

Erster Teil. Allgemeine Vorschriften

1 *Einrichtung von Betriebsräten*

(1) In Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, werden Betriebsräte gewählt. Dies gilt auch für gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen.

(2) Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen wird vermutet, wenn

1. zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden oder
2. die Spaltung eines Unternehmens zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebs- teile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert.

1. **I. Betriebsratsfähigkeit.** In einem Betrieb mit idR mindestens fünf ständigen wahlberechtigten ArbN, von denen drei wählbar sind, kann ein BR gewählt werden. Lässt man die Frage der aktiven oder passiven Wahlberechtigung einmal unberücksichtigt (vgl. §§ 7 Rz. 1 ff., 8 Rz. 4 ff.), muss damit in dem in Rede stehenden Betrieb der Schwellenwert von mindestens fünf ArbN erreicht werden. Insoweit sei auf die Komm. zu § 5 I hingewiesen, die hier maßgeblich ist. Dabei werden Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte gleichermaßen erfasst¹. Unerheblich ist auch, ob es sich um ein aktives oder ruhendes ArbVerh handelt². Entscheidend ist allein, ob die Zahl der ArbVerh idR erreicht wird³. Sollte der Betrieb im Zeitpunkt der Einleitung der Wahl möglicherweise nur vier ständige ArbN haben, steht dies BR-Fähigkeit nicht entgegen, wenn ihre Zahl „in der Regel“ bei fünf oder mehr ArbN liegt und drei von ihnen wählbar sind⁴. Hierbei ist die Vergangenheit zu betrachten und eine Prognose hinsichtlich der künftigen Entwicklung anzustellen⁵, Letzteres aber nur, wenn konkrete Entscheidungen des ArbGeb vorliegen, die eine Änderung der Beschäftigtenzahl erwarten lassen⁶. Wird durch Rationalisierung die Belegschaftsstärke reduziert, um den Betrieb in vermindertem Umfang fortzuführen, und stabilisiert sich der Personalbestand auf niedrigerem Niveau, folgt daraus die neue, den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke. Höhere Belegschaftszahlen der Vergangenheit sind irrelevant⁷. Zeiten außergewöhnlichen Arbeitsanfalls oder zeitweiligen Beschäftigungsrückgangs sind unerheblich⁸. Zu den regelmäßig Beschäftigten gehört, wer wegen der ihm übertragenen Arbeitsaufgabe nicht nur vorübergehend dem Betrieb angehört⁹.
2. **II. Beteiligungsrechte und Rechtsstellung des Betriebsrats.** Als Formen der Beteiligung des BR nennt das Gesetz Unterrichtungs-, Anhörungs- und Vorschlagsrechte, Beratungsrechte sowie MitbestR in der Form von Zustimmungsverweigerungsrechten oder Zustimmungserfordernissen bzw. Initiativrechten. Die Absicherung der Beteiligungsrechte erfolgt über individualrechtl., kollektivrechtl. und strafrechtl. Sanktionen sowie ergänzende Handlungsmöglichkeiten, die die Rspr entwickelt hat (Bsp.: Allgemeiner Unterlassungsanspruch¹⁰).
3. Auf die gesetzl. Beteiligungsrechte kann nicht wirksam verzichtet werden. Auch eine Einschränkung ist unwirksam, wenn sie nicht in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt erfolgt und insoweit Ergebnis einer Ausübung des Beteiligungsrechts ist. Beteiligungsrechte können allerdings – jedenfalls in den Grenzen der funktionalen Zuständigkeit des BR – weitgehend durch freiwillige BV erweitert werden. Die Ausweitung der Mitbest. durch TV hat keine größere praktische Bedeutung.
4. Der BR als wichtigster Träger der Beteiligungsrechte besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit. Er ist weder rechts- noch vermögensfähig¹¹. Er besitzt nur eine betriebsverfassungsrechtl. Teilrechtsfähigkeit. Dies gilt unter anderem für den Informationsanspruch nach § 80 II und die Beteiligungsfähigkeit des BR nach § 10 ArbGG. Im Rahmen der Betriebsverfassung kann er, wie § 40 zeigt, auch Träger vermögensrechtl. Ansprüche und Rechtspositionen sein, so dass er im Rahmen seiner betriebsverfassungsrechtl. Befugnisse mit Dritten (Rechtsanwälte; Sachverst. ua.) Verträge schließen kann¹². Die Kostentragungspflicht des ArbGeb in § 40 I begründet zwischen diesem und dem BR ein gesetzl. Schuldverhältnis¹³. Der BR haftet als Organ nicht aus unerlaubter Handlung. Die einzelnen BR-Mitglieder haften nach den allg. Regeln. Sie haften daher grds. wie andere ArbN aus unerlaubter Handlung und sittenwidriger Schädli-

1 Vgl. LAG Hamm v. 11.5.1979 – 3 Ta BV 9/79, DB 1979, 2380; GK-BetrVG/Franzen, § 7 Rz. 25; Fitting, § 1 Rz. 272; HSWG/N/Rose, § 5 Rz. 38. ||2 GK-BetrVG/Franzen, § 7 Rz. 22; DKKW/Trümner, § 1 Rz. 182. ||3 Richardi/Richardi, § 1 Rz. 116; DKKW/Trümner, § 1 Rz. 183. ||4 Vgl. Fitting, § 1 Rz. 273. ||5 BAG v. 22.2.1983 – 1 AZR 260/81, AP Nr. 7 zu § 113 BetrVG 1972 Bl. 3. ||6 GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rz. 99; Etzel, Betriebsverfassungsrecht, Rz. 85. ||7 BAG v. 9.5.1995 – 1 ABR 51/94, NZA 1996, 166 (167). ||8 Vgl. BAG v. 22.2.1983 – 1 AZR 260/81, AP Nr. 7 zu § 113 BetrVG 1972 Bl. 4; v. 9.5.1995 – 1 ABR 51/94, DB 1995, 2075. ||9 Richardi/Richardi, § 1 Rz. 112; Fitting, § 1 Rz. 272. ||10 Vgl. BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, NZA 1995, 484.; v. 23.6.2009 – 1 ABR 23/08, nv. ||11 BAG v. 24.4.1986 – 6 AZR 607/83, NZA 1987, 100 (101); Fitting, § 1 Rz. 199. ||12 Vgl. GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rz. 77; Richardi/Richardi, Einl. Rz. 111; aA Jahnke, RdA 1975, 343 (345). ||13 GK-BetrVG/Franzen, § 1 Rz. 76; DKKW/Wedde, Einl. Rz. 123; Richardi/Richardi, Einl. Rz. 112.

gung. Eine „amtsbedingte“ Ausweitung der Haftung findet nicht statt. In der Inanspruchnahme von MitbestR liegt keine Pflichtverletzung. In der Betriebsverfassung wird der BR im eigenen Namen kraft Amtes tätig. Seine Rechte kann er gerichtlich durchsetzen. Im arbeitsgerichtl. Beschlussverfahren ist er nach § 10 ArbGG beteiligungsfähig (parteifähig). Er darf grds. nicht die Interessen eines einzelnen ArbN verfolgen; seine Aufgabe ist der Schutz der Belegschaft¹. Die BR-Mitglieder dürfen nach § 78 S. 1 in der Ausübung ihrer Tätigkeit weder gestört noch behindert werden. Dieses Verbot richtet sich nicht nur gegen den ArbGeb, sondern gegen Jedermann. BR-Mitglieder dürfen darüber hinaus nach § 78 S. 2 wegen ihrer BR-Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Sie üben ihr Amt unentgeltlich aus; für die Dauer der erforderlichen BR-Tätigkeit und des Besuchs von Schulungsveranstaltungen besteht allerdings ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (§ 37). § 103 BetrVG und § 15 KSchG schützen BR-Mitglieder in besonderer Weise gegen Kündigungen.

III. Betriebsbegriff. 1. Vorbemerkung. Ausgehend davon, dass § 1 die BR-Fähigkeit eines Betriebs regelt, ist für die Kennzeichnung des Betriebs iSd. § 1 am Zweck der betrieblichen Mitbest. anzuknüpfen. Für die Betriebsverfassung ist der Betrieb kein Funktions-, sondern ein Repräsentationsbereich. Das Unternehmen knüpft an den Rechtsträger an². Die Betriebsverfassung gibt den gewählten ArbN-Vertretungen Beteiligungsrechte an Entscheidungen des ArbGeb. Sie ist damit zunächst einmal auf einen bestimmten ArbGeb bezogen. Der BR ist keine Vertretung bestimmter ArbN-Gruppen, sondern repräsentiert die gesamte Belegschaft eines Betriebs (einheitliche ArbN-Repräsentation).

2. Allgemeiner Betriebsbegriff. Das Gesetz enthält keine Definition. Der Begriff des Betriebs wird vorausgesetzt. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Betriebsverfassung muss deshalb eine Auslegung vorgenommen werden, die als Ausgangspunkt die Definition *Jacobis*³ zugrunde legen kann⁴. Danach ist der Betrieb die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und materiellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung des von einem oder mehreren Rechtsträgern gemeins. gesetzten technischen Zwecks⁵. Da mit den Beteiligungsrechten des BR eine effektive Vertretung der ArbN-Interessen ggü. dem ArbGeb sichergestellt werden soll, muss als dann entscheidendes Merkmal der organisatorischen Einheit der einheitliche Leitungsapparat in den wesentlichen mitbestimmungs- und mitwirkungspflichtigen Angelegenheiten herangezogen werden. Diese gesetzgeberische Entscheidung bringt auch Abs. 2 zum Ausdruck, wenn dort auf den „Einsatz“ der ArbN und Betriebsmittel (Nr. 1) und die „Organisation des betroffenen Betriebs“ (Nr. 2) abgestellt wird. Daran anschließend wird der Betrieb deshalb zu Recht als organisatorische Einheit definiert, innerhalb deren ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt⁶. Entscheidend ist die Einheit der Organisation, weniger der arbeitstechnischen Zweckbestimmung⁷. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Wege einer typologischen Betrachtung festzustellen⁸. Dabei wird der Betrieb durch eine Vielzahl von Merkmalen beschrieben, die in sehr unterschiedlichen Ausführungen iSv. „mehr oder weniger“ vorliegen, im Einzelfall aber auch fehlen können.

3. Kriterien einer Kennzeichnung des Betriebs. Übergreifende Leitungsstruktur in personellen und sozialen Angelegenheiten: Die für einen Betrieb notwendige Organisationsstruktur setzt eine übergreifende Leitungsstruktur zur Entscheidung und Umsetzung der wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten voraus. Maßgebend ist, dass die vorhandenen materiellen und immateriellen Arbeitsmittel unter Berücksichtigung der daran anknüpfenden Beteiligungsrechte des BR zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird⁹. Wenn diese Beteiligungsrechte Wirkung zeigen sollen, müssen sie an einer Stelle ansetzen, die die hierfür maßgeblichen Entscheidungen trifft bzw. ihre Umsetzung zu verantworten hat. Dabei ist keine Konzentration dieser arbeitgeberseitigen Befugnis in einer einzigen Person erforderlich. Anders wäre ein wirkungsvolles Personal-Management in größeren Betrieben schon wegen der Notwendigkeit, in Fachfragen jeweils eine kompetenzbezogene Zuständigkeit auch für solche Angelegenheiten aufzubauen, die mit Beteiligungsrechten des BR verbunden sind, nicht zu realisieren. Vielmehr genügt es, wenn die Entscheidungsbefugnis vor allem in Bezug auf Einstellungen und Entlassungen, die Personalplanung, die Arbeitsverteilung, die Anwendung technischer Einrichtungen oder die Verteilung der Arbeitszeit sowie Vergütungsfragen im Wesentlichen von einem einheitlichen Leitungsapparat abgeleitet und von diesem einheitlichen Leitungsapparat aus gesteuert wird¹⁰, selbst wenn die fachliche Zuständigkeit oder wirtschaftl. Verantwortlichkeit dezentral bzw. im Rahmen einer Matrix aufgeteilt wird. Folgerichtig steht auch eine Matrixstruktur mit standort- oder unternehmensübergreifenden Zuständigkeiten einer betriebsverfassungsrechtl. Kennzeichnung hiervon getrennter Betriebsstrukturen nicht entgegen. Auch dem BR können unterschiedliche Verhandlungspartner gegenüberste-

¹ Vgl. BAG v. 17.10.1989 – 1 ABR 75/88, NZA 1990, 441 (442). ||² *Richardi*, FS Wiedemann, 2002, S. 493 (501, 503). ||³ In FS Ehrenberg, S. 1 (9). ||⁴ Krit. *Joost*, Betrieb und Unternehmen, S. 83 (84); *Preis*, RdA 1999, 311 (313); *Preis*, RdA 2000, 257 (268). ||⁵ Vgl. nur BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (256). ||⁶ Vgl. BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1308). ||⁷ Vgl. nur BAG v. 23.3.1984 – 7 AZR 515/82, NZA 1984, 88; v. 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, NZA 1989, 190. ||⁸ Zutr. *Fromen*, FS D. Gaul, 1992, S. 151 (174). ||⁹ BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74 (75); v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1308). ||¹⁰ *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 36.

BetrVG § 1 Rz. 8

Einrichtung von Betriebsräten

hen, ohne dass damit ein einheitlicher Leitungsapparat ausgeschlossen wäre¹. Umgekehrt kann trotz dezentral tätiger Personalreferenten oder Marktleiter eine zentrale Steuerung durch einen zentralen Personalleiter gegeben sein².

- 8 **Entscheidungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten** können zentral oder dezentral getroffen und in ihrer Umsetzung gesteuert werden. Für den Betriebsbegriff spielt dies keine Rolle³.
- 9 **Räumliche Nähe** verschiedener Einheiten ist allenfalls ein Indiz für das Vorliegen eines Betriebs⁴, das allerdings durch die Ergebnisse einer Bewertung der Organisationsstruktur verdrängt wird. Die räumliche Einheit ist für die Annahme eines Betriebs aber weder erforderlich noch ausreichend⁵. Dies belegt § 4 I Nr. 1, wonach Betriebsteile als selbständige Betriebe gelten, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind. Wären räumlich nicht verbundene Organisationseinheiten stets selbständige Betriebe, wäre diese Regelung überflüssig. Die räumlich weit entfernten Betriebsteile bleiben Betriebsteile, werden aber kraft Fiktion als Betriebe behandelt (§ 4 I: „gelten als selbständige Betriebe“). In diesen Betriebsteilen kann zwar ein BR errichtet werden, dies macht die Einheiten indes nicht zu selbständigen Betrieben⁶.
- 10 **Unterschiedliche arbeitstechnische Betriebszwecke** stehen der Annahme eines Betriebs nicht entgegen. In einem Betrieb können verschiedene solcher Zwecke verfolgt werden⁷. Ein wechselseitiger Bezugspunkt der Arbeiten ist nicht erforderlich⁸.
- 11 **Eine einheitliche Betriebsgemeinschaft** ist schon wegen ihrer subjektiven Determination kein geeignetes Kriterium zur Feststellung eines Betriebs⁹. Schon der Indizcharakter erscheint zweifelhaft¹⁰.
- 12 **Der Betriebsinhaber** ist zwar Anknüpfungspunkt für die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte des BR, für die Kennzeichnung einer Einheit als Betrieb indes ohne besondere Bedeutung. Dies macht bereits die Figur des gemeins. Betriebs deutlich, bei der mehrere Rechtsträger gemeins. Betriebsinhaber sind (vgl. Rz. 13 ff.). IU lässt der Wechsel des Betriebsinhabers (zB Übergang nach § 613a BGB) den Betrieb in seiner Identität zunächst einmal unberührt. Wegen weiterer Einzelheiten von Veränderungen auf der Betriebs- oder Unternehmensebene in Bezug auf den Betrieb und die dort bestehenden BV vgl. §§ 21a, 21b, 77 BetrVG, 613a BGB.
- 13 **IV. Gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen. Gesetzliche Kennzeichnung:** Abs. 1 S. 2 erkennt den gemeins. Betrieb mehrerer Unternehmen als Organisationsform des Betriebsverfassungsrechts an, enthält aber keine Definition. Daher muss weiterhin an die von Rspr. und Lit. entwickelten Kriterien angeknüpft werden. Für Anerkennung eines gemeins. Betriebs mehrerer Unternehmen müssen im Wesentlichen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:
- 14 **Übergreifender Leitungsapparat:** Zunächst einmal müssen die Betriebsmittel, die von Seiten der beteiligten Rechtsträger in die in Rede stehende Einheit eingebracht wurden, in einer übergreifenden Organisationsstruktur für einen oder mehrere arbeitstechnische Zwecke zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft dabei von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden. Eine bloße Zusammenarbeit genügt nicht¹¹. Vielmehr muss diese Zusammenarbeit auf der Basis eines gemeins. Einsatzes – also einer übergreifenden Steuerung – erfolgen. Dies unterscheidet die Tätigkeit von einer Arbeitnehmerüberlassung oder dem Einsatz auf Grund Dienst- oder Werkvertrags¹². Für einen gemeins. Betrieb ist erforderlich, dass ArbGebFunktionen in den wesentlichen personellen und sozialen Fragen von derselben institutionalisierten Leitung ausgeübt werden. Entsprechend den Feststellungen zum Betrieb eines einzigen Unternehmens (Rz. 7) müssen die Arbeitsabläufe in personeller, technischer und organisatorischer Hinsicht unterhalb einer unternehmensübergreifenden Leitungsstruktur zur Erfüllung der arbeitstechnischen Zweckbestimmung verknüpft sein¹³. Es genügt nicht, dass zB Servicefunktionen (Bsp.: Lohn- und Gehaltsabrechnung, Ausarbeitung von Formularvereinbarungen) von einem Rechtsträger für den anderen erledigt werden¹⁴. Auch eine zentrale Beratung in arbeitsrechtl. Angelegenheiten bzw. die Unterstützung bei Verhandlungen mit örtlichen BR genügt nicht, um von einer übergreifenden Steuerung auszugehen. Erforderlich ist insb., dass über Einstellungen, Entlassungen, etwaige Überstunden, Versetzungen, Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitszeitfragen übergreifend von einer Stelle/Abteilung aus entschieden wird¹⁵. Dies bewirkt eine Einheit der Organisation. Ein einheitlicher arbeitstechnischer Betriebszweck

