § 13 Abs. 4 für das sog. besondere Verhandlungsgremium und in § 29 für den EBR die Zuziehung von Sachverständigen ohne vorherige Billigung durch den Arbgeb. zuläßt. Der Referentenentwurf konnte sich dazu jedoch nicht durchringen. Lediglich bei Betriebsänderungen soll der BR nach dem neuen § 111 Satz 2 das Recht haben, zu seiner Unterstützung einen „Berater“ hinzuzuziehen. In allen anderen Bereichen bleibt der BR auf „Bordmittel“ und gewerkschaftliche Beratung beschränkt. Daran ändert auch der geplante § 80 Abs. 2 Satz 3 nichts, wonach der Arbgeb. dem BR sachkundige ArbN des Betriebs als „Auskunftspersonen“ zur Verfügung zu stellen hat: Nicht immer gibt es sie im Betrieb, nicht immer sind sie in einem Konflikt zwischen Arbgeb. und BR neutral, nicht immer sind sie von ihrer Arbeit her abkömmlich, weshalb der Gesetzgeber dem Arbgeb. das Recht gibt, wegen entgegenstehender betrieblicher Notwendigkeiten nicht die vom BR vorgeschlagene Person zur Verfügung zu stellen. Es mag sein, daß manche Arbgeb. die Befürchtung hegen, der BR würde sich einen Braintrust aufbauen und mit dem Geld des Unternehmens eine alternative Unternehmenspolitik entwickeln und so alle Entscheidungsprozesse viel schwieriger machen. Dem könnte man dadurch Rechnung tragen, daß man bei Meinungsverschiedenheiten über die Zuziehung eines Experten eine schnelle gerichtliche Entscheidung vorsieht, gegen die ein Rechtsmittel nicht möglich sein sollte. Das Verfahren nach § 98 Abs. 1 ArbGG könnte insoweit Anhaltspunkte bieten.

##### 4. Absicherung gegen Versetzungen

Wird ein Betriebsratsmitglied in einen anderen Betrieb desselben Unternehmens versetzt, erlischt automatisch das Mandat. Nach einem Jahr endet auch der nachwirkende Kündigungsschutz. Der vorgeschlagene § 103 Abs. 3 BetrVG will eine mit Amtsverlust verbun-

29 Dazu weiterführend *Farthmann*, FS Stahlhacke, 1995, S. 115 ff.

30 BAG v. 6. 11. 1973, AP Nr. 5 zu § 37 BetrVG 1972; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, BetrVG, 20. Aufl. 2000, § 37 Rn. 35 a, m. w. N.

31 Regierungsentwurf, BR-Drucks. 715/70 § 38 Abs. 1 Satz 2.

32 BAG v. 11. 3. 1998, NZA 1998, 953; 11.11.1998, NZA 1999, 945; 12. 5. 1999, NZA 1999, 1209.

33 Dazu auf der Grundlage eines generellen Anspruchs auf einen PC LAG Baden-Württemberg, LAGE § 40 BetrVG 1972 Nr. 51.

dene Versetzung mit Recht nur noch mit Zustimmung des BR zulassen; diese kann notfalls durch das Arbeitsgericht ersetzt werden, wenn sie aus dringenden betrieblichen Gründen notwendig ist. Der Schutz gilt nicht, wenn sich das Betriebsratsmitglied mit der Versetzung einverstanden erklärt hat.

## V. Neue Aufgaben und neue Beratungsrechte des Betriebsrats

### 1. Betrieblicher Umweltschutz

Nach § 80 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG n. F. hat der BR u. a. die Aufgabe, „Maßnahmen des betrieblichen Arbeitsschutzes und Umweltschutzes zu fördern.“ § 88 Nr. 1a ermächtigt ihn zum Abschluß freiwilliger Betriebsvereinbarungen auf diesem Gebiet. Außerdem hat er – genau wie der Arbgeb. – die zuständigen Behörden bei der Bekämpfung von Gefahren für die Umwelt zu unterstützen. Auf Betriebsversammlungen können aufgrund einer Ergänzung des § 45 Satz 1 BetrVG auch „umweltpolitische“ Angelegenheiten erörtert werden. Dies klingt schön, ist aber auch schon auf der Grundlage des geltenden Rechts möglich<sup>34</sup>. Die vorgeschlagenen Regelungen sind daher eher kosmetischer Natur.