1 DKKW/*Trümmer*, § 1 Rz. 69. || 2 Vgl. BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33. || 3 BAG v. 18.1.1990 – 2 AZR 355/89, NZA 1990, 977 (978). || 4 BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498 (1499). || 5 AA *Gamillscheg*, ZfA 1975, 357 (399); *Gamillscheg*, AuR 1989, 33; *Joost*, Betrieb und Unternehmen, S. 232. || 6 Vgl. *Hanau*, ZfA 1990, 115 (118); GK-BetrVG/*Franzen*, § 4 Rz. 18; *Richardi/Richardi*, § 1 Rz. 35 ff. || 7 Vgl. BAG v. 23.3.1984 – 7 AZR 515/82, NZA 1984, 88 (89); unklar BAG v. 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583 (585). || 8 BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498 (1500). || 9 Zurückhaltend nur BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498 (1500). || 10 So BAG v. 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, DB 1987, 1202. || 11 BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257); *Zöllner*; FS Semler, 1993, S. 995 (1005). || 12 BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (258). || 13 BAG v. 18.1.1990 – 2 AZR 355/89, NZA 1990, 977 (978). || 14 BAG v. 22.6.2005 – 7 ABR 47/05, NZA 2005, 1248 (1249). || 15 Vgl. BAG v. 21.2.2001 – 7 ABR 9/00, EzA § 1 BetrVG Nr. 11 S. 5.

Einrichtung von Betriebsräten

Rz. 16 § 1 BetrVG

ist nicht erforderlich (vgl. Rz. 10). In dieser Einheit können die beteiligten Unternehmen unterschiedliche Zwecke verfolgen, die in keinem unmittelbaren funktionellen Zusammenhang stehen müssen¹.

Eine Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung der Leitungsmacht (Führungsvereinbarung) ist zwar – entgegen anderer Bewertungen² – erforderlich³, hat aber kaum praktische Relevanz. Denn eine solche Vereinbarung kann auch konkludent geschlossen werden⁴. Insofern können auch die tatsächlichen Umstände das Vorliegen einer solchen Vereinbarung nahe legen⁵. Anhaltspunkt hierfür ist, dass wesentliche Fragen in personellen und sozialen Angelegenheiten im wechselseitigen Einvernehmen durch einen gemeins. Leitungsapparat gesteuert werden, ohne dabei auf die unterschiedlichen arbeitsvertragl. Bindungen Rücksicht zu nehmen⁶. Dass einzelne Maßnahmen separat von den beteiligten Unternehmen veranlasst werden, ist unschädlich. Auch im Betrieb eines einzigen Unternehmens müssen nicht alle Entscheidungen zentral getroffen werden⁷. Wichtig ist nur, dass durch die Vereinbarung gewährleistet ist, dass der BR in Fragen der sozialen und personellen Mitbest. jeweils einen zu einer einheitlichen Willensbildung für alle Unternehmen fähigen Ansprechpartner hat⁸. Dabei können auch juristische Personen des öffentl. Rechts einbezogen werden⁹, sofern es sich bei Vereinbarung nicht um einen öffentl.-rechtl. Vertrag handelt¹⁰.

Indizien für das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs¹¹ sind einheitliche Ausübung der Leitungsmacht in den wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten¹², Austausch von ArbN¹³ und gemeins. Nutzung von Betriebsmitteln¹⁴, Personenidentität in den Unternehmensorganen (Geschäftsführer/Vorstand)¹⁵ und/oder der diesen Organen nachgeordneten Ebene, soweit diese für beide Unternehmen die Entscheidungen in wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten trifft¹⁶, gemeins. Personalabteilung¹⁷, räumliche Nähe zwischen Betriebsstätten¹⁸, übergreifende Urlaubsplanung und Krankheitsvertretung¹⁹. Derselbe Geschäftsführer kann die Unternehmen auch organisatorisch voneinander getrennt leiten, insb. dann, wenn auf den nachgeordneten Ebene keine personenidentische Besetzung der für die wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten maßgeblichen Funktionen erfolgt. Dass einzelne Entscheidungen übergeordnet getroffen werden, spielt keine Rolle²⁰. Nur untergeordnete Bedeutung haben die zentrale Steuerung isolierter Personalfragen (zB Altersversorgung, Ausbildung²¹, Auslandsentsendung, Fort- und Weiterbildung). Die Bildung einer steuerlichen Organisation zwischen den beteiligten Rechtsträgern kann auch mit Blick auf die personelle Verflechtung nur ein Indiz für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs darstellen²², da die hierfür erforderliche Eingliederung in finanziellen, wirtschaftl. und organisatorischen Angelegenheiten die Willensbildung auf Unternehmensebene betrifft²³; Betriebe können losgelöst davon (weiterhin) selbständig geführt werden²⁴. Ohne Bedeutung für das Vorliegen eines gemeins. Betriebs sind eine gesellschaftsrechtl. Einflussnahme²⁵, Weisungen oder die mit einem Konzernverhältnis verbundene Beherrschung eines Unternehmens durch ein anderes²⁶, eine Identität der Gesellschafter²⁷ oder der Abschluss eines Beherrschungs²⁸

1 BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 6/97, NZA 1998, 723 (724). ||2 LAG Nds. v. 23.4.1990 – 3 Ta BV 27/90, LAGE § 1 BetrVG 1972 Nr. 3 S. 3; LAG Hamburg v. 22.10.1997 – 4 Ta BV 9/95, LAGE § 1 BetrVG 1972 Nr. 4 S. 8. ||3 BAG v. 21.2.2001 – 7 ABR 9/00, Eza § 1 BetrVG 1972 Nr. 11 S. 4; v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257); B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 66. ||4 BAG v. 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, NZA 1989, 190 (191). ||5 BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914; v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). ||6 BAG v. 21.2.2001 – 7 ABR 9/00, Eza § 1 BetrVG Nr. 11 S. 3; v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). ||7 BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, DB 1996, 2131. ||8 BAG v. 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, NZA 1989, 190 (191); v. 23.11.1988 – 7 AZR 121/88, NZA 1989, 433 (434). ||9 Vgl. BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, DB 1996, 2131 f.; BVerwG v. 13.6.2001 – 6 P 8.00, AP Nr. 14 zu § 1 BetrVG 1972 – Gemeinsamer Betrieb Bl. 5 f. ||10 LAG Hess. v. 16.8.2007 – 9 TaBV 28/07, nv. ||11 Ausf. Sick, BB 1992, 1129; DKKW/Trümmer, § 1 Rz. 74c; B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 69 ff. ||12 BAG v. 7.8.1988 – 7 ABR 10/87, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972 Bl. 4; v. 29.12.1987 – 6 ABR 23/85, NZA 1987, 707 (708). ||13 BAG v. 19.2.2002 – 1 ABR 26/01, AP Nr. 13 zu § 4 BetrVG 1972 Bl. 2; lediglich Personalgestellung hingegen nicht ausreichend, wenn das personalstellende Unternehmen an der Einsatzsteuerung durch das andere Unternehmen nicht beteiligt ist; BAG v. 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583 (585). ||14 BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110 (1112); v. 18.1.1990 – 2 AZR 355/89, NZA 1990, 977 (978). ||15 BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914; abw. BAG v. 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583 (585). ||16 Vgl. BAG v. 14.12.1994 – 7 ABR 26/94, Eza § 1 BetrVG 1972 Nr. 9 S. 2 f.; v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). ||17 BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). ||18 Vgl. BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1995, 1110 (1111); v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914; allerdings ist dieses Kriterium für das Bestehen eines gemeins. Betriebs weder notwendige Voraussetzung, noch schließt ihr Nicht-Vorhanden-Sein ein solches aus: vgl. BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, NZA 2000, 1119 (1120); v. 19.6.2001 – 1 ABR 42/00, NZA 2001, 1263 (1264); aA Joost, Betrieb und Unternehmen S. 241, 265; Gamillscheg, ZfA 1975, 357 (399). ||19 BAG v. 18.10.2006 – 2 AZR 434/05, DB 2007, 810 (812). ||20 BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914. ||21 Abw. DKKW/Trümmer, § 1 Rz. 74c. ||22 Vgl. BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (259): Organvertrag genügt nicht. ||23 Vgl. BFH v. 3.4.2008 – V-R-76/05, BB 2008, 2109 (2110). ||24 BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914; aA Growe/Grüninger, AiB 2001, 580 (583); für indiziellen Charakter auch DKKW/Trümmer, § 1 Rz. 75b. ||25 BAG v. 22.3.2001 – 8 AZR 565/00, NZA 2002, 1349 (1356); v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1309). ||26 BAG v. 11.12.2007 – 1 AZR 824/06, NZA-RR 2008, 298 (299). ||27 WHSS/Hohensstatt, Rz. D 43; abw. noch BAG v. 29.1.1987 – 6 ABR 23/85, NZA 1987, 707 (708), das darin einen zu berücksichtigenden Umstand gesehen hatte. ||28 BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (259).

BetrVG § 1 Rz. 17

Einrichtung von Betriebsräten

oder Ergebnisabführungsvertrags bzw. die Bildung eines (qualifiziert) faktischen Konzerns zwischen den beteiligten Rechtsträgern¹, eine übergreifende Steuerung in wirtschaftl.-kaufmännischen Angelegenheiten², die Nutzung gemeins. Sozialeinrichtungen (zB Kantine, Betriebskrankenkasse, Pensionskasse, Betriebsarzt)³, oder die übergreifende Abwicklung von Servicefunktionen in personellen, technischen oder kaufmännischen Angelegenheiten (zB Buchhaltung, Controlling, Lohn- und Gehaltsabrechnung⁴, Rechnungswesen⁵, Druckerei, Hausmeister, Haustechnik⁶, technischer Notdienst), eine interne Kostenverrechnung der beteiligten Rechtsträger, die auch bei dienst- oder werkvertragl. Zusammenarbeit oder AÜ erfolgen kann⁷, die gemeins. Nutzung von Werkswohnungen oder einer bestimmten Infrastruktur (zB Werkschutz, Telefonanlage, Abfallentsorgung, Postverteilung, Warenannahme, Stromversorgung)⁸ oder das subjektive Verbundenheitsgefühl der ArbN⁹.

- 17 V. Vermutung eines gemeinsamen Betriebs (Abs. 2). 1. Zusammenarbeit der beteiligten Rechtsträger (Nr. 1).** Nach Abs. 2 Nr. 1 wird das Vorliegen eines gemeins. Betriebs iSd. BetrVG vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die ArbN von den Unternehmen gemeins. eingesetzt werden. Dabei genügt es, wenn die wesentlichen Ressourcen der beteiligten Rechtsträger einbezogen werden. Alle ArbN oder alle Betriebsmittel müssen nicht erfasst werden¹⁰. Für einen Rückgriff auf die gesetzl. Vermutung ist eine „gemeinsame Nutzung“ der Betriebsmittel und ArbN indes nicht ausreichend. Vielmehr muss dargelegt und ggf. bewiesen werden, dass ein „gemeinsamer Einsatz“ erfolgt, also eine übergreifende Steuerung der ArbN in den wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten durch einen einheitlichen Leitungsapparat gegeben ist¹¹. An dieser Tatsache erst knüpft die gesetzliche Vermutung an¹². Ohne den Nachweis einer einheitlichen Leitung bedarf es keines Rückgriffs auf Abs. 2¹³. Schließlich baut das Gesetz auf der früheren Rspr. zum gemeins. Betrieb auf¹⁴. Ersetzt wird durch die Vermutung in Abs. 2 Nr. 1 nur der Nachweis, dass der gemeins. Steuerung eine entsprechende Führungsvereinbarung zugrunde liegt¹⁵. Eine bestimmte Dauer des gemeins. Einsatzes ist nicht erforderlich. Ein Betrieb kann auch für eine vorübergehende Zusammenarbeit gebildet werden. Bloße Dienstleistungsvereinbarungen oder eine arbeitsteilige Zusammenarbeit genügen nicht¹⁶. Sind die Voraussetzungen einer Vermutung nach Abs. 2 nicht festzustellen, kann dennoch ein gemeins. Betrieb nach Abs. 1 S. 2 vorliegen¹⁷.
- 18 2. Fehlende Organisationsänderung nach Betriebsteilübertragung (Nr. 2).** Nach Abs. 2 Nr. 2 wird ein gemeins. Betrieb mehrerer Unternehmen vermutet, wenn die Spaltung eines Unternehmens zur Folge hat, dass ein oder mehrere Betriebsteile einem anderen Rechtsträger zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert. Obwohl dabei der Begriff der Spaltung eines Unternehmens nahe legen könnte, dass nur Übertragungsvorgänge nach § 123 UmwG gemeint sind, erfasst die Vermutung jede Form der Übertragung eines Betriebsteils auf einen anderen Rechtsträger. Auf die Art des Rechtsgeschäfts (Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge) kommt es nicht an. Trotz seiner Ungenauigkeit liegt der Vorteil des Begriffs der Zuordnung darin, dass auch solche Fallgestaltungen erfasst werden, die – zB bei der Übernahme eines Betriebsteils durch Einstellung des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Personals¹⁸ – nicht mit einer Übertragung von Vermögen auf andere Rechtsträger verbunden sind.
- 19 Anknüpfungspunkt für den Fortbestand des bis zum Übertragungszeitpunkt bestehenden Betriebs** ist der Umstand, dass seine Organisation nach der Übernahme einzelner Betriebsteile durch einen oder mehrere andere Rechtsträger im Wesentlichen unverändert bleibt. Charakterisiert man die Organisation eines Betriebs im betriebsverfassungsrechtl. Sinne vor allem durch die einheitliche Leitungsmacht in den wesentlichen personellen und sozialen Fragen (vgl. Rz. 7,14), kommt die gesetzl. Vermutung zum Tragen, wenn hinsichtlich dieser Aufgabenzuordnung keine tatsächlichen Veränderungen vorgenommen wurden. Erforderlich ist also nicht nur, dass ArbN sowie etwaige Betriebsmittel weiterhin übergreifend eingesetzt werden; fehlt es daran, kommt es auf die Leitungsstruktur der Organisationseinheit

¹ BAG v. 29.4.1999 – 2 AZR 352/98, EZA § 23 KSchG Nr. 21 S. 6; v. 22.3.2001 – 8 AZR 565/00, NZA 2002, 1349 (1356); abw. LAG BW v. 13.4.1994 – 9 TaBV 4/94, DB 1994, 1091; Wiese, FS D. Gaul, 1992, S. 553 (563); DKKW/Trümmer, § 1 Rz. 75c, 75d. || ² BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498 (1499); B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 39; Hermann, Gemeinsamer Betrieb, 1993, S. 31 f. || ³ AA DKKW/Trümmer, § 1 Rz. 74c (indizieller Charakter). || ⁴ BAG v. 18.10.2006 – 2 AZR 434/05, DB 2007, 810 (811). || ⁵ BAG v. 1.4.1987 – 4 AZR 77/86, DB 1987, 1643; v. 18.1.1990 – 2 AZR 355/89, NZA 1990, 977 (978). || ⁶ BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914. || ⁷ Vgl. BAG v. 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110 (1111); LAG Hess. v. 16.4.1997 – 8 Sa 1202/95, NZA-RR 1998, 242, 244. || ⁸ Vgl. BAG v. 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914; Kamphausen, NZA 1988, Beil. 4, S. 10 (14). || ⁹ BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498 (1499); B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 22 ff. || ¹⁰ Vgl. Hanau, RdA 2001, 76 (81). || ¹¹ Vgl. BAG v. 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248 (1250); v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (259); Gaul, B., Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 99. || ¹² BAG v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, AP Nr. 27 zu § 1 BetrVG Gemeinsamer Betrieb; v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). || ¹³ BAG v. 13.8.2009 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (259). || ¹⁴ BT-Drs. 14/5741, S. 33. || ¹⁵ BAG v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, AP Nr. 27 zu § 1 BetrVG Gemeinsamer Betrieb; v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). || ¹⁶ BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (259). || ¹⁷ BAG v. 13.8.2009 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (259). || ¹⁸ Vgl. B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 6 Rz. 150 ff., 230 ff.; ErfK/Preis, § 613a BGB Rz. 24 ff.

Einrichtung von Betriebsräten

Rz. 25 § 1 BetrVG

nicht an¹. Wenn eine solche Zusammenfassung von ArbN und Betriebsmitteln gegeben ist, müssen auch die für die Kennzeichnung des Betriebs wesentlichen Maßnahmen, also vor allem Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen sowie Veränderungen in Bezug auf die betriebliche Ordnung, Arbeitszeit, Urlaub, technische Einrichtungen und Entgelt, weiter zentral gesteuert werden. Anknüpfungspunkte hierfür sind zB die unveränderte personelle und soziale Verantwortlichkeit in der Person der Personal- oder Betriebsleiter, eine Beibehaltung der bisherigen Hierarchieebenen, des bisherigen Organigramms, der Abteilungen, der fachlichen und personellen Zuständigkeiten sowie der Berichtspflichten. Eine personelle Identität der jeweiligen Vorgesetzten ist nicht erforderlich; ihr Austausch würde auch ohne die Übertragung eines Betriebsteils keine Veränderung der Betriebsorganisation bewirken.

Nicht ausreichend für einen Fortbestand der Betriebsorganisation ist, wenn nur ein untergeordneter Teil der personellen und sozialen Angelegenheiten weiterhin einheitlich ausgeübt wird. Bsp.: Personalserviceleistungen wie Lohn- und Gehaltsabrechnungen, zentrale Vorgabe von Vertragsmustern². Es muss der wesentliche Teil in der übergreifenden Steuerung fortgeführt werden. 20

Kleinere Änderungen stehen der Vermutungswirkung nicht entgegen. Erforderlich ist aber, dass diese Änderungen in ihrer Intensität unterhalb der Schwelle einer Betriebsänderung iSd. § 111 S. 3 Nr. 4 liegen. Dafür spricht, dass in § 1 nicht das Wort „grundlegend“, sondern – entsprechend der mehrheitlichen Interpretation von § 322 I UmwG aF – das Wort „wesentlich“ verwendet worden ist. Vergleichbar mit den Überlegungen zu § 111 sind allerdings auch bei der Kennzeichnung der Wesentlichkeit quantitative Gesichtspunkte maßgeblich. Wenn die personelle und soziale Leitungsmacht für den Teil des Betriebs, der auf einen anderen Rechtsträger übertragen wurde und von der Zahl der ArbN – bezogen auf den Gesamtbetrieb – die Schwellenwerte in § 17 KSchG überschreitet, nach der veränderten Zuordnung durch den übernehmenden Rechtsträger selbst ausgeübt wird, kommt die Vermutung nicht mehr zur Anwendung. 21

Die räumliche Nähe der betroffenen Einheiten spielt keine Rolle (vgl. Rz. 9). Mit der Anknüpfung an die Organisation des Betriebs wird ein klares Kriterium genannt, das – wie §§ 4 I 1, 111 S. 3 Nr. 2 zeigen – ohnehin unabhängig von der räumlichen Entfernung maßgeblich für die betriebsverfassungsrechtl. Eigenständigkeit eines Betriebs oder Betriebsteils ist. 22

Ob zwischen den beteiligten Rechtsträgern eine Führungsvereinbarung abgeschlossen worden ist, muss nicht dargelegt und ggf. bewiesen werden. Denn die gesetzl. Vermutung bezieht sich gerade auf die Existenz einer solchen Vereinbarung über den einheitlichen Leitungsapparat³. 23

3. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung. Die gesetzl. Vermutungen des Abs. 2 sind widerlegbar⁴. In der Praxis dürfte dies aber selten gelingen. Voraussetzung hierfür ist nämlich, dass dargelegt und ggf. bewiesen wird, dass die beteiligten Rechtsträger keine Vereinbarung über die gemeins. Führung des Betriebs getroffen haben⁵. Eine solche Vereinbarung ist notwendig, um einen gemeins. Betrieb annehmen zu können (vgl. Rz. 15). Problematisch daran ist aber, dass sich dies (konkludent) bereits aus der praktischen Handhabung der beteiligten Rechtsträger ergeben kann. Angesichts dessen müsste also für die Widerlegung der gesetzl. Vermutung aus Abs. 2 dargelegt und ggf. bewiesen werden, dass die Steuerung der ArbN und Betriebsmittel der gemeins. tätigen Rechtsträger (Nr. 1) bzw. der ArbN in den verschiedenen Teilen des bisherigen Betriebs (Nr. 2) von den beteiligten Rechtsträgern jeweils selbständig erfolgt, obgleich auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten – insb. als Folge der einheitlichen Personalsteuerung mit ihrer Vorgabe von Art, Ort und Zeit der Arbeit einschl. des Arbeitsentgelts – an sich von dem (Fort-)Bestand einer einheitlichen Organisation auszugehen ist⁶. Dass eine solche Steuerung der ArbN ohne Wissen und Willen der beteiligten Rechtsträger erfolgt, was für das Fehlen einer (konkludenten) Vereinbarung über die gemeins. Führung erforderlich wäre, ist kaum denkbar. Die gesetzl. Vermutung dürfte deshalb nur dann widerlegbar sein, wenn einer der von einer veränderten Zuordnung betroffenen Betriebsteile mit der Folge verlegt wird, dass wegen der räumlichen Entfernung trotz Beibehaltung der bisherigen Organisation eine betriebsverfassungsrechtl. Verselbständigung gegeben ist (§ 4 I 1 Nr. 1). In den übrigen Fällen dürfte sich Abs. 2 Nr. 2 auf die Wiedergabe des rechtl. Status quo beschränken. 24

Rechtsfolge des gemeinsamen Betriebs: Der gemeins. Betrieb mehrerer Unternehmen wird grds. wie ein Betrieb eines Unternehmens behandelt⁷. Insofern finden die allg. Regelungen zur Wahl, zur Zusammensetzung und zu den Beteiligungsrechten des BR Anwendung⁸. Die Wahrung dieser Rechte obliegt den beteiligten Unternehmen, wobei dem BR unter Berücksichtigung der jeweiligen Angelegenheit unterschiedliche Verhandlungspartner gegenüberstehen können⁹. BV begründen indes im Zweifel nur An- 25

1 BAG v. 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248. || 2 Vgl. B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 87 mwN. || 3 BAG v. 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248; BAG v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, AP Nr. 27 zu § 1 BetrVG – Gemeinsamer Betrieb. || 4 BAG v. 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248. || 5 B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 89. || 6 Vgl. Trümmer, AiB 2001, 507 (511); B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 25 Rz. 102. || 7 Eingehend Bonanni, Der gemeinsame Betrieb, S. 91 ff. || 8 Vgl. BAG v. 27.6.1995 – 1 ABR 62/94, EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 31 S. 3. || 9 Vgl. BAG v. 12.11.2002 – 1 AZR 632/01, NZA 2003, 676 (678); Bonanni, Der gemeinsame Betrieb, S. 166 ff.

BetrVG § 1 Rz. 26

Einrichtung von Betriebsräten

sprüche der ArbN ggü. dem jeweiligen VertragsArbGeb (vgl. § 77 Rz. 27). Insofern können im gemeins. Betrieb für die an ihm beteiligten ArbGeb jeweils im Verhältnis zu ihren ArbN auch verschiedene Vergütungsordnungen zur Anwendung kommen¹. Das Gleiche gilt für Ansprüche der BR-Mitglieder auf Entgeltfortzahlung; hier ist der VertragsArbGeb zuständig. Für Ansprüche des BR auf Kostenerstattung nach §§ 40, 80 III, 111 S. 2 haften die beteiligten Unternehmen indes als Gesamtschuldner; im Innenverhältnis können die Unternehmen hiervon abweichende Vereinbarungen treffen. Werden einzelne Betriebsteile von mehreren Erwerbern als Gemeinschaftsbetrieb fortgeführt, wird deshalb auch nicht der Betrieb gem. § 613a BGB neuer ArbGeb². Vielmehr bleiben die Unternehmen, die den gemeins. Betrieb errichten, ArbGeb der bei ihnen beschäftigten ArbN. Auf die Betriebsfortführungsgesellschaft wird nichts, was die Identität einer wirtschaftl. Einheit ausmacht, übertragen. Eine Anwendbarkeit von § 613a BGB ist daher ausgeschlossen, sofern nicht die von den einzelnen Rechtsträgern übernommenen Betriebsteile ihrerseits einen Übergang nach § 613a BGB – bezogen auf den einzelnen Rechtsträger – nahe legen.

- 26 Sofern Rechte des BR und seiner Mitglieder an eine bestimmte ArbN-Zahl im Betrieb geknüpft sind (zB §§ 9, 99, 106), ist auf die Gesamtzahl der im gemeins. Betrieb durch die beteiligten Unternehmen beschäftigten ArbN abzustellen³. Auch bei § 17 KSchG ist auf den gemeins. Betrieb gem. § 1 I 2 abzustellen (vgl. § 17 KSchG Rz. 7)⁴. Entsprechendes gilt für die Unternehmensmitbest. Dort wird auf den Betrieb iSd. BetrVG abgestellt (vgl. § 3 II MitbestG). Alle ArbN sind bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Anwendbarkeit des MitbestG (vgl. § 1 MitbestG Rz. 12) oder DrittelbG (vgl. § 3 DrittelbG Rz. 3) einzubeziehen und bei Wahlen der ArbN-Vertreter der am gemeins. Betrieb beteiligten Rechtsträger und – sofern vorhanden – der diesen beherrschenden Unternehmen aktiv und passiv legitimiert⁵.
- 27 **Auflösung des gemeinsamen Betriebs:** Der gemeins. Betrieb wird beendet, wenn – bei zwei beteiligten Unternehmen – eines der Unternehmen seine betriebl. Tätigkeit einstellt oder die Vereinbarung über die gemeins. Steuerung aufgelöst wird. In gleicher Weise können einzelne Unternehmen aus dem gemeins. Betrieb ausscheiden; der gemeins. Betrieb besteht sodann mit den übrigen Unternehmen fort. Voraussetzung ist aber, dass die Beendigung der Vereinbarung auch tatsächlich in die Praxis umgesetzt wird; die bloße Kündigung (zB durch Insolvenzverwalter) genügt nicht⁶. Im Zweifel stellt die Auflösung eines gemeins. Betriebs eine Betriebsänderung dar⁷. Ggf. besteht ein Übergangs- oder Restmandat nach §§ 21a, 21b (vgl. §§ 21a Rz. 4 ff., 21b Rz. 3 ff.). Wenn das in einem gemeins. Betrieb beteiligte Unternehmen seine Tätigkeit einstellt, das andere Unternehmen diese aber fortsetzt und die Identität des Betriebs gewahrt bleibt, besteht auch der BR fort. Ein Übergangs- oder Restmandat kommt nicht in Betracht. Ob Neuwahlen erforderlich sind, richtet sich nach § 13⁸.
- 28 **Passivlegitimation:** Für Ansprüche des BR, die sich auf die Vornahme oder Unterlassung einer der gemeins. betriebl. Leitungsmacht unterfallenden Maßnahme richten (zB Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit), ist nicht das einzelne Unternehmen passiv legitimiert. Im gemeins. Betrieb sind Inhaber der betriebl. Leitungsmacht alle Unternehmen, die sich zur einheitlichen Leitung des Betriebs verbunden haben. Anträge des BR sind deshalb gegen alle Unternehmen zu richten, die am gemeins. Betrieb beteiligt sind. Richtet sich der Antrag zunächst nur gegen ein Unternehmen, kann dies vom Rechtsbeschwerdegericht nachgeholt werden⁹.

2 *Stellung der Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber*

(1) Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll und im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammen.

(2) Zur Wahrnehmung der in diesem Gesetz genannten Aufgaben und Befugnisse der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften ist deren Beauftragten nach Unterrichtung des Arbeitgebers oder seines Vertreters Zugang zum Betrieb zu gewähren, soweit dem nicht unumgängliche Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingende Sicherheitsvorschriften oder der Schutz von Betriebsgeheimnissen entgegensteht.

(3) Die Aufgaben der Gewerkschaften und der Vereinigungen der Arbeitgeber, insbesondere die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder, werden durch dieses Gesetz nicht berührt.

- 1 **I. Vorbemerkung.** § 2 enthält Grundregeln der Betriebsverfassung zur Rechtsstellung von ArbGeb, BR und Gewerkschaften und dient insoweit auch der Auslegung und Anwendung des Gesetzes.

1 BAG v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, AP Nr. 27 zu § 1 BetrVG – Gemeinsamer Betrieb. ||2 BAG v. 16.2.2006 – 8 AZR 211/05, NZA 2006, 592 (595). ||3 Vgl. BAG v. 12.11.2002 – 1 AZR 632/01, NZA 2003, 676 (678). ||4 KR/Weigand, § 18 KSchG Rz. 15. ||5 Vgl. ErfK/Oetker, § 3 MitbestG Rz. 3; MüKoAktG/Grach, § 3 MitbestG Rz. 35; Zöllner, FS Semler, 1993, S. 995 (1012); abw. Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 10 MitbestG Rz. 13; UHH/Hanau/Ulmer, § 10 MitbestG Rz. 5. ||6 Vgl. BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, DB 1999, 1067. ||7 Vgl. B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 28 Rz. 45 (49). ||8 BAG v. 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, NZA 2004, 435 (437). ||9 BAG v. 15.5.2007 – 1 ABR 32/06, NZA 2007, 1240 (1241).

II. Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit bezieht sich auf das betriebsverfassungsrechtl. Verhältnis zwischen ArbGeb und BR. Es ist der Schlüssel für ein beiderseits erfolgreiches Wirken. Auf ArbGebSeite sind neben dem Organ alle ArbN verpflichtet, die in betriebsverfassungsrechtl. relevanten Angelegenheiten ggü. dem BR als Vertreter des ArbGeb tätig werden. Adressat des Gebots auf ArbN-Seite sind nicht nur der BR als Kollegialorgan, sondern auch der Betriebsausschuss und sonstige BR-Ausschüsse nach §§ 27, 28, soweit ihnen betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen sind. In gleicher Weise werden deshalb auch die Arbeitsgruppe nach § 28a oder die ArbN-Vertretungen nach § 3 erfasst. Da in allen Fällen betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben wahrgenommen werden, spielt es keine Rolle, ob sie neben oder anstelle der gesetzl. ArbN-Vertretung gebildet wurden. Entsprechend werden auch die sonstigen betriebsverfassungsrechtl. Gremien wie GBR und KBR oder JAV erfasst¹. Darüber hinaus sind die einzelnen Mitglieder dieser Vertretungsorgane zur vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet, soweit sie betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben wahrnehmen². Bis zum Ablauf ihrer Amtszeit werden auch bereits gekündigte BR-Mitglieder erfasst, da sie weiterhin ein Mandat innehaben, soweit fristgemäß Kündigungsschutzklage erhoben wurde und der Rechtsstreit noch nicht abgeschlossen ist³.

Wegen der in Abs. 1 normierten Verpflichtung zum Zusammenwirken gilt das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit auch für die im Betrieb vertretenen **Gewerkschaften und ArbGebVereinigungen**, soweit sie betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben und Befugnisse wahrnehmen⁴. Das Gebot gilt dagegen weder für das Verhältnis der BR-Mitglieder untereinander noch zwischen den verschiedenen ArbN-Vertretungen. Das Verhältnis des BR zum **Sprecherausschuss** wird in § 2 II SprAuG geregelt (Vgl. § 2 SprAuG Rz. 3 ff.).