### 2. Beschäftigungssicherung

Nach dem neuen § 92a Abs. 1 BetrVG kann der BR dem Arbgeb. „Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen“. Das Gesetz nennt dabei eine ganze Reihe von Beispielen, die von der Förderung der Altersteilzeit über die Qualifizierung der ArbN bis zur Vergabe von Arbeit an andere Unternehmen reicht. Ein rechtlicher „Zugewinn“ ist nicht erkennbar; dasselbe läßt sich schon heute auf der Grundlage von § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG machen, wonach der BR Maßnahmen beim Arbgeb. beantragen kann, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen. Über die Vorschläge des BR hat der Arbgeb. dann mit ihm zu beraten, was er vernünftigerweise sowieso täte und wozu er wohl auch mit Rücksicht auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet ist. Das einzig neue besteht darin, daß § 92a Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs dem Arbgeb. eine schriftliche Begründung abverlangt, wenn er einen Vorschlag des BR für ungeeignet hält. Der BR hat also so eine Art von Petitionsrecht, was sicherlich in Arbeitsverfassungen einen beträchtlichen Fortschritt darstellen würde, die bislang nach dem Gutsherren- oder Führerprinzip aufgebaut sind. Die Bundesrepublik ist allerdings zu Recht noch nie dieser Gruppe von Staaten zugerechnet worden.

Aber in der ursprünglichen Fassung des Referentenentwurfs kam es schlimmer. Denkbar ist ja, daß der Arbgeb. einen Vorschlag des BR aufgreift und eine Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung schließt. Dies kann er leichten Herzens tun, denn nach § 92a Abs. 2 Satz 3 ist diese Vereinbarung für ihn nicht bindend: Will er von ihr abweichen, „hat er dies dem BR rechtzeitig unter Angabe von Gründen schriftlich mitzuteilen und auf Verlangen des BR mit diesem zu beraten.“ Dem BR ist ein entspr. „Lossagungsrecht“ nicht eingeräumt. Beschäftigungssicherung als einseitig verpflichtender Vertrag? Der Vorschlag lies es überdies offen, ob aufgrund ausdrücklicher Abmachung der Betriebsparteien auch eine normale Betriebsvereinbarung mit normativer Wirkung und Beschränkungen der fristlosen Kündigung vereinbart werden kann. Auch besteht die Gefahr, daß die Beschäftigungssicherungsvereinbarung als eine Art „vorgezogener Interessenausgleich“ qualifiziert und ihre Unverbindlichkeit daher als Argument gegen die Einklagbarkeit des Interessenausgleichs verwendet wird<sup>35</sup>.

Die Streichung des § 92 a wäre nützlich. Sie würde helfen, falsche Vorstellungen über Einwirkungsmöglichkeiten des BR gar nicht erst aufkommen zu lassen, also „Mitbestimmungslyrik“ zu vermeiden und sie würde sicherstellen, daß auch im Betriebsverfassungsrecht weiter der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt.

### 3. Frauenförderung

Schon bisher durfte sich der BR nach § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG für die Durchsetzung der „tatsächlichen Gleichberechtigung“ von Frauen und Männern im Betrieb einsetzen. Aufgrund des neuen § 80 Abs. 1 Nr. 2b soll dies nunmehr auf die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf erstreckt werden. Nach dem vorgeschlagenen § 92 Abs. 3 darf der BR im Rahmen der Beratung über die Personalplanung auch über die Aufstellung und Durchführung von Frauenförderplänen sprechen. Auch eigene Vorschläge sind ihm insoweit erlaubt. Eine ausdrückliche Erwähnung in § 88 oder in § 92a ist jedoch nicht erfolgt.