Das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit verpflichtet zu gegenseitiger **„Ehrlichkeit und Offenheit“**⁵. Die Zusammenarbeit soll dem „Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes“ dienen. Dabei betrifft das Gebot neben Form und Verfahren der Zusammenarbeit auch den Inhalt der Handlungen und Erklärungen im Verhältnis zwischen ArbGeb und ArbN-Vertretern. Außerdem verpflichtet es zur **Zuverlässigkeit**. Vertrauensvoll ist die Zusammenarbeit, wenn sie von Respekt getragen ist und jeder den Worten des anderen Glauben schenken kann. Darüber hinaus müssen die jeweilige Funktion und die daraus folgenden Unterschiede in Art und Inhalt der Interessenvertretung anerkannt werden. Vertrauensvolle Zusammenarbeit verlangt, dass der ArbGeb die gesetzl. geschaffene Einwirkungsmöglichkeit des BR auf seinen Rechtskreis anerkennt und umgekehrt der BR bei der Verfolgung der ArbN-Interessen auf die Rechte und Belange des ArbGeb Rücksicht nimmt. Abs. 1 verbietet deshalb auch, die Funktion der anderen Seite im Rahmen der Betriebsverfassung zu stören. Für den ArbGeb ist dies durch § 78 konkretisiert, für den BR bestimmt § 77 I 2, dass er nicht durch einseitige Handlungen in die Leitung des Betriebs eingreifen darf. Im Rahmen eines Meinungs austauschs können dabei durchaus völlig unterschiedliche Sichtweisen zu bestimmten Angelegenheiten einschl. einer entsprechenden Einschätzung der Arbeits- und Vorgehensweise der jeweils anderen Seite zum Ausdruck kommen. Dass etwaige Meinungsverschiedenheiten öffentl. und mit „harten Bandagen“ ausgetragen werden, ist unschädlich, soweit die Auseinandersetzung nicht verletzend und in der Form unangemessen ist⁶. Das Gleiche gilt auch für Kritik des ArbGeb an der Zusammensetzung des BR oder den BR-Kosten. Sie ist grunds. zulässig. Allerdings dürfen solche Meinungsäußerungen nicht verkürzt und plakativ vor der Belegschaft im Wesentlichen mit dem Ziel erfolgen, das Ansehen des BR vor den ArbN herabzusetzen und seine Arbeit zu erschweren⁷. Umgekehrt kann deshalb auch die öffentl. Diffamierung des ArbGeb einen Verstoß gegen Abs. 1 darstellen, sofern nicht der ArbGeb durch ständige Provokationen die Entgleisungen herausgefordert und damit selbst die vertrauensvolle Zusammenarbeit aufgekündigt hat⁸. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit erfordert auch die angemessene Berücksichtigung der finanziellen Belange des ArbGeb⁹, ohne dass allerdings stets die für den ArbGeb kostengünstigste Gestaltungsmöglichkeit gewählt werden muss. Daher darf der BR auch nicht auf Einrede der Verjährung von Rechtsanwaltsansprüchen mit der Folge verzichten, dass der ArbGeb zur Kostenerstattung verpflichtet ist¹⁰.

Soweit die Zusammenarbeit zwischen ArbGeb und BR **„unter Beachtung der geltenden Tarifverträge“** erfolgen muss, setzt dies voraus, dass der jeweils in Rede stehende TV im Betrieb überhaupt Geltung beansprucht. Der TV muss für den Betrieb gelten, dh. der Betrieb muss in den räumlichen, fachlichen

1 Vgl. auch Richardi/Richardi, § 2 Rz. 11; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 7; Fitting, § 2 Rz. 13. || 2 BAG v. 21.2.1978 – 1 ABR 54/76, EZA § 74 BetrVG 1972 Nr. 4 S. 27 (39); GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 10. || 3 ArbG Elmshorn v. 16.6.2003 – 2 BVGa 35d/03, AiB 2004, 40. || 4 Vgl. BAG v. 14.2.1977 – 1 ABR 7/66, EZA § 45 BetrVG 1952 Nr. 1 S. 2; Richardi/Richardi, § 2 Rz. 11; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 22. || 5 BAG v. 2.11.1983 – 7 AZR 65/82, EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 53 S. 435 (439); v. 22.9.1994 – 2 AZR 31/94, NZA 1995, 363 (365); GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 13; Richardi/Richardi, § 2 Rz. 14. || 6 LAG Nds. v. 6.4.2004 – 1 TaBV 64/03, LAGReport 2004, 276: Aufforderung des ArbGeb an BR, sich nicht „mimosenhaft“ zu verhalten und zum Wohl der Mitarbeiter zu handeln. || 7 Vgl. BAG v. 19.7.1995 – 7 ABR 60/94, NZA 1996, 332 (334); v. 12.11.1997 – 7 ABR 14/97, NZA 1998, 559 (560); LAG Düsseldorf v. 26.11.1993 – 17 TaBV 71/93, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 34 S. 3; LAG Köln v. 21.3.1995 – 9 TaBV 68/94, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 37 S. 1. || 8 Vgl. ArbG Marburg v. 28.5.1999 – 2 BV 3/99, NZA-RR 2001, 91 (92). || 9 BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 29/02, EZA § 20 BetrVG 2001 Nr. 1 S. 6. || 10 Vgl. LAG Schl.-Holst. v. 4.7.2000 – 3 TaBV 15/00, NZA-RR 2000, 590 (591).

BetrVG § 2 Rz. 6

Stellung der Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber

und zeitlichen Geltungsbereich des TV fallen und beiderseitige Tarifgebundenheit bestehen. Wird diese Voraussetzung durch mehrere TV erfüllt, richtet sich deren Geltung nach den zur Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität entwickelten Grundsätzen. Damit kann ein TV seine Bindungswirkung für den Bereich der Betriebsverfassung selbst dann verlieren, wenn die meisten ArbN Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft sind, falls auch ein anderer TV den Betrieb erfasst und seinem Geltungsbereich nach spezieller ist. Konkretisiert wird diese Vorgabe allerdings durch die Regelungen zum Tarifvorrang in §§ 77 III, 87 I Einleitungssatz und § 80 I Nr. 1, nach dem der Betriebsrat über die Durchführung der geltenden TV im Betrieb zu wachen hat. BR sollen den Gewerkschaften keine Konkurrenz machen¹. Soweit das Gesetz in Heimarbeit Beschäftigte erfasst (vgl. § 5 Rz. 32), gilt eine entsprechende Verpflichtung bei einer bindenden Festsetzung der Entgelte und sonstigen Vertragsbedingungen nach § 19 HAG.

- 6 Obwohl Abs. 1 mit den vorstehenden Vorgaben unmittelbar verpflichtet, also keinen bloßen Programmsatz enthält², lassen sich daraus **keine zusätzliche Kompetenzen** der betriebl. Sozialpartner begründen. Insb. können mit dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit keine weiteren Mitbest.- oder Mitwirkungsrechte begründet werden³. Abs. 1 enthält nur eine Vorgabe, die bei der Auslegung und Anwendung der durch das BetrVG anderweitig begründeten Rechte und Pflichten zur Geltung kommt (zB Rechtzeitigkeit einer Unterrichtung, Umfang und (Schrift-)Form einer Informationspflicht⁴). Für den ArbGeb kann Abs. 1 einen Anspruch auf Informationen zum Zustandekommen eines BR-Beschlusses begründen, falls diese für die Wirksamkeit von Vereinbarungen maßgeblich ist und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gesetzlichen Erfordernisse nicht beachtet wurden (Bsp.: Einladung, beteiligte BR-Mitglieder, Beschlussfassung). Abs. 1 verpflichtet, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung eines konkreten MitbestR entgegensteht⁵. Gleichwohl kann aber allein mit Abs. 1 kein allg. Unterlassungsanspruch bei betriebsverfassungswidrigem Verhalten begründet werden⁶. Hierfür kommt es stattdessen auf den Inhalt des jeweiligen MitbestR, dessen konkrete Ausgestaltung und die Art der Rechtsverletzung an⁷.
- 7 **III. Gewerkschaft und Arbeitgebervereinigung.** Die in Abs. 1 bestimmte Pflicht zum „Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen“ begründet keinen Rechtsanspruch entsprechender Koalitionen zur Einbindung in die betriebsverfassungsrechtl. Interessenvertretung⁸. Das Gesetz verpflichtet ArbGeb und BR nur, den Koalitionen die Möglichkeit einer Mitwirkung auf Betriebsebene einzuräumen⁹. Bei der Feststellung des Anwendungsbereichs ist von den Grundsätzen auszugehen, die zur Kennzeichnung von Gewerkschaft und ArbGebVereinigung im Tarifrecht entwickelt worden sind¹⁰.
- 8 **Tariffähige Gewerkschaften** müssen danach frei gebildet, gegnerfrei, auf übertarifl. Grundlage organisiert und unabhängig sein, sowie das geltende Tarifrecht für sich verbindlich anerkennen. Ferner müssen sie in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen (vgl. § 2 TVG Rz. 5, 18)¹¹. Erfasst werden dabei auch Zusammenschlüsse von Gewerkschaften (Spitzenverbände) iSd. § 2 II TVG, ferner Orts- und Bezirksverwaltungen einer Gewerkschaft, soweit sie korporativ verfasst sind, eigenes Vermögen und die Befugnis zum Abschluss von TV haben (vgl. TVG § 1 Rz. 5, § 2 Rz. 1 ff.). Für **ArbGebVereinigungen** gelten im Wesentlichen gleiche Voraussetzungen. Es muss sich um einen Zusammenschluss von ArbGeb auf freiwilliger Grundlage mit korporativer Verfassung handeln, die unabhängig von Gegner, Staat, Parteien und Kirche ist und zu deren satzungsmäßigen Aufgaben die Regelung von Arbeitsbedingungen gehört (vgl. § 2 TVG Rz. 4). Da nach § 2 I TVG jeder ArbGeb tariffähig ist, ist für die Tariffähigkeit aber keine bestimmte Durchsetzungskraft (Mächtigkeit) notwendig (vgl. § 2 TVG Rz. 18)¹².
- 9 Betriebsverfassungsrechtl. relevant sind indes nur die **im Betrieb vertretenen Koalitionen**. Dabei genügt es nicht, dass ein einzelner ArbN zu ihren Mitgliedern zählt, also personelle Präsenz gegeben ist¹³. Erforderlich ist, dass die Koalition nach ihrer Satzung auch zur allg. Interessenvertretung des Mitglieds innerhalb des Betriebs berechtigt ist. Da die den Gewerkschaften durch das BetrVG zugewiesenen Rechte nicht dem Abschluss von TV dienen, ist eine Tariffähigkeit indes nicht erforderlich¹⁴.
- 10 Soweit damit Beteiligungsrechte begründet werden sollen, obliegt es der jeweiligen Koalition, ihre Vertretung im Betrieb **darzulegen und zu beweisen**. Die Gewerkschaft kann Beweis indes dadurch

1 HSWGN/Rose, § 2 Rz. 79. || 2 GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 4; Fitting, § 2 Rz. 16. || 3 GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 4, 15; Fitting, § 2 Rz. 23. || 4 BAG v. 30.9.2008 – 1 ABR 54/07, NZA 2009, 502 (504). || 5 BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (169). || 6 BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (169); aA Fitting, § 2 Rz. 23; ausf. GK-BetrVG/Oetker, § 23 Rz. 132 ff. || 7 BAG v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 Bl. 4; v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (169); v. 23.6.2009 – 1 ABR 23/08, nv. || 8 Vgl. BAG v. 14.1.1983 – 6 AZR 67/79, EzA § 76 BetrVG 1972 Nr. 34 S. 187 (190); Richardi/Richardi, § 2 Rz. 35, 75; DKKW/Berg, § 2 Rz. 24; GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 23. || 9 Vgl. GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 22. || 10 BAG v. 19.9.2006 – 1 ABR 53/05, NZA 2007, 518 (520). || 11 Vgl. BAG v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (1114); Leitsatzprotokoll A.III.2. zum Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion v. 18.5.1990, BGBl. II S. 537. || 12 BAG v. 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, NZA 2001, 160 (162); v. 20.11.1990 – 1 ABR 62/89, EzA § 2 TVG Nr. 20 S. 3. || 13 Vgl. BAG v. 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, AP Nr. 4 zu § 2 BetrVG 1972 Bl. 2; v. 10.11.2004 – 7 ABR 19/04, NZA 2005, 426 (428). || 14 BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 19/04, NZA 2005, 426 (428).

führen, dass sie, ohne den Namen ihres betriebsangehörigen Mitglieds zu nennen, eine entsprechende notarielle Erklärung vorlegt¹.

IV. Zugang von Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb. Abs. 2 begründet für die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften bzw. ihren Beauftragten ein Recht zum Zugang zum Betrieb. Es besteht indes nur insoweit, als es für die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse nach diesem Gesetz erforderlich ist. Hierzu gehören zB das Wahlvorschlagsrecht (§ 14 V und VIII), das Einladungsrecht zu einer Betriebsversammlung für die Wahl eines Wahlvorstands in betriebsratslosen Betrieben (§ 17 II), das Antragsrecht auf Ersetzung eines säumigen Wahlvorstands (§ 18 I), das Wahlanfechtungsrecht (§ 19 II) oder das Antragsrecht auf Ausschluss eines BR-Mitglieds oder Auflösung des BR (§ 23 I). Zusätzliche Befugnisse kann Abs. 2 nicht begründen. Das Zugangsrecht setzt (akzessorisch) das Bestehen einer gesetzl. Befugnis der Gewerkschaft nach diesem Gesetz voraus².

Da die koalitionspezifische Betätigung der Gewerkschaften durch das BetrVG nicht berührt wird (Abs. 3), kann ungeachtet von Abs. 2 ein **weiter gehendes Zugangsrecht** der Gewerkschaft bestehen, wenn sie außerhalb ihrer betriebsverfassungsrechtl. Beteiligung im Rahmen der Koalitionsfreiheit tätig wird³. Auf der Grundlage von Art. 9 III 1 GG besteht das Zugangsrecht unabhängig davon, ob die Gewerkschaft im Betrieb bereits Mitglieder hat (vgl. Rz. 20 f.)⁴. Unter Berücksichtigung der vor allem durch Art. 2 I, 12 I, 14 I GG geschützten Rechtsposition des ArbGeb kann dieser Zugang in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit zu Werbezwecken oder im Zusammenhang mit Arbeitskämpfmaßnahmen genutzt werden⁵.

Das Zugangsrecht besteht zum **Betrieb**, dort indes nur zu den Teilen, deren Betreten zur Wahrnehmung der gesetzl. bzw. verfassungsrechtl. Aufgaben und Befugnisse erforderlich ist. Dabei ist der Beauftragte nicht darauf beschränkt, den BR oder andere Organe des Betriebsverfassungsrechts aufzusuchen oder an der Betriebsversammlung teilzunehmen. Es können auch ArbN am Arbeitsplatz aufgesucht⁶ oder an öffentl. Stimmauszählung teilgenommen werden⁷. Dieses Recht besteht auch während der Arbeitszeit.

Der Zugang erfolgt grds. durch **Betreten des Betriebs**. Man wird mit Abs. 2 aber auch einen Anspruch auf Nutzung **anderweitiger Kommunikationsstrukturen** begründen können, sofern dies zur Wahrnehmung der gesetzl. Aufgaben und Befugnisse geeignet, erforderlich und angemessen ist. Unter Berücksichtigung allgemeiner Schranken, wie sie nachstehend dargestellt werden, kann hierzu im Einzelfall auch die Nutzung des Telefons, des Intranets oder der dienstlichen E-Mail-Accounts⁸ gehören⁹.

Die Gewerkschaft bestimmt die Person, die als **Beauftragte** das Zugangsrecht wahrnimmt¹⁰. Sie kann, soweit sie dies mit Blick auf die betriebsverfassungsrechtl. Aufgabe für erforderlich hält, auch mehrere Personen bestimmen. Nicht notwendig ist, dass es sich um einen hauptberuflichen Angestellten der Gewerkschaft¹¹ oder einen ArbN des in Rede stehenden Betriebs¹² handelt. Die Auswahlfreiheit kann allerdings durch den Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs beschränkt sein. Soweit das Zugangsrecht nicht von einem Ersuchen des BR abhängig ist, bestimmt die Gewerkschaft Zeitpunkt und Dauer des Besuchs ihres Beauftragten.

Sind die Voraussetzungen des Zugangsrechts nicht gegeben oder droht eine Überschreitung der gesetzl. Befugnisse, kann der ArbGeb dem Gewerkschaftsbeauftragten den **Zutritt zum Betrieb verwehren**. Erforderlich sind aber konkrete Anhaltspunkte, die regelmäßig gegeben sind, wenn das Handeln des betreffenden Beauftragten schon zuvor Anlass für entsprechende Beanstandungen gegeben hat¹³.

Darüber hinaus kann der ArbGeb den Zugang zu den Betrieben oder einzelnen Teilen verweigern, soweit dem unumgängliche **Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingende Sicherheitsvorschriften oder der Schutz von Betriebsgeheimnissen** entgegenstehen. Das Verbot muss nach Zeitpunkt und Umfang geeignet, erforderlich und angemessen sein, um unter Berücksichtigung der durch Art. 9 III GG und Abs. 3 geschützten Koalitionsfreiheit diesen betriebl. Interessen Rechnung zu tragen. Unumgäng-

1 BAG v. 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, AP Nr. 4 zu § 2 BetrVG 1972 Bl. 3; DKKW/Berg, § 2 Rz. 30; *Fitting*, § 2 Rz. 43; Richardi/Richardi, § 2 Rz. 71; aA GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 39 ff., der unter Hinweis auf den prozessualen Grundsatz des substantiierten Vortrags die namentliche Nennung des ArbN fordert. || 2 BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798. || 3 Vgl. BAG v. 17.1.1989 – 1 AZR 805/87, EzA § 2 BetrVG 1972 Nr. 12 S. 3; v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; DKKW/Berg, § 2 Rz. 33; aA GK-BetrVG/Franzen, § 2 Rz. 55. || 4 BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 (800). || 5 BAG v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 (618). || 6 BAG v. 17.1.1989 – 1 AZR 805/87, EzA § 2 BetrVG 1972 Nr. 12 S. 3; DKKW/Berg, § 2 Rz. 31; *Fitting*, § 2 Rz. 67, 69; Richardi/Richardi, § 2 Rz. 123; aA Hanau, BB 1971, 485 (486). || 7 Vgl. BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 29/02, EzA § 20 BetrVG 2001 Nr. 1 S. 4. || 8 Abl. BAG v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615, das diese Nutzung aber mit Art. 9 III GG rechtfertigt. || 9 Vgl. zum Meinungsstand *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2002, S. 213; *Klebe/Wedde*, AuR 2000, 401; *Beckschulze/Henkel*, DB 2001, 1491 ff.; *Lelley*, BB 2002, 252. || 10 BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 29/02, EzA § 20 BetrVG 2001 Nr. 1 S. 5. || 11 ErfK/Koch, § 2 BetrVG Rz. 6. || 12 Vgl. BAG v. 14.2.1978 – 1 AZR 280/77, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG Bl. 2, 3. || 13 Vgl. BAG v. 18.3.1964 – 1 ABR 12/63, AP Nr. 1 zu § 45 BetrVG Bl. 3; v. 14.2.1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG Bl. 2; ArbG Leipzig v. 26.4.2007 – 7 BVGa 6/07, nv.

BetrVG § 2 Rz. 18

Stellung der Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber

liche Notwendigkeiten des Betriebsablaufs sind deshalb nur anzuerkennen, wenn der Zugang zu einer schwerwiegenden und unzumutbaren Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs führt. Eine bloße Störung des Betriebsablaufs, die sich aus dem Zugang einer betriebsfremden Person ergibt, genügt nicht¹. Sie ist der gesetzl. Regelung immanent. Weiter gehend kann der Zutritt nicht bereits verweigert werden, wenn ein berechtigtes Interesse des ArbGeb an der Geheimhaltung des durch Zutritt erkennbaren Betriebsgeheimnisses ggü. Betriebsfremden besteht. Vielmehr muss der durch tatsächliche Anhaltspunkte begründete Verdacht bestehen, dass der Beauftragte der Gewerkschaft seine Geheimhaltungspflicht (§§ 79, 120) verletzen wird². Gewerkschaftsvertreter dürfen grds. in ihrem Zugangsrecht nicht stärker eingeschränkt werden als ArbN des Betriebs³. Zu den zwingenden Sicherheitsvorschriften gehören öffentl.-rechtl. Sicherheitsvorschriften und BV nach § 87 I Nr. 7.

- 18 Durch Abs. 2 entsteht ein Schuldverhältnis iSd. § 280 I BGB, allerdings sind die Kosten des arbeitsgerichtlichen Schlussverfahrens nicht als Schaden iSd. § 280 I BGB zu ersetzen⁴. Das durch Abs. 2 gewährleistete Zugangsrecht stellt **kein Schutzgesetz iSd. § 823 II BGB** dar, dessen Missachtung Schadensersatzansprüche begründen kann; daneben besteht über Abs. 2 auch kein gesetzl. Schuldverhältnis zwischen den Gewerkschaften und dem ArbGeb⁵.
- 19 Umstritten ist, ob die Gewerkschaft den Zugang auch unmittelbar vor oder **während eines Arbeitskampfes** verlangen kann. Während das Zutrittsrecht in der Lit. zT insg.⁶, jedenfalls aber während der Einbindung des Betriebs in den Arbeitskampf⁷ abgelehnt wird, lehnt ein anderer Teil der Lit. jede generelle Einschränkung des Zugangsrechts ab⁸. Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass betriebsverfassungsrechtl. Befugnisse der Gewerkschaft (zB Beteiligung an BR-Wahl) auch während des Arbeitskampfes wahrgenommen werden müssen. Es genügt, dass die innerbetriebl. Beteiligung an Arbeitskampfmaßnahmen zu keiner Zeit auf Abs. 2 gestützt werden kann. Das bestätigt schlussendlich Abs. 3.
- 20 **V. Koalitionen.** Abs. 3 gewährleistet, dass die koalitionspezifische Betätigung der Gewerkschaft und der ArbGebVereinigungen durch das BetrVG nicht beeinträchtigt wird⁹. Die Koalitionsfreiheit, insb. also das Recht zur Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder, besteht losgelöst von den betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben¹⁰. Das bestätigt letztendlich auch das eigenständige Zugangsrecht aus Art. 9 III GG (vgl. Rz. 12).
- 21 Zu den **typischen – betriebsbezogenen – Aufgaben** der Koalitionen gehören der Abschluss von TV und die Überwachung ihrer Einhaltung, die Durchführung von Arbeitskämpfen, die Mitgliederwerbung und -beratung sowie die Prozessvertretung. Die Gewerkschaften dürfen deshalb ihre Interessen im Betrieb vertreten. Hierzu gehört zB Plakatwerbung¹¹ oder das Verteilen von Werbematerial durch betriebsangehörige Gewerkschaftsmitglieder außerhalb und ggf. sogar innerhalb der Arbeitszeit¹². Die Gewerkschaft kann verlangen, hierfür Zutritt zum Betrieb zu erhalten¹³. Das Recht zur Werbung von Mitgliedern gilt unabhängig davon, ob die Gewerkschaft bereits Mitglieder im Betrieb hat. Grds. entscheidet die Gewerkschaft selbst, an welchem Ort, durch welche Personen und auf welche Art und Weise sie Mitglieder werben will. Sie kann auch durch betriebsfremde Beauftragte wahrgenommen werden¹⁴. In allen Fällen hat indes eine Interessenabwägung zu erfolgen, die berücksichtigen muss, ob und inwieweit die durch Art. 9 III GG geschützte Koalitionsfreiheit die jeweils in Rede stehende Beeinträchtigung der ebenfalls grundrechtl. geschützten Interessen des ArbGeb rechtfertigt¹⁵. Beispielhaft sei hier nur auf die Berufsfreiheit und die wirtschaftl. Betätigungsfreiheit (Art. 2 I, 12 I GG), das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) oder den verfassungsrechtl. Tendenzschutz (Art. 4, 5 GG) hingewiesen. Der Gewerkschaft ist es indes verwehrt, Mitarbeiter oder Einrichtungen des ArbGeb zu nutzen, um Information oder Werbung im eigenen Interesse an Dritte (zB Kunden) zu verteilen¹⁶.
- 22 **VI. Prozessuales.** Über den Inhalt von Abs. 1 und die Zugangsrechte nach Abs. 2 wird im arbeitsgerichtl. Beschlussverfahren nach §§ 2a, 80 ArbGG entschieden. Dabei kann das Zugangsrecht in dringenden Fällen auch im Wege der einstw. Verfügung durchgesetzt werden (§ 85 II ArbGG). Über Rechte und Pflichten, die sich aus der Koalitionsfreiheit ergeben, wird – abhängig vom Regelungsgegenstand – im Urteilsverfahren nach § 2 I Nr. 2 ArbGG oder im Beschlussverfahren entschieden. Rechtsanwaltskosten,

1 GK-BetrVG/*Franzen*, § 2 Rz. 72 f.; *Richardi/Richardi*, § 2 Rz. 128. ||2 Vgl. GK-BetrVG/*Franzen*, § 2 Rz. 75. ||3 *DKKW/Berg*, § 2 Rz. 40 ff.; *Richardi/Richardi*, § 2 Rz. 130.; *ErfK/Koch*, § 2 BetrVG Rz. 7. ||4 BAG v. 2.10.2007 – 1 ABR 59/06, NZA 2008, 372 (373). ||5 Vgl. LAG München v. 28.3.2001 – 9 Ta BV 14/01, NZA-RR 2001, 662 (663): Geltendmachung von im arbeitsgerichtl. Beschlussverfahren entstandenen Rechtsanwaltskosten durch die Gewerkschaft. ||6 *HSWGN/Rose*, § 2 Rz. 221. ||7 *Richardi/Richardi*, § 2 Rz. 121. ||8 *Fitting*, § 2 Rz. 71; *DKKW/Berg*, § 2 Rz. 38a. ||9 BAG v. 14.2.1978 – 1 AZR 280/77, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG Bl. 4. ||10 Vgl. BAG v. 14.2.1978 – 1 AZR 280/77, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG Bl. 4. ||11 Vgl. BVerfG v. 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG Bl. 3. ||12 Vgl. BAG v. 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG Bl. 2; BVerfG v. 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG Bl. 3. ||13 BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798. ||14 BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798. ||15 BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 (618). ||16 Vgl. ArbG Düsseldorf v. 23.7.2003 – 10 Ca 4080/03, NZA-RR 2003, 644 (645); *MünchArbR/v. Hoyningen-Huene*, § 215 Rz. 18; abw. LAG Köln v. 3.2.1995 – 12 Sa 1073/94, NZA-RR 1996, 100 (101).

die der Gewerkschaft zur Durchsetzung ihrer Aufgaben im Zusammenhang mit BR-Wahlen im arbeitsgerichtl. Beschlussverfahren entstehen, gehören zu den vom ArbGeb nach § 20 III 1 zu tragenden Kosten¹; iÜ sind die Kosten der Gewerkschaft zur Durchsetzung des Zugangsrechts nach Abs. 2 auch nicht als Schadensersatz zu erstatten².

3 *Abweichende Regelungen*

(1) **Durch Tarifvertrag können bestimmt werden:**

1. für Unternehmen mit mehreren Betrieben

- a) die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats oder
- b) die Zusammenfassung von Betrieben,

wenn dies die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient;

2. für Unternehmen und Konzerne, soweit sie nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind und die Leitung der Sparte auch Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft, die Bildung von Betriebsräten in den Sparten (Spartenbetriebsräte), wenn dies der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient;

3. andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen, soweit dies insbesondere auf Grund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder auf Grund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient;

4. zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften), die der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen dienen;

5. zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer, die die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern.

(2) Besteht in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 2, 4 oder 5 keine tarifliche Regelung und gilt auch kein anderer Tarifvertrag, kann die Regelung durch Betriebsvereinbarung getroffen werden.

(3) Besteht im Fall des Absatzes 1 Nr. 1 Buchstabe a keine tarifliche Regelung und besteht in dem Unternehmen kein Betriebsrat, können die Arbeitnehmer mit Stimmenmehrheit die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen. Die Abstimmung kann von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern des Unternehmens oder einer im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft veranlasst werden.

(4) Sofern der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nichts anderes bestimmt, sind Regelungen nach Absatz 1 Nr. 1 bis 3 erstmals bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl anzuwenden, es sei denn, es besteht kein Betriebsrat oder es ist aus anderen Gründen eine Neuwahl des Betriebsrats erforderlich. Sieht der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung einen anderen Wahlzeitpunkt vor, endet die Amtszeit bestehender Betriebsräte, die durch die Regelungen nach Absatz 1 Nr. 1 bis 3 entfallen, mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses.

(5) Die auf Grund eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung nach Absatz 1 Nr. 1 bis 3 gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten gelten als Betriebe im Sinne dieses Gesetzes. Auf die in ihnen gebildeten Arbeitnehmervertretungen finden die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung.

I. Vorbemerkung. Die Organisationsstruktur der Betriebsverfassung ist zwingend, soweit das Gesetz nicht – wie zB in §§ 3, 47 IX, 55 IV – ausdrücklich Abweichendes zulässt³. Da der in der Vergangenheit fehlende Gestaltungsspielraum den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht wurde, erlaubt § 3 abweichende Regelungen zur Struktur der betriebs-, unternehmens- oder konzernbezogenen ArbN-Vertreter durch TV, BV oder Abstimmung der ArbN herbeizuführen. Auf diese Weise können vom BetrVG abweichende betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheiten geschaffen werden, die im Interesse der ArbN, ArbN-Vertreter und Unternehmen sachnah und kompetent eine – auch mit Blick auf ihre Größe – möglichst effiziente und interessengerechte Vertretung der ArbN-Seite erlauben. § 3 ist verfassungsgemäß⁴. Die vereinbarten Strukturen können die gesetzl. Organisationsstruktur durch BR, GBR oder KBR ersetzen oder neben sie treten⁵. Im Mittelpunkt dürfte dabei die Möglichkeit zur Bildung von regionalen BR und SpartenBR stehen. Eine behördliche Genehmigung für Regelungen nach § 3 ist im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht erforderlich.

¹ BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 29/02, EzA § 20 BetrVG 2001 Nr. 1 S. 3. || ² BAG v. 2.10.2007 – 1 ABR 59/06, DB 2008, 646 (647). || ³ Vgl. BAG v. 17.1.1978 – 1 ABR 71/76, EzA § 1 BetrVG S. 6; GK-BetrVG/Franzen, § 3 Rz. 3; krit. *Gamillscheg*, FS Molitor, 1988, S. 133 (134). || ⁴ BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BB 2009, 1749; *Friese*, ZfA 2003, 237 (239); *Thüsing*, Tarifautonomie im Wandel, 2003, S. 285 (287); aA *Giesen*, BB 2002, 1480. || ⁵ Vgl. BT-Dr. 14/5741 S. 33.

BetrVG § 3 Rz. 2

Abweichende Regelungen

- 2 § 3 findet zwar unmittelbar keine Anwendung auf die **Bildung der JAV, des Wirtschaftsausschusses** (vgl. Rz. 14), **eines SprAu, der Schwerbehindertenvertretung oder auf die Wahl von ArbN-Vertretern zum Aufsichtsrat**. Soweit bei der Bildung dieser Organe indes auf den betriebsverfassungsrechtl. Betrieb, den BR oder den GBR abgestellt wird, werden die gesetzl. Vorgaben durch eine Bezugnahme auf die neu gebildeten Organisationsstrukturen bzw. die daran anknüpfenden Organe ersetzt, wenn die Vereinbarung im Rahmen von § 3 I Nr. 1–3 erfolgt¹. Die gebildeten Organisationseinheiten gelten insofern als Betrieb iSd. BetrVG (Abs. 5).
- 3 **II. Abweichende Regelungen durch Tarifvertrag**. Alle abweichenden Regelungen, die Abs. 1 nennt, können durch TV vereinbart werden. Durch BV (Abs. 2) oder Beschluss der ArbN (Abs. 3) kann von dieser Regelungsmöglichkeit nur eingeschränkt Gebrauch gemacht werden (vgl. Rz. 20, 22).
- 4 **1. Tarifvertrag**. Regelungen nach Abs. 1 können durch Firmen- oder VerbandsTV (allg. oder firmenbezogen) getroffen werden. Soll eine unternehmensübergreifende Regelung getroffen werden, müssen alle Unternehmen beteiligt oder wirksam durch die auf ArbGebSeite vertragsschließende Partei (ArbGebVerband/-Vereinigung, Konzernmutter) vertreten werden. Dass das herrschende Unternehmen im Konzern den TV abschließt, genügt nicht. Wenn der ArbGeb an den TV gebunden ist, ist dieser ohne Rücksicht auf die Gewerkschaftsmitgliedschaft auf ArbN-Seite verbindlich (§ 3 II TVG). Zuständigkeit der Gewerkschaft bestimmt sich nach ihrer Satzung. Sind mehrere Gewerkschaften zuständig, ist jede einzelne Gewerkschaft einzeln oder gemeins. mit der anderen Gewerkschaft zum Abschluss berechtigt². Deckt die Zuständigkeit der Gewerkschaften jeweils nur Teile des Geltungsbereichs, muss ein gemeins. Abschluss erfolgen. Denn der TV muss durch „im Betrieb“ vertretene Gewerkschaft erfolgen³.
- 5 Da der Abschluss betriebsverfassungsrechtl. Regelungen zur gesetzl. Regelungskompetenz gehört und Grundlage des durch Art. 9 III GG abgesicherten Anspruchs auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen sein kann, sind entsprechende TV **erstreikbar**⁴. Einen Vorrang gesetzl. Regelungen, der einer Erstreikbarkeit entgegenstünde, gibt es nicht⁵. In der Praxis stellt sich indes die Frage, ob arbeitnehmerseits überhaupt die wirtschaftl. Nachteile eines Streiks zu Gunsten einer anderen betriebsverfassungsrechtl. Organisationsstruktur in Kauf genommen werden. Abs. 2 zeigt, dass eine tarifvertragl. Regelung gegen den erklärten Willen des BR und/oder der Belegschaft abgeschlossen werden kann (s. Rz. 20 f.).
- 6 Ein TV nach § 3 kann mit Wirkung für **künftige Gesellschaften** abgeschlossen werden. Insb. im Zusammenhang mit Betriebsübergang/Umwandlung kann der übernehmende Rechtsträger dabei bereits als Vorgesellschaft beteiligt werden⁶. Dadurch wird vermieden, dass für eine Übergangszeit erst die im Gesetz vorgesehenen Strukturen gebildet werden. Vorsorglich kann sein Inkrafttreten an bestimmte Bedingungen (zB Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister) geknüpft werden⁷. Denkbar ist auch, dass im TV ein Beitritt weiterer Unternehmen vorgesehen ist, für die dann bereits Rechtsfolgen (zB Einbindung in eine übergreifende GBR-Struktur statt des gesetzl. GBR und KBR) vorgesehen werden (vgl. Rz. 14).
- 7 Werden **mehrere TV** mit Wirkung für ein Unternehmen oder einen Betrieb abgeschlossen und überschneidet sich ihr jeweiliger Geltungsbereich oder entsteht eine solche **Konkurrenz** als Folge gesellschaftsrechtl. Veränderungen (zB Verschmelzung), führt dies nicht zur Unwirksamkeit widersprechender Regelungen. Vielmehr dürfte die Regelung vorrangig sein, die eine stärkere Repräsentativität hat (vgl. § 7 II AEntG)⁸. Der Grundsatz der Spezialität zur Auflösung von Tarifkonkurrenz oder -pluralität kann den notwendigen Vorrang einer Regelung im Rahmen von § 3 im Zweifel nicht begründen (str.)⁹. Bestehende TV können aber durch neue Regelungen derselben Parteien ersetzt werden (Zeitkollisionsregel). Abweichend von § 4 V TVG gelten die Regelungen des TV nach seinem Ablauf nicht fort. Sie werden durch die zwingenden Vorgaben des BetrVG ersetzt, falls keine neue Vereinbarung nach § 3 abgeschlossen wird¹⁰. Durch TV kann indes eine Übergangsregelung oder eine vorübergehende Nachwirkung (zB für einen bestimmten Zeitraum der Neuverhandlungen) vereinbart werden. Wegen Übergangs- oder Restmandats vgl. Rz. 40 ff.
- 8 **2. Unternehmensbezogene Zusammenfassung von Betrieben**. Nach Abs. 1 Nr. 1a kann ein unternehmenseinheitlicher BR gebildet werden. Ohne Rücksicht auf die aus §§ 1, 4 I 1 folgende Kennzeichnung eines Betriebs gelten alle Einheiten in diesem Fall als ein Betrieb; die Bildung eines GBR entfällt¹¹. Ohne zusätzliche Maßnahmen zur Änderung der Organisations- und Leitungsstruktur bestehen die früheren Betriebe zwar nach dem Wirksamwerden des TV trotz Fiktion des Abs. 5 als abgrenzbare Teileinheiten