## VI. Kleine Erweiterungen von Mitbestimmungsrechten

### 1. Absenkung der Grenzwerte

Das Zustimmungsverweigerungsrecht des BR nach § 99 BetrVG sowie das Verhandlungs- bzw. Mitbestimmungsrecht über Interessenausgleich und Sozialplan nach den §§ 111 ff. BetrVG ist bisher davon abhängig, daß in dem fraglichen Betrieb mehr als 20 ArbN beschäftigt sind. Hier soll es in Zukunft allein auf das Unternehmen ankommen, so daß nur wirkliche Kleinunternehmer aus der Mitbestimmung ausgenommen bleiben. Dies ist eine berechtigte Korrektur, da es nicht entscheidend auf die Organisationsstruktur des Arbgeb., sondern auf seine typische wirtschaftliche Belastbarkeit ankommt. Das BAG<sup>36</sup> hat Entsprechendes im Rahmen des § 111 bereits nach geltendem Recht dann angenommen, wenn eine geplante Maßnahme mehrere Betriebe betrifft, und die Frage im übrigen dahingestellt gelassen<sup>37</sup>. Zu beachten ist allerdings, daß die Tatbestände des § 111 Satz 2 sämtlich betriebsbezogen sind, so daß sich das Problem stellt, ob sie ihrerseits einer unternehmensbezogenen Uminterpretation bedürfen. In der Fassung des Referentenentwurfs ist dies nicht anzunehmen, da außer der Ersetzung des Anknüpfungspunkts „Betrieb“ durch „Unternehmen“ keine Änderungen erfolgt sind. Bei einer rein judikativen Fortentwicklung könnte sich dies möglicherweise anders darstellen.

Nach geltendem Recht können Auswahlrichtlinien nach § 95 Abs. 2 nur dann vom BR notfalls über die Einigungsstelle erzwungen werden, wenn der Betrieb mehr als 1000 ArbN beschäftigt. Diese Schwelle soll nach dem Referentenentwurf auf 500 gesenkt werden.

### 2. Abwehr inhumaner Arbeitsbedingungen

Nach § 91 BetrVG hat der BR ein kaum je praktisch werdendes Mitbestimmungsrecht. Es soll dann eingreifen, wenn

- die Arbeitsplätze, der Arbeitsablauf oder die Arbeitsumgebung geändert werden, und zwar in einer Weise,
- die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit

<sup>34</sup> Näher dazu Däubler, Arbeitsrecht 1, a. a. O., Rn. 1267-1272.

<sup>35</sup> Zum Streitstand bzgl. des Interessenausgleichs Nachw. bei DKK-Däubler §§ 112, 112 a Rn. 15 ff.

<sup>36</sup> BAG v. 8. 6. 1999, DB 1999, 1276 = AP Nr. 47 zu § 111 BetrVG 1972.

<sup>37</sup> Für generelles Abstellen auf das Unternehmen Richardi, BetrVG, 7. Aufl., Ergänzungslieferung v. 1. 4. 2000, § 111 Rn. 18; etwas einschränkend Fitting/Kaiser/Heither/Engels, § 111 Rn. 20.



- offensichtlich widerspricht, und wenn dadurch ArbN
- in besonderer Weise belastet werden.

Diese Vorschrift soll nach dem Referentenentwurf dadurch handhabbar gemacht werden, daß der Widerspruch nicht mehr „offensichtlich“ sein muß und daß die ArbN nicht mehr „in besonderer Weise“ belastet sein müssen. Ob dies faktisch wesentliche Veränderungen bringt, bleibt abzuwarten. Bedenklich ist an der alten wie an der neuen Fassung, daß lediglich „Änderungen“ erfaßt sind; gegen veraltete Arbeitsmethoden und Ausstattungen (bei denen am ehesten ein Verstoß gegen gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen wird) kann der BR nichts ausrichten.

### 3. Durchführung von Gruppenarbeit

§ 87 Abs. 1 soll um eine Nr. 13 erweitert werden, wonach die „Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit“ der Mitbestimmung unterliegen sollen. Gleichzeitig wird der Anwendungsbereich der Vorschrift dadurch eingegrenzt, daß Gruppenarbeit näher in dem Sinne definiert wird, daß im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von ArbN eine ihr übertragene Gesamtaufgabe „im wesentlichen eigenverantwortlich“ erledigt. Die Einführung von Gruppenarbeit fällt häufig (wenn auch nicht immer) unter § 111 Satz 2 Nr. 5 BetrVG und löst daher Verhandlungen über einen Interessenausgleich sowie ein Mitbestimmungsrecht über einen Sozialplan aus<sup>38</sup>. Auch die Durchführung ist schon nach geltendem Recht keineswegs generell aus der Mitbestimmung ausgenommen<sup>39</sup>.