1 BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 17/04, AiB 2005, 619. || 2 BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BB 2009, 1749. || 3 BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BB 2009, 1749; *Trümmer*, ArbRGew 36 (1999), 59 (72); *Richardi/Richardi*, § 3 Rz. 59; aA *Hohenstatt/Dzida*, DB 2001, 2498 (2501). || 5 *Fitting*, § 3 Rz. 17; *Friese*, ZfA 2003, 237 (239); abl. *Reichold*, NZA 2001, 857 (859); *Franzen*, ZfA 2000, 285 (297). || 6 Vgl. BAG v. 24.6.1998 – 4 AZR 208/97, EzA § 20 UmwG Nr. 1 S. 6 m. Anm. *Rieble*; *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 24 Rz. 39. || 7 Vgl. BAG v. 24.1.2001 – 4 ABR 4/00, NZA 2001, 1149 (1150 f.). || 8 Zweifelnd BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BB 2009, 1749; aA LAG Nürnberg v. 17.8.2008 – 5 TaBV 14/07, LAGE § 3 BetrVG 2001 Nr. 1 S. 5. || 9 Vgl. *DKKW/Trümmer*, § 3 Rz. 157. || 10 *Trümmer*, ArbRGew 36 (1999), 59 (77); abl. *Teusch*, NZA 2007, 124 (129): Nachwirkung. || 11 *Hohenstatt/Dzida*, DB 2001, 2498.

Abweichende Regelungen

Rz. 11 § 3 BetrVG

der größeren betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheit fort. Ob die bei Zusammenschluss bestehenden Vereinbarungen und (titulierten) Verpflichtungen der Betriebsparteien allerdings – beschränkt auf die jeweilige Teileinheit – weitergelten, hängt davon ab, ob die Teileinheit nicht als Folge eines Zusammenschlusses durch Neugründung oder Eingliederung in eine bestehende Organisationsstruktur aufgelöst wird (vgl. § 77 Rz. 77)¹. Alternativ dazu können im Unternehmen einzelne Betriebe zusammengefasst werden (Abs. 1 Nr. 1b). Denkbar ist dies insb. bei einer Filial- oder Regionalstruktur. Wenn ein BR gewählt wird, muss dieser sodann für die neue Einheit gebildet werden. Sie gilt als Betrieb iSd. BetrVG (Abs. 5 S. 1). Eine parallele Wahl nach den gesetzl. Merkmalen wäre nichtig. Nicht erforderlich ist, dass dabei alle Betriebe des Unternehmens einbezogen werden. Für Einheiten, die vom TV nicht erfasst werden, gilt weiter das BetrVG. Bestehen mehrere BR, die auf der Grundlage der gesetzl. oder der tarifl. Betriebsstruktur gebildet wurden, muss von diesen ein GBR gebildet werden (§ 47 I).

Voraussetzung für solche Vereinbarungen ist, dass dies die Bildung von BR erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der ArbN dient. Die Anforderungen an die Wirksamkeit entsprechender Vereinbarungen sind damit gering². So dürfte die erste Voraussetzung erfüllt sein, wenn BR-Wahlen in den nach Gesetz gebildeten Betrieben bereits wegen der geringen Größe einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Die zweite Voraussetzung dürfte immer dann erfüllt sein, wenn durch die Zusammenfassung mehrerer Betriebe eine übergreifende Interessenvertretung auf ArbN-Seite geschaffen wird, die der entsprechenden Zentralisierung oder Regionalisierung auf ArbGebSeite Rechnung trägt. Dies gilt insb. dann, wenn damit nicht betriebsratsfähige oder bislang betriebsratslose Einheiten einen BR wählen oder durch die Zusammenfassung kleinerer Einheiten die Zahl der repräsentierten ArbN erhöht und damit auch die Stärke des ArbN-Vertreters gestärkt wird³. Dass die Zusammenfassung zu einer Verringerung der BR-Mitglieder führt, steht der Zulässigkeit nicht entgegen⁴. Die neue Struktur dient einer Wahrnehmung der ArbN-Interessen insb. dann, wenn der BR dort errichtet wird, wo ihm ein kompetenter Ansprechpartner und Entscheidungsträger gegenübersteht⁵. Eine unmittelbare tatsächliche Verbesserung der sachgerechten Interessenvertretung der ArbN ist nicht erforderlich⁶. Da es genügt, wenn die Vereinbarung diesem Ziel „dient“, reicht es, wenn eine entsprechende Wirkung von den TV-Parteien angestrebt wird und ein Erfolg nicht objektiv ausgeschlossen ist. Ist keine der (alternativen) Voraussetzungen erfüllt, ist die Regelung allerdings unwirksam (vgl. Rz. 38). Dies gilt auch bei verbandspolitisch motiviertem TV oder wenn nicht erkennbar ist, wer der durch TV geschaffenen ArbN-Vertretung als Arbeitgebervertreter gegenübersteht⁷.

3. Spartenbezogene Arbeitnehmervertreter. Nach Abs. 1 Nr. 2 kann durch TV unternehmens- oder konzernbezogene eine spartenbezogene Bildung von BR vereinbart werden. Die Sparte wird dabei als produkt- oder projektbezogener Geschäftsbereich definiert⁸. Nicht erforderlich ist, dass in den Einheiten einer Sparte jeweils der gleiche Betriebszweck verfolgt wird (zB Herstellung und Vertrieb). Diesen Bereichen können dann nicht nur verschiedene Betriebe mit der Folge zugeordnet werden, dass betriebsübergreifend eine einzige ArbN-Vertretung gewählt wird. Wenn in einem Betrieb iSd. BetrVG verschiedene Sparten vertreten sind, können diese Bereiche auch betriebsintern entsprechend ihrer produkt- oder projektbezogenen Ausrichtung jeweils getrennten SpartenBR zugeordnet werden. Die ursprüngliche Kennzeichnung nach den allg. Vorgaben des BetrVG ist dann unerheblich. Eine konzernübergreifende Bildung von SpartenBR – zB im Zusammenhang mit einem Joint Venture ohne Mehrheitsbeteiligung oder Arbeitsgemeinschaften – wird durch Abs. 1 Nr. 2 nicht gestattet, wäre aber nach Abs. 1 Nr. 3 erlaubt.

Abs. 1 Nr. 2 erlaubt auch die Bildung von SpartenGBR innerhalb eines Unternehmens mit verschiedenen Sparten. Wenn die Sparten unternehmensübergreifend im Konzern bestehen, können GBR auch für mehrere Betriebe unterschiedlicher Unternehmen gebildet werden⁹. Der Begriff des „Betriebsrats“ in Abs. 1 Nr. 2 bezieht alle Ebenen der betriebsverfassungsrechtl. Organstruktur ein, ohne dass insoweit ein Rückgriff auf Abs. 1 Nr. 3 erforderlich ist. Grundlage der Bildung von SpartenGBR kann eine gesetzl. BR-Struktur sein. Wenn die gesetzl. Strukturen auf der betriebl. Ebene eine ordnungsgemäße Interessenvertretung erlauben, ist es nicht erforderlich, neben den SpartenGBR auch SpartenBR zu bilden¹⁰. Allerdings ist es ausgeschlossen, Teile eines nach dem Gesetz gebildeten Betriebs gleichzeitig auch in einen SpartenBR einzubinden¹¹. ArbN dürfen nicht gleichzeitig durch verschiedene BR vertreten werden. Vereinbarungen nach Abs. 1 Nr. 2 treten stets an die Stelle der gesetzl. Struktur, soweit sie für die betroffene Ebene vereinbart werden. Die Vereinbarung nach Abs. 1 Nr. 2 kann sich indes auf die

1 Abw. BAG v. 18.3.2008 – 1 ABR 3/07, NZA 2008, 1259 (1262), das bei fehlender Organisationsänderung generell von einem Fortbestand der früheren Betriebe als Teileinheiten ausgeht. || 2 Vgl. *Giesen*, BB 2002, 1480 (1481); *Hohenstatt/Dzida*, DB 2001, 2498 (2499). || 3 LAG Nds. v. 22.8.2008 – 12 TaBV 14/08, nv. || 4 LAG Nds. v. 22.8.2008 – 12 TaBV 14/08, nv.; abl. *Trümmer/Sparchholz*, AiB 2009, 98 (100) für den Fall, dass Zahl der gesetzlichen Betriebsratsmitglieder durch TV drastisch reduziert wird. || 5 BT-Drs. 14/5741, S. 34. || 6 AA *Trümmer/Sparchholz*, AiB 2009, 98 (99): positive Feststellung der Verbesserung durch Gerichte. || 7 BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BB 2009, 1749. || 8 Eingehend *Friese*, RdA 2003, 92 (93 f.). || 9 Vgl. BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 17/04, AiB 2005, 619 (620); abl. *Teusch*, NZA 2007, 124 (126). || 10 AA LAG Hess. v. 21.4.2005 – 9/5 TaBV 115/04, nv. || 11 Insoweit ebenso LAG Hess. v. 21.4.2005 – 9/5 TaBV 115/04, nv.

BetrVG § 3 Rz. 12

Abweichende Regelungen

zweite Ebene beschränken. Der SpartenGBR hat dann – bezogen auf die ihm durch Vereinbarung zugeordneten Betriebe – die Zuständigkeit gem. § 50 BetrVG¹.

- 12 Voraussetzung für die Bildung von SpartenBR ist zunächst einmal, dass die Leitung der Sparte auch Entscheidungen in **beteiligungspflichtigen Angelegenheiten** trifft. Nicht erforderlich ist, dass sie wesentliche oder gar alle Fragen in personellen, sozialen oder wirtschaftl. Angelegenheiten trifft. Unter diesen Voraussetzungen wäre eine gesonderte Vereinbarung ohnehin nur dann erforderlich, wenn die einer Sparte zuzuordnenden Einheiten wegen ihrer räumlichen Entfernung keinen Betrieb bilden könnten. Andernfalls wären sie schon wegen der übergreifenden Steuerung als ein Betrieb anzusehen. Vergleichbar mit der durch § 4 I 1 Nr. 1 für den Fall der räumlichen Entfernung vorausgesetzten Mindestkompetenzzuweisung (vgl. § 4 Rz. 9 ff.) genügt es, dass einzelne Fragen, die Berechtigungsrechte des BR auslösen, in der Spartenleitung entschieden werden². Unerheblich ist, ob das Berechtigungsrecht mit Unterrichts- oder weiter gehenden MitbestR verbunden ist. Da die Zuordnung dieser Entscheidungskompetenz zur Spartenleitung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit unterliegt, sind die Voraussetzungen von der ArbN-Seite/Gewerkschaft indes nicht erzwingbar. Denkbar ist auch, dass diese Organisation nur für einzelne Sparten im Unternehmen/Konzern gegeben ist, so dass auch nur dort Vereinbarungen nach § 3 in Betracht kommen.
- 13 Weitere Wirksamkeitsvoraussetzung ist, dass der TV der **sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben** des BR dient³. Trotz des abweichenden Wortlauts wird man hiervon indes entsprechend Abs. 1 Nr. 1 ausgehen können, wenn der SpartenBR dort errichtet wird, wo ihm ein kompetenter Ansprechpartner und Entscheidungsträger ggü. steht. Das Gleiche gilt dann, wenn mit dieser Form der sachbezogen spezialisierten ArbN-Vertretung einer regionalen oder standortinternen Aufteilung eines Betriebs iSd. BetrVG spartenbezogenen Organisationsänderungen oder unterschiedlichen Tätigkeiten in den einzelnen Geschäftsbereichen und den daraus folgenden Berechtigungsrechten des BR zB in Bezug auf Personalplanung oder Arbeitsschutz Rechnung getragen werden soll. Da nur die sachgerechte Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben unterstützt wird, ist der Nachweis einer unmittelbaren Verbesserung nicht notwendig (vgl. Rz. 9).
- 14 **4. Sonstige Arbeitnehmervertretungsstrukturen.** Abs. 1 Nr. 3 ermöglicht durch TV die Bildung anderer ArbN-Vertretungsstrukturen, die an die Stelle der vom Gesetz an sich vorgegebenen Strukturen treten. Damit ist eine umfassende Neuorganisation der betriebsverfassungsrechtl. Strukturen möglich. Neben der Aufteilung eines Betriebs in mehrere betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheiten, der betriebsübergreifenden Zusammenfassung von Betriebsteilen oder der Bildung von unternehmensübergreifenden GBR ist zB im mittelständischen Konzern mit wenigen kleinen Konzernunternehmen eine zwei- oder gar einstufige Interessenvertretung anstelle der dreistufigen Struktur des BetrVG möglich. Auf diese Weise kann ein GBR für mehrere Betriebe mehrerer Unternehmen errichtet werden, der dann – was indes klarzustellen ist – an die Stelle des im Gesetz vorgesehenen GBR und KBR tritt⁴. Ohne Vereinbarung nach § 3 kann unternehmensübergreifend kein GesamtBR gebildet werden⁵. Im Gleichordnungskonzern kann durch TV nach Abs. 1 Nr. 3 ein KBR errichtet werden⁶. Aus Abs. 5 S. 1 folgt, dass Abs. 3 Nr. 3 nicht zur Bildung eines Konzernwirtschaftsausschusses genutzt werden kann.
- 15 Wirksamkeitsvoraussetzung ist, dass die Bildung anderer ArbN-Vertretungsstrukturen insb. auf Grund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder auf Grund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer **wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung** der ArbN dient (vgl. Rz. 9). Da dieses Ziel keinen abschließenden Charakter hat („insbesondere“), kann die wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung der ArbN auch aus anderen Gründen verfolgt werden. Bsp.: Spartenorganisation, Zusammenarbeit im Joint Venture oder in Arbeitsgemeinschaften. Damit dürfte zwar jede sachlich begründete Form der unternehmensinternen oder -übergreifenden Zusammenarbeit eine vom Gesetz abweichende ArbN-Vertretungsstruktur rechtfertigen. Dass die gesetzl. Organisation der Betriebsverfassung damit zur Disposition der TV-Parteien gestellt wird und dies durch nicht organisierte ArbN hingenommen werden muss, ist mit Blick auf Abs. 2 hinzunehmen, zumal der BR selbst auch in der neuen Struktur ohne Rücksicht auf eine Gewerkschaftsmitgliedschaft durch Wahlen demokratisch legitimiert werden muss und Arbeitsbedingungen selbst durch den TV nur bei beiderseitiger Tarifbindung gestaltet werden können⁷. Unstatthaft ist aber, dass der TV den ArbN überlässt, vor jeder BR-Wahl abzustimmen, ob der TV zur Anwendung kommt oder ob in den einzelnen Betrieben eigenständige BR gewählt werden sollen⁸.
- 16 **5. Arbeitsgemeinschaften und zusätzliche sonstige Vertretungen.** Nach Abs. 1 Nr. 4 können durch TV zusätzliche betriebsverfassungsrechtl. Gremien (Arbeitsgemeinschaften) gebildet werden, die der un-

1 Eingehend – wenn auch mit einer zT abweichenden Zuordnung der Regelungsmöglichkeiten zu § 3 I Nr. 2, 3 – vgl. *Friese*, RdA 2003, 92 (94). ||2 Ebenso *DKKW/Trümmer* § 3 Rz. 45; *Friese*, RdA 2003, 92 (93); aA *ErfK/Koch*, § 3 BetrVG Rz. 5, der offenbar eine weiter gehende Kompetenzzuweisung für erforderlich hält. ||3 Eingehend *Friese*, RdA 2003, 92 (100). ||4 Abw. *Teusch*, NZA 2007, 124 (127), der nur unternehmensbezogene Vertretungsstrukturen für zulässig hält. ||5 BAG v. 3.2.2007 – 1 AZR 184/06, NZA 2007, 825 (827). ||6 Vgl. BT-Drs. 14/5741, S. 34. ||7 Abw. *Richardi/Richardi*, § 3 Rz. 37. ||8 BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 17/04, AiB 2005, 619.

Abweichende Regelungen

Rz. 20 § 3 BetrVG

ternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von ArbN-Vertretungen dienen. Ein Konzernbezug oder eine besondere Form der Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen ist nicht erforderlich. Arbeitsgemeinschaften können auch regional oder branchenbezogen gebildet werden. Darüber hinaus soll es möglich werden, dass ArbN-Vertretungsstrukturen entlang einer Produktionskette (just in time) oder für andere moderne Erscheinungsformen von Produktion, Dienstleistung und Zusammenarbeit von Unternehmen geschaffen werden¹. Unter der ArbN-Vertretung iSd. Abs. 1 Nr. 4 sind neben BR, GBR oder KBR auch SpartenBR oder andere ArbN-Vertretungsstrukturen iSd. Abs. 1 Nr. 3 zu verstehen.

Darüber hinaus können nach Abs. 1 Nr. 5 durch TV zusätzliche betriebsverfassungsrechtl. Vertretungen der ArbN gebildet werden, sofern sie Zusammenarbeit zwischen BR und ArbN erleichtern. Bsp.: Regionale Vertreter des BR, BR-Vertreter für Betriebsteile, Vertrauensleute zur Kommunikation mit Regional-BR². 17

Im Unterschied zu Abs. 1 Nr. 1–3 treten die Arbeitsgemeinschaften und sonstigen zusätzlichen ArbN-Vertretungen nach Nrn. 4, 5 nicht an die Stelle der gesetzl. vorgesehenen ArbN-Vertretungen. Es sind zusätzliche Strukturen, die die Rechtsposition der nach dem Gesetz bestehenden Organe unberührt lassen. Sie übernehmen keine betriebsverfassungsrechtl. Aufgaben und besitzen keine Mitwirkungs- und MitbestR³. Soweit zusätzliche ArbN-Vertretungen im Gesetz nicht vorgesehene Rechte erhalten sollen, bleibt dies indes weiterhin statthaft⁴. 18

Bestimmung der Zahl der Mitglieder, Zusammensetzung und Wahl. Durch TV kann an sich nur eine vom Gesetz abweichende Organisationseinheit definiert werden, die als Betrieb iSd. BetrVG gilt (Abs. 5 S. 1). Soweit keine dahin gehende Regelung getroffen wird, finden deshalb grds. die Regelungen über die Zahl der BR-Mitglieder, ihre Zusammensetzung und die daran anknüpfenden Organisationsvorgaben (zB §§ 9, 14a, 17a, 27, 38, 47) für ArbN-Vertretungen nach Abs. 1 Nr. 1–3 entsprechende Anwendung. Abs. 1 Nr. 3 macht indes durch die Berechtigung zur Wahl anderer „ArbN-Strukturen“ deutlich, dass auch eine vom Gesetz abweichende Regelung über die Zahl der Mitglieder des vereinbarten Repräsentationsorgans, seine Zusammensetzung und das Wahlverfahren vereinbart werden kann, sofern dabei die allgemeinen Grundsätze des Betriebsverfassungsrechts (zB Repräsentation durch ArbN des Betriebs) beachtet werden⁵. Auf der Ebene des BR gehört hierzu auch die Notwendigkeit einer ungeraden Zahl an Amtsträgern. Denn in diesen Fällen kann nicht ohne weiteres auf eine analoge Anwendung der gesetzl. Regelungen zur Wahl bzw. Zusammensetzung von Betriebs- oder GesamtBR zurückgegriffen werden⁶. Deshalb ist es auch möglich, entgegen § 14 die Bildung von Wahlkreisen in einem Betrieb zu vereinbaren⁷. Allerdings muss durch vergleichbare Größe eine gleiche Repräsentation aller Arbeitnehmer gewährleistet sein; regionale Gesichtspunkte erlauben eine hiervon abweichende Aufteilung, wenn das Stimmengewicht nach der Zahl der vertretenen Arbeitnehmer verteilt wird. Da Abs. 5 S. 2 insoweit keine Einschränkung enthält, gilt diese Regelungsbefugnis ebenso für Abs. 1 Nr. 1, 2⁸. 19

III. Regelungen durch Betriebsvereinbarung. Abs. 2 erlaubt nur sehr eingeschränkt vom Gesetz abweichende Regelungen durch BV. Zum einen können nur Regelungen entsprechend Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 oder 5 getroffen werden. Zum anderen ist eine Regelung ausgeschlossen, wenn im Betrieb oder Unternehmen, das in den Geltungsbereich der BV fallen soll, irgendeine tarifl. Regelung gilt. Im Kern geht es also um einen „Supertarifvorbehalt“, der §§ 77 III 1, 87 I Einleitungssatz deutlich übertrifft. Jede Regelung durch Verbands- oder FirmenTV, gleich welchen Geltungsbereich sie betrifft (zB vermögenswirksame Leistungen), schließt eine BV nach Abs. 2 aus. Dies gilt auch, wenn der TV keine Regelungen über betriebsverfassungsrechtl. Organisationsstrukturen enthält⁹. Dabei werden auch allgemeinverbindliche Regelungen einbezogen¹⁰. Da Abs. 2 indes von Tarifgeltung und nicht bloß Tarifgebundenheit spricht, muss – vergleichbar mit tariflicher Systematik (vgl. Rz. 4, § 4 Rz. 18) – eine beiderseitige gesetzl. Tarifgebundenheit vorliegen. Dies setzt mindestens einen ArbN voraus, der im Betrieb in Geltungsbereich des TV fällt und – wenn keine Allgemeinverbindlichkeit besteht – Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist. So kann ein allgemeinverbindlicher TV Ausbildung keine Sperrwirkung auslösen, wenn der ArbGeb selbst keine Auszubildenden beschäftigt. Eine einzelvertragl. Bezugnahme auf einen TV genügt indes nicht, um die Sperrwirkung für eine BV auszulösen; Abs. 2 verlangt eine gesetzliche Geltung des TV. Warum der Gesetzgeber den betriebl. Sozialpartnern bedauerlicherweise so wenig Kompetenz zugesteht, ist nicht erkennbar. Der damit bewirkte Vorrang der Gewerkschaften ist unverhältnismäßig und sachlich unbegründet. Dies gilt umso mehr, wenn Regelungsbefugnis der Gewerkschaft nur bei Vertretung im Betrieb und der damit verbundenen Kenntnis um betriebl. Verhältnisses anerkannt wird¹¹. Umso wichtiger ist 20

1 BT-Drs. 14/5741, S. 34. ||2 LAG Nds. v. 22.8.2008 – 12 TaBV 14/08, nv. ||3 Löwisch, BB 2001, 1734 (1735).

||4 Vgl. BAG v. 19.6.2001 – 1 AZR 463/00, NZA 2002, 397 (400) – Bildung eines Redaktionsrats zur Mitwirkung bei tendenzbezogenen Maßnahmen in Zeitungsredaktion. ||5 Vgl. LAG Hamm v. 27.6.2003 – 10 TaBV 22/03, nv.; s. auch BAG v. 5.10.2000 – 1 ABR 14/00, NZA 2001, 1325 (1327) (zu § 3 BetrVG aF); ebenso *Fitting*, § 3 Rz. 47 ff., 54; *ErfK/Koch*, § 3 BetrVG Rz. 6 f.; *Hohenstatt/Deida*, DB 2001, 2498 (2500); *Annuß*, NZA 2002, 290 (292); abl. *Teusch*, NZA 2007, 124 (127). ||6 BT-Drs. 14/5741, S. 26; LAG Hamm v. 27.6.2003 – 10 TaBV 22/03, nv. ||7 LAG Hamm v. 27.6.2003 – 10 TaBV 22/03, nv. ||8 AA *Friese*, RdA 2003, 92 (101), die allerdings Ausnahmen zulässt. ||9 BT-Drs. 14/5741, S. 34. ||10 *Richardi/Richardi*, § 3 Rz. 75. ||11 BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, BB 2009, 1749.

BetrVG § 3 Rz. 21

Abweichende Regelungen

es, den betriebl. Sozialpartnern durch entsprechende Öffnungsklauseln im TV diesen Gestaltungsspielraum zuzuerkennen, wenn die Tarifpartner selbst solche Regelungen nicht treffen. Solche Öffnungsklauseln sind wirksam¹. Dass Abs. 2 eine solche Möglichkeit – anders als § 77 III 2 – nicht nennt, steht dem nicht entgegen. Andernfalls wäre mit Abs. 2 ein unverhältnismäßiger Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit des ArbGeb verbunden, der – entgegen dem eigentlichen Regelungswillen der TV-Parteien – bereits durch Abschluss eines TV zu völlig anderen Fragen jedwede Gestaltungsmöglichkeit auf betriebsverfassungsrechtl. Ebene verlöre. Eine solche Öffnungsklausel berechtigt BR, GBR oder KBR indes nicht, ihren originären Zuständigkeitsbereich (Betrieb, Unternehmen oder Konzern), wie er durch §§ 50 I, 58 I gekennzeichnet wird, zu überschreiten². Die Missachtung des gesetzl. TV-Vorbehalts und die damit verbundene Verkenntung der Zuständigkeit betriebl. ArbN-Vertreter führt zur Unwirksamkeit der Vereinbarung (vgl. Rz. 38).

- 21 Die **Geltungsdauer** der BV bestimmt sich grds. nach § 77. Beansprucht ein TV erst nach Abschluss einer BV gem. Abs. 2 Wirkung, endet die Wirkung der BV ohne Übergang an diesem Tag. Unerheblich ist, auf welche Weise die Geltung herbeigeführt wird (zB Neuabschluss eines FirmenTV, Beitritt zu ArbGeb-Verband). Auch der Regelungsgegenstand des TV spielt keine Rolle. Nachwirkung der BV gem. § 77 VI ist nicht gegeben. Endet der TV, ist damit auch ein Wiederaufleben der BV ausgeschlossen. Allerdings kann vereinbart werden, dass die BV in diesem Fall wieder in Kraft tritt. Die Ablösung der bestehenden Organisationsstrukturen bestimmt sich sodann (wieder) nach Abs. 4. Wegen eines Rest- oder Übergangsmandats vgl. Rz. 39 ff.
- 22 **IV. Beschluss der Arbeitnehmer zu unternehmenseinheitlichem Betriebsrat.** Abs. 3 eröffnet – theoretisch – die Möglichkeit, die Wahl eines unternehmenseinheitlichen BR entsprechend Abs. 1 Nr. 1a durch mehrheitlichen Beschluss der ArbN herbeizuführen. Voraussetzung ist allerdings, dass keine tarifl. Regelung besteht (vgl. Rz. 20) und in dem Unternehmen überhaupt kein BR existiert. Besteht in einem der Betriebe des Unternehmens ein BR, ist ein Beschluss nach Abs. 3 ausgeschlossen. Die Abstimmung kann von mindestens drei wahlberechtigten ArbN oder von einer im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft veranlasst werden. Spricht sich die Mehrheit der ArbN für die unternehmenseinheitliche Bildung eines BR aus, müssen entsprechende BR-Wahlen eingeleitet werden (vgl. Rz. 26). Absolute Mehrheit ist nicht erforderlich³. Unternehmensübergreifende Regelungen können durch Abs. 3 nicht geschaffen werden. Sie sind unwirksam⁴.
- 23 Obwohl dahingehende Regelungen fehlen, wird man dem Beschluss analog § 4 I 2–5 Bindungswirkung für die Dauer der Amtszeit des BR zumessen müssen. Er kann indes mit Mehrheitsbeschluss widerrufen werden. Erfolgt kein Widerruf, der dem BR spätestens zehn Wochen vor Ablauf der Amtszeit mitgeteilt werden muss, wird nach Ablauf der Amtszeit ein neuer unternehmenseinheitlicher BR gewählt.
- 24 **V. Geltungsdauer abweichender Vereinbarungen.** Abweichende Regelungen eines TV oder einer BV iSd. Abs. 1 Nr. 1–3 kommen, wenn in der Vereinbarung selbst nichts Abweichendes bestimmt wird, erstmals bei der nächsten regelmäßigen BR-Wahl zur Anwendung. Erst dann gilt die Fiktion des Abs. 5. Bis dahin bestehen die gesetzl. Betriebs- und Vertretungsstrukturen fort⁵. Sofort zur Anwendung kommen Vereinbarungen nach § 3 im Zweifel nur dann, wenn kein BR besteht oder aus anderen Gründen eine Neuwahl des BR erforderlich ist. Sehen die Vereinbarungen einen anderen Wahlzeitpunkt vor, was statthaft ist, endet die Amtszeit bestehender BR, die durch die Regelungen nach Abs. 1 Nr. 1–3 entfallen, mit Bekanntgabe der Wahlergebnisse⁶. Vereinbarungen über Arbeitsgemeinschaften oder zusätzliche Vertretungen nach Abs. 1 Nr. 4, 5 können, wenn nichts anderes vereinbart wird, sofort in Kraft treten. Bestehende ArbN-Vertretungen bleiben hiervon unberührt⁷.
- 25 Endet der TV oder die BV, werden (wieder) die im BetrVG vorgesehenen ArbN-Vertretungen gebildet. Nachwirkung entfalten die Regelungen nicht, falls keine abweichende Vereinbarung getroffen wird⁸. Fehlt eine ausdrückliche Regelung, enden die abweichenden Vereinbarungen und das Mandat der auf dieser Grundlage gebildeten Organe indes erst mit Ablauf der gesetzl. Wahlperiode. Der BR hat dann nach § 21a die Aufgabe, die BR-Wahl(en) in den dann nach dem Gesetz bestimmten Einheiten vorzubereiten. Die Auflösung des nach § 3 gebildeten Betriebs ist insoweit als Spaltung eines Betriebs iSd. § 21a zu behandeln.
- 26 **VI. Durchführung von Betriebsratswahlen.** Wie die Mitglieder einer ArbN-Vertretung nach Abs. 1 Nr. 1–3 nach Inkrafttreten der abweichenden Vereinbarung gewählt werden, bestimmt § 3 nicht. Auch die Wahlordnung zum BetrVG schweigt. Abs. 5 S. 2 stellt lediglich klar, dass auf die „gebildeten“ ArbN-Vertretun-

1 Vgl. LAG Hamm v. 10.11.1999 – 3 TaBV 92/99, das (zu weitgehend) sogar einseitige Gestaltung durch ArbGeb erlaubt hatte; aA *Annuß*, NZA 2002, 290 (293); *Thüsing*, Tarifautonomie im Wandel, 2003, S. 285 (303); *Spinner/Wiesenecker*, FS Löwisch, 2007, S. 375 (382). || 2 *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 98. || 3 LAG Düsseldorf v. 16.10.2008 – 11 TaBV 105/08, nv.; aA *Richard/Richardi*, § 3 Rz. 88. || 4 ArbG Hamburg v. 13.6.2006 – 19 BV 16/06, NZA-RR 2006, 645. || 5 So offenbar auch BAG 18.3.2008 – 1 ABR 3/07, NZA 2008, 1259 (1261). || 6 So schon zur früheren Rechtslage BAG v. 24.1.2001 – 4 ABR 11/00, nv.; v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263 (1264). || 7 ArbG Frankfurt/M. v. 30.3.2004 – 4 BV 438/03, AuR 2004, 398 (LS). || 8 Vgl. *Thüsing*, Tarifautonomie im Wandel, 2003, S. 285 (309).

Abweichende Regelungen

Rz. 33 § 3 BetrVG

gen die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des BR und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung finden.