### 4. Weiterbildung

Nach dem geplanten § 97 Abs. 2 BetrVG soll der BR in einer ganz bestimmten Konstellation ein Mitbestimmungsrecht auch bei der „Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung“ erhalten; bislang war er insoweit auf ein Beratungsrecht beschränkt und konnte lediglich über die Durchführung einmal beschlossener Maßnahmen mitbestimmen. Voraussetzung für das Eingreifen des § 97 Abs. 2 n. F. ist, daß der Arbgeb. technische Anlagen, Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe oder Arbeitsplätze plant, die dazu führen, „daß sich die Tätigkeit der betroffenen ArbN ändern wird und ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen“. Bei drohendem Qualifikationsverlust (und nur hier) kann der BR initiativ werden, um so zu verhindern, daß ArbN mangels Eignung versetzt oder gekündigt und die neugestalteten Arbeitsplätze mit anderen Personen besetzt werden. Damit ist allerdings nur eine spezifische Konstellation erfaßt. Sinnvoll wäre, auch ein Mitbestimmungsrecht in bezug auf Maßnahmen vorzusehen, die die Erfüllung der aktuellen Aufgaben erleichtern; nichts verursacht so viel Streß wie eine Arbeit, die man nicht voll beherrscht und bei der man immer zu notdürftiger Improvisation gezwungen ist. Außerdem ist auch an den Fall zu denken, daß im Betrieb Arbeitsplätze frei sind oder in absehbarer Zeit frei werden, innerbetriebliche Bewerber jedoch nur dann zum Zug kommen können, wenn sie zunächst eine Weiterbildungsmaßnahme absolviert haben. Ein hier ansetzendes Mitbestimmungsrecht könnte die verbreitete Erscheinung zurückdrängen, daß in bestimmten Tätigkeitsbereichen, etwa bei „Forschung und Entwicklung“, ungewöhnlich lange Arbeitszeiten herrschen, weil außerordentlich viele Aufgaben anfallen und auf dem Arbeitsmarkt keine geeigneten Fachkräfte zu finden sind. Eine rechtzeitig initiierte Weiterbildung im Betrieb Beschäftigter hätte möglicherweise auch die Entstehung der Green-Card-Problematik verhindern können<sup>40</sup>. Leider ist der Referentenentwurf selbst in einer so wenig konfliktträchtigen Materie durch Übervorsicht charakterisiert, obwohl es sich ausschließlich

um Maßnahmen handeln würde, die der Arbeitsproduktivität und so mittelbar dem (vielbeschworenen) Standort Deutschland zugute kämen.

### 5. Fortsetzung der Tätigkeit befristet Beschäftigter

Eine kleine Korrektur wird auch im Rahmen der Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 vorgenommen. Wird ein befristet Beschäftigter trotz gleicher Eignung bei der Einstellung auf eine unbefristete Stelle nicht berücksichtigt, so kann der BR der Einstellung widersprechen. Dies wird praktische Bedeutung nur in dem Fall gewinnen, daß die Eignung nach standardisierten Maßstäben (z. B. nach Examensnoten) bestimmt wird. In allen anderen Fällen hat es der Arbgeb. in der Hand, nach eigenen Maßstäben über die Eignung zu befinden und so dem „Nein“ des BR die Grundlage zu entziehen. Auch ist zu berücksichtigen, daß § 99 im besten Fall zur Verhinderung einer Einstellung führt, jedoch nicht dazu berechtigt, die Berücksichtigung einer bestimmten Person zu erzwingen.

### 6. Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus

Zusätzliche Handlungsmöglichkeiten gewinnt der BR dadurch, daß er nach § 80 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG n. F. Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb beantragen kann, daß er die Integration der im Betrieb beschäftigten ausländischen ArbN auf die Tagesordnung einer Betriebsversammlung setzen und daß er freiwillige Betriebsvereinbarungen über „Maßnahmen zur Integration ausländischer ArbN sowie zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb“ (§ 88 Nr. 4 BetrVG) schließen kann. Bislang hätte er immer in der Gefahr gestanden, daß entspr. Aktivitäten als unerlaubte parteipolitische Betätigungen nach § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG qualifiziert werden. Dazu kommen 2 (eingeschränkte) Mitbestimmungsrechte:

- Nach § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG kann schon bisher die Zustimmung zu einer Einstellung oder Versetzung verweigert werden, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß der Bewerber den Betriebsfrieden durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze stören würde. Dies wird in der Weise spezifiziert, daß als Beispiel für eine solche Störung rassistische oder fremdenfeindliche Betätigung genannt wird.
- Nach § 104 BetrVG kann der BR die Entlassung oder Versetzung betriebsstörender ArbN verlangen. Auch hier wird eine beispielhafte Konkretisierung vorgenommen, wonach insbes. rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen erfaßt sind.

## VII. Auslassungen

### 1. Globalisierung der Wirtschaft

Walter Riester hat in dieser Zeitschrift betont, im Rahmen der Reform der Betriebsverfassung müsse vor allem auf die mit der fortschreitenden Globalisierung der Märkte verbundenen Unternehmensumstrukturierungen reagiert werden<sup>41</sup>. Dies hat im Referentenentwurf keinen Niederschlag gefunden. Die zahlreichen Fragen, die sich stellen, wenn ein Unternehmen oder Konzern Niederlassungen im Ausland hat oder zu einem ausländischen Konzern gehört,

38 DKK-Däubler § 111 Rn. 90; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 11 Rn. 90; *Richardl* § 111 Rn. 112.

39 Überblick über Beteiligungsrechte bei Einführung und Ausgestaltung von Gruppenarbeit bei *Fitting/Kaiser/Heither/Engels*, § 90 Rn. 34.

40 Eingehender zu dieser Problematik *Däubler*, BB 2000, 1190 ff.

41 *Riester*, AuR 2000, 41.

sind nicht angesprochen. Sie beginnen mit der vergleichsweise un-dramatischen Problematik, ob es sich ein BR gefallen lassen muß, auf englisch (oder in einer anderen Fremdsprache) informiert zu werden<sup>42</sup>. Wichtiger ist die Frage, ob die Zusammenarbeit mit ausländischen Interessenvertretungen im Konzern zu den Aufgaben des BR zählt. Darf er bspw. einen Interessenvertreter aus einem französischen Schwesterunternehmen als Referenten zur Betriebsversammlung einladen?<sup>43</sup> Schließlich entspräche es ja wohl dem Geist der Mitbestimmung, die in ausländischen Niederlassungen deutscher Unternehmen tätigen Beschäftigten auf die eine oder andere Art in das System der deutschen Betriebsverfassung einzubeziehen<sup>44</sup>. Zu kreativeren Oppositionszeiten wollte ein Gesetzentwurf der SPD-Fraktion<sup>45</sup> Vertreter der in ausländischen Niederlassungen Beschäftigten in den Wirtschaftsausschuß aufnehmen. Was spricht heute gegen einen solchen Vorschlag?

### 2. Umstrukturierung

Vom Übergangs- und Restmandat einmal abgesehen, ist der BR an Umstrukturierungen nicht über das bisherige Recht hinaus beteiligt. Wie wäre es, wenn er bei den Voraussetzungen von Outsourcing mitbestimmen könnte? Entsprechende Abmachungen gibt es auf freiwilliger Grundlage schon in der Praxis<sup>46</sup>. Natürlich würde dies auf Arbeitgeberseite keine Begeisterungstürme auslösen, doch zeigen die praktischen Beispiele, daß man sich keineswegs im Land Utopia bewegt.

### 3. Tendenzschutz

Keine Änderung soll es im Rahmen des § 118 BetrVG geben. Auch wenn ein Presseunternehmen oder eine private Rundfunkgesellschaft ausschließlich auf höheren Profit aus ist und in keiner Weise bestimmte Überzeugungen verbreitet, wird der Schonbereich des § 118 Abs. 1 gewährt. Nicht einmal ein Wirtschaftsausschuß muß bei Kirch, Springer oder RTL gebildet werden, obwohl von der Verfassung her keinerlei Notwendigkeit für eine solche Einschränkung besteht<sup>47</sup>. Früher hätte man dies darauf zurückgeführt, daß die Medien ebenso mächtig seien wie die Deutsche Bank oder der amerikanische

Präsident – heute sind Aussagen dieser Art unangemessen oder regen – ihre Richtigkeit einmal unterstellt – niemanden mehr auf<sup>48</sup>.