Gab es bislang keinen BR, wird man deshalb von einer entsprechenden Anwendbarkeit der Regelungen zu BR-Wahlen in betriebsratslosen Betrieben ausgehen können, soweit die ArbN-Vertretung – wie in Abs. 1 Nr. 1, 2 vorgesehen – an die Stelle eines BR treten soll. Insofern kommen insb. §§ 14 ff., 17 ff., 21 ff. zur Anwendung. Darüber hinaus sind die Vorgaben zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit sowie der Zahl der Mitglieder (§§ 9 ff.) entsprechend anwendbar¹. Bei Abs. 1 Nr. 3 muss differenziert werden: Werden durch TV oder BV neue Organisationseinheiten definiert, die einen oder mehrere bislang nach Maßgabe des BetrVG bestehende Betriebe verändern bzw. auflösen, gilt für den Fall erstmaliger BR-Wahlen Entsprechendes.

Treten die neuen ArbN-Strukturen an die Stelle von GBR oder KBR, wird man die für deren Bildung im Gesetz vorgesehenen Vorschriften analog heranziehen können. Besondere Voraussetzungen (zB § 54 I 2) finden dann allerdings keine Anwendung.

Wenn die abweichende Struktur durch TV eingeführt wird, obwohl in den hiervon betroffenen Einheiten **bereits BR bestehen**, finden ebenfalls die allg. Grundsätze Anwendung. Erfolgt der Zusammenschluss während der Amtszeit der BR im Wege der Eingliederung in einen Betrieb, der im Anschluss daran fortbesteht (vgl. § 77 Rz. 77), gilt das Mandat des im aufnehmenden Betrieb bereits bestehenden BR innerhalb der gem. § 3 gebildeten Einheit fort, sofern nicht die Voraussetzungen einer Neuwahl nach § 13 II Nr. 1 gegeben sind. Besteht in der aufnehmenden Einheit kein BR, hat der BR das Übergangsmandat, in dessen bis zum Zusammenschluss bestehenden Betrieb oder Betriebsteil die größte Zahl wahlberechtigter ArbN beschäftigt ist (§ 21a I, II 2). Erfolgt der Zusammenschluss durch Neugründung, ist § 21a II 1 maßgeblich. Damit hat der BR das Übergangsmandat, in dessen Betrieb oder Betriebsteil bis zum Wirksamwerden des TV die größte Zahl wahlberechtigter ArbN beschäftigt war (§ 21a II).

Wenn die ArbN-Vertretungen zusätzlich gebildet werden (Abs. 1 Nr. 4, 5), kann in der Vereinbarung selbst die Bildung und Zusammensetzung geregelt werden.

Die Wahlen im Anschluss an eine Vereinbarung nach § 3 sind ggf. anfechtbar analog § 19. Wegen der weiteren Einzelheiten der Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit vgl. Rz. 38. Daneben kann das Vorliegen einer betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheit zum Gegenstand eines Feststellungsantrags nach § 18 II gemacht werden.

VII. Fiktion des Betriebs. Nach Abs. 5 S. 1 gelten die auf Grund eines TV oder einer BV nach Abs. 1 Nr. 1–3 gebildeten betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheiten als Betriebe iSd. BetrVG. Auch ohne das Vorliegen der in §§ 1, 4 genannten Voraussetzungen wird der Betrieb also fingiert². Entsprechendes gilt für den Beschluss nach Abs. 3. Werden Einheiten unternehmensübergreifend zu einem Betrieb zusammengefasst, sind alle ArbN der neuen Organisationseinheit bei der Berechnung der Schwellenwerte nach §§ 106, 111³, 112a⁴ maßgeblich. § 17 KSchG richtet sich nach der nun geschaffenen Organisationseinheit. Dies kann zu einer Anhebung der Schwellenwerte für das Vorliegen einer Betriebsänderung bzw. einer Massenentlassung führen. Insofern ist auch auf diesen Betrieb abzustellen, wenn die ArbN-Vertreter im Aufsichtsrat nach MitbestG, MontanMitbestG oder DrittelbG gewählt werden (vgl. § 1 Rz. 26)⁵.

Da der kündigungsschutzrechtl. Betrieb losgelöst von den betriebsverfassungsrechtl. Vorgaben bestimmt wird⁶, hat eine Vereinbarung nach § 3 für den Betriebsbegriff nach §§ 1, 23 KSchG keine Bedeutung⁷. Entscheidend für die Zusammenfassung mehrerer Einheiten zu einem kündigungsschutzrechtlichen Betrieb ist, dass die wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten von einer Stelle aus übergreifend gesteuert werden. Die räumliche Entfernung spielt dabei – abweichend von §§ 3, 4 I 1 Nr. 1 – keine Rolle (vgl. § 1 KSchG Rz. 259)⁸. Bei der Kennzeichnung des zuständigen BR für die Beteiligung bei Massenentlassungen (§ 17 II, III KSchG) kommt es dann aber wiederum auf den Betrieb iSd. § 3 an. Für seine Zuständigkeit ist wie bei §§ 111, 112 der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff maßgeblich.

VIII. Rechtsstellung der Arbeitnehmervertretung und ihrer Mitglieder. Auf die ArbN-Vertreter in den nach § 3 gebildeten Einheiten finden die Regelungen über Rechte und Pflichten des BR und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung (Abs. 5 S. 2). Unter entsprechender Berücksichtigung der vertikalen Zuständigkeitsverteilung durch §§ 50, 58 kann die ArbN-Vertretung damit alle Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des BR wahrnehmen. Neben der personellen und sozialen Mitbest. gehört hierzu auch die Beteiligung bei einer Betriebsänderung nach §§ 111, 112⁹. Im Zweifel ist das Wort „Betriebs-

1 Vgl. *Hohenstatt/Dzida*, DB 2001, 2498 (2500). ||2 BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1309). ||3 LAG Köln v. 3.3.2008 – 14 TaBV 83/07, BB 2008, 1570 (1571). ||4 *Bissels*, BB 2008, 1571 (1572). ||5 Vgl. BT-Drs. 7/2172, S. 13; UHH/*Henssler*, § 3 MitbestG Rz. 88. ||6 Vgl. BAG v. 15.3.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831 (832); v. 13.2.2007 – 1 AZR 184/06, NZA 2007, 825 (827); *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 18 Rz. 11. ||7 BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33 (35); *Kania/Gilberg*, NZA 2000, 678 (680); *Preis*, RdA 2000, 257 (264); *Steger/Weinspach/Schiefer*, § 3 Rz. 17 f.; DKKW/*Trümmer*, § 3 Rz. 152; *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 18 Rz. 12 f. ||8 BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33 (35). ||9 *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 28 Rz. 93 ff.

BetrVG § 3 Rz. 34

Abweichende Regelungen

rat“ durch die Worte „ArbN-Vertretung nach § 3 BetrVG“ zu ersetzen, so dass von Abs. 5 zB auch unternehmensübergreifende (Sparten-)GBR erfasst werden. Die Erstattung der Kosten und etwaiger Sachaufwand richten sich dabei nach § 40. Für die Mitglieder dieser ArbN-Vertretungen folgt aus dieser Gleichstellung vor allem der Anspruch auf Entgeltfortzahlung und Freistellung (§§ 37, 38), der Kündigungsschutz durch §§ 15 KSchG, 103 BetrVG, die Anwendbarkeit des Begünstigungs- und Benachteiligungsverbots (§ 78) sowie die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 79). Dabei werden Wahlbewerber und Mitglieder des Wahlvorstands analog § 15 III KSchG einbezogen.

- 34 Soweit ArbN verschiedener Unternehmen in den entsprechenden ArbN-Vertretungen tätig sind, werden die betriebsverfassungsrechtl. Pflichten in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten ggü. der Vertretung in ihrer Gesamtheit durch die Unternehmen als **Gesamtschuldner** wahrgenommen. Dies gilt auch für die Kostenerstattung und die Übernahme des Sachaufwands entsprechend § 40¹; im Innenverhältnis kann zwischen den Unternehmen Abweichendes vereinbart werden. Insoweit besteht also eine Parallele zum gemeins. Betrieb (vgl. § 1 Rz. 25). Individuelle Ansprüche der einzelnen Mitglieder richten sich allerdings ebenso wie Rechte und Pflichten von ArbN aus BV, die mit Wirkung für ArbN mehrerer Unternehmen von der Vertretung abgeschlossen worden sind (zB SpartenBV), grds. nur gegen den jeweiligen ArbGeb (vgl. § 77 Rz. 27).
- 35 **Arbeitsgemeinschaften und zusätzliche Vertreter** nach Abs. 1 Nr. 4, 5 werden in die Gleichstellung durch Abs. 5 nicht einbezogen. Ihnen steht insb. kein besonderer Kündigungsschutz zu. Folgerichtig erstreckt sich der gesetzl. Schutz auch nicht auf Wahlbewerber für Arbeitsgemeinschaften und zusätzliche Vertretungen. IdR dürften die Mitglieder dieser zusätzlichen Strukturen aber als Mitglied der gesetzl. ArbN-Vertretungen geschützt sein. Unabhängig davon gilt § 612a BGB.
- 36 **Weitergående Rechte und Pflichten** der Mitglieder der ArbN-Vertretungen nach Abs. 1 können vereinbart werden. Unzulässig ist es aber, durch solche Vereinbarungen der Vertretung selbst besondere Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte zuzugestehen, wenn dadurch zugleich das gesetzl. Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrecht einer anderen ArbN-Vertretung eingeschränkt wird. Insb. kann durch Vereinbarung nach § 3 die Verteilung der Zuständigkeit zwischen BR, GBR oder KBR (vgl. §§ 50, 58) nicht verändert werden.
- 37 Gemäß Abs. 5 S. 1 besitzen die Mitglieder der nach Abs. 1 Nr. 1–3 gebildeten betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheiten die **Rechte und Pflichten des BR** und seiner Mitglieder. Da Abs. 1 Nr. 4 und 5 dort nicht aufgeführt ist, ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Mitglieder in zusätzlichen betriebsverfassungsrechtl. Vertretungen nicht die Rechte und Pflichten des BR und die Rechtsstellung seiner Mitglieder besitzen. Ihnen bleibt aber der Schutz als Mitglieder der ArbN-Vertretung, aus der heraus sie in die besonderen Vertretungsstrukturen nach Abs. 1 Nr. 4, 5 entsandt werden.
- 38 **IX. Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit:** Auch wenn § 3 den Gestaltungsspielraum ggü. der früheren Rechtslage erweitert hat und die angestrebte Verbesserung der Interessenvertretung einem Beurteilungsspielraum der Parteien unterworfen ist², führt eine Überschreitung der gesetzl. Rahmenbedingungen zur Unwirksamkeit entsprechender Vereinbarungen³. Allerdings ist auch hier zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der daran anknüpfenden Betriebsratswahl zu unterscheiden. Nichtigkeit der Vereinbarung mit entsprechender Folge für die Betriebsratswahl und die Nichtexistenz von ArbN-Vertretern setzt offenkundige Fehlerhaftigkeit voraus⁴. Hierzu gehören zB Missachtung des Schriftformerfordernisses, BV trotz offenkundig geltender Tarifverträge, unternehmensübergreifender BR durch Beschluss gem. Abs. 3⁵ oder Errichtung von Betriebsratsstrukturen im Rahmen von § 3 I Nr. 1 bis 3, die neben die gesetzl. Organe treten. Dies gilt auch, wenn die Bildung oder der Fortbestand einer ArbN-Vertretung durch Interessenausgleich vereinbart wird. Sozialplan ist untauglich, wenn TV gilt (Abs. 2) und es nicht nur um Verlängerung des gesetzl. Übergangsmandats geht⁶. ArbN-Vertreter, die ihre Existenz aus solchen Vereinbarungen ableiten, sind betriebsverfassungsrechtl. nicht existent⁷. Vereinbarungen, die von solchen ArbN-Vertretern abgeschlossen werden, sind im Zweifel nichtig⁸. Bloße Anfechtbarkeit besteht bspw., wenn die Vereinbarung den Beurteilungsspielraum in Bezug auf die Erleichterung der BR-Bildung überschreitet⁹, fehlerhafte Zuständigkeitsabgrenzung zwischen BR, GBR und KBR¹⁰ oder durch Wahlvorstand Fehler im Wahlverfahren erfolgen¹¹. Hier ist Nichtbeachtung des gesetzl. Gestaltungsspielraums nicht grob und offensichtlich¹², so dass eine Situation vergleichbar mit einer Verknennung des Betriebsbegriffs gegeben ist (vgl. § 19 Rz. 11). Bis zu einer rechtskräftigen Ent-

1 Vgl. Löwisch, BB 2001, 1734 (1735). ||2 LAG Nds. v. 22.8.2008 – 12 TaBV 14/08, nv. ||3 Vgl. allg. BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 17/04, AiB 2005, 619 (620); LAG Köln v. 10.3.2000 – 13 TaBV 9/00, LAGE § 3 BetrVG 1972 Nr. 6 S. 4; ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rz. 1; Mückl/Koehler, NZA-RR 2009, 514 (518); Spinner/Wiesenecker, FS Löwisch, 2007, S. 375.; Hohenstatt/Dzida, DB 2001, 2498 (2503). ||4 Eingehend Mückl/Koehler, NZA-RR 2009, 514 ff. ||5 ArbG Hamburg v. 13.6.2006 – 19 BV 16/06, NZA 2006, 645 (647); Mückl/Koehler, NZA-RR 2009, 514 (516). ||6 LAG Düsseldorf v. 21.1.2000 – 9 Sa 1754/99, ZInSO 2000, 681 (683). ||7 Vgl. BAG v. 13.2.2007 – 1 AZR 184/06, NZA 2007, 825 (827). ||8 BAG v. 13.2.2007 – 1 AZR 184/06, NZA 2007, 825 (827). ||9 Abw. Spinner/Wiesenecker, FS Löwisch, 2007, S. 375, 380, die generelle Nichtigkeit annehmen. ||10 Diff. Mückl/Koehler, NZA-RR 2009, 514 (517 f.). ||11 LAG München v. 6.7.2007 – 3 TaBV 84/07, nv. ||12 Mückl/Koehler, NZA-RR 2009, 514 (516 f.); diff. Trümmer/Sparchholz, AiB 2009, 98 (101); abl. Spinner/Wiesenecker, FS Löwisch, 2007, S. 375 (385).

Abweichende Regelungen

Rz. 44 § 3 BetrVG

scheidung des ArbG gelten Vereinbarungen und BR-Wahl als wirksam. ArbN-Vertreter können gesetzl. Rechte geltend machen. Die Bindungswirkung der Vereinbarung entfällt – wie das Organ selbst – ohne Nachwirkung ex nunc erst, wenn rechtskräftig die Unwirksamkeit des TV bzw. der BV festgestellt wird¹.

X. Folgen von Umstrukturierungen. Vergleichbar mit freiwilligen Vereinbarungen zur grenzüberschreitenden Unterrichtung und Anhörung bzw. zur Bildung eines EBR nach §§ 17 ff., 41 EBRG sollte in einer Vereinbarung nach § 3 sichergestellt sein, wie bei künftigen Änderungen der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernstruktur, einer Veränderung der im Unternehmen oder Konzern bestehenden Sparten bzw. sonstigen Veränderungen im Kreis der beteiligten Rechtsträger in Bezug auf die bereits bestehenden Vereinbarungen verfahren werden soll (vgl. zur Umstrukturierung durch Abschluss entsprechender Vereinbarungen Rz. 27 f.). Ohne solche Absprachen, die bei einem TV auch in Form einer Öffnung für Regelungen durch BV liegen können (vgl. Rz. 20), wird man differenzieren müssen:

Wird die der Bildung von SpartenBR zugrunde liegende Struktur der Geschäftsbereiche mit der Folge geändert, dass einzelne **Sparten entfallen**, endet das Amt der ArbN-Vertretung nach Abs. 1 Nr. 2. Der BR hat indes – je nach den tatsächlichen Gegebenheiten – ein Übergangs- und/oder Restmandat analog §§ 21a, 21b².

Werden Einheiten, die durch eine Vereinbarung nach Abs. 1 Nr. 1–3 als selbständige betriebsverfassungsrechtl. Organisationseinheiten definiert wurden, Gegenstand eines **Betriebsübergangs** bzw. einer **Umwandlung**, hängen die Rechtsfolgen davon ab, ob ihre Identität durch den Übertragungsvorgang berührt wird, ob mit entsprechenden Vereinbarungen betriebsinterne, unternehmensinterne oder unternehmensübergreifende ArbN-Vertretungen geschaffen wurden und ob und inwieweit diese Vereinbarungen ihrer Rechtsnatur nach auch den übernehmenden Rechtsträger binden. § 613a I 2 BGB kommt, da es sich insoweit um Betriebsnormen handelt, nicht zur Anwendung. Voraussetzung ist also eine kollektivrechtliche Fortgeltung des TV oder der BV. Das Gleiche gilt grds. auch für die Vereinbarung nach Abs