### VIII. Einschätzung

Der Referentenentwurf bringt im organisatorischen Teil einige Verbesserungen; die Handlungsmöglichkeiten des BR sind jedoch immer noch dadurch beeinträchtigt, daß er sich nur ausnahmsweise externe Sachkunde zunutze machen kann. Die neuen „Aufgaben- und Beratungsrechte geben weithin das wieder, was bereits nach geltendem Recht möglich ist – bewegen läßt sich mit ihnen nicht. Die Mitbestimmungsrechte beschränken sich auf Minimalkorrekturen und klammern die wirklichen Fragen aus. Proteste und Ablehnung der Arbeitgeberseite wurden so stark antizipiert, die Schein im Kopf hat so gründlich gearbeitet, daß der Kompromiß eines Kompromisses herausgekommen ist. Trotzdem ist die Kritik führend Arbeitgeberrepräsentanten an Schärfe kaum zu überbieten<sup>49</sup>. Wo wollen und Kompromißbereitschaft läßt sich – so eine alte Erfahrung von Gewerkschaften und BR – eben nicht dadurch erreichen, daß man kaum noch „hier“ zu sagen wagt. In Gefahr und großer Not bringt der Mittelweg den Tod<sup>50</sup>.

42 Dazu neuerdings *Diller/Powietzka*, DB 2000, 718 ff.

43 Bejahend LAG *Baden-Württemberg*, AiB 1998, 342 m. Anm. *Herbst*.

44 Vgl. etwa § 91 BPersVG zu den Auslandsdienststellen des Bundes, bei denen die Ortskräfte eine Vertretung haben müssen.

45 BT-Drucks. 12/4620.

46 S. das Beispiel der Frankfurter Flughafen AG bei *Däubler/Erhardt*, AiB 1998, 677: Fremdvergabe von Aufträgen nur, wenn dadurch mehr als 30 % der Kosten eingespart werden; last call für die betroffene Abteilung.

47 Dazu zuletzt *Kreuder*, AuR 2000, 122 ff.

48 Als Parallele läßt sich der Streit um das Medienprivileg nach § 41 BDSG nennen; erst als die Presse zufrieden gestellt war, konnte die Beratung der neuen BDSG ihren Fortgang nehmen.

49 S. die Nachweise oben Fn. 4–8.

50 *Alexander Kluge*, Buchtitel.

## Die alte und neue Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung\*

Fachanwalt für Arbeitsrecht Rütger Boeddinghaus, Karlsruhe

### 1. Inner- und außerbetriebliche Kündigungsgründe

Die Unterscheidung zwischen inner- und außerbetriebsbedingten Kündigungen ist wegen der unterschiedlichen Kontrolldichte bei der arbeitsgerichtlichen Prüfung der Kündigungsrechtfertigungsgründe bedeutsam.

Unter außerbetriebsbedingten Kündigungen verstehen wir solche Sachverhalte, bei denen der Wegfall des Beschäftigungsinteresses i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG unmittelbar auf Faktoren zurückgeht, die von außen auf den Betrieb einwirken, wie etwa ein konjunkturbedingter Auftragsrückgang. War z. B. die ursprüngliche Arbeitsmenge A1 mit der Belegschaftsstärke B1 zu bewältigen, so kann ein Rückgang der Arbeitsmenge auf A2 eine Reduzierung der Belegschaft auf die Stärke B2 rechtfertigen. Der Unternehmer beugt sich

mit der Entschließung zur Kündigung des Delta B1/B2 außerbetrieblichen Umständen. Er handelt gewissermaßen aus einer Zwangslage heraus. Seine Kündigungsentscheidung ist als einschlichte Reaktion mit konservativem Inhalt darauf gerichtet, das Verhältnis A/B wiederherzustellen.

Die innerbetriebsbedingte Kündigung ist zwar regelmäßig auch durch außerbetriebsbedingte Umstände veranlaßt, jedoch nicht erzwingen. Sie wird vermittelt durch die dazwischengetretene unternehmerische Entscheidung, die selbst den Grund für den Wegfall des Beschäftigungsinteresses darstellt. Die Unternehmerentschei-

\* Zugleich Anmerkung zu den Urten. des BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98 und 141/99, AuR 1999, 353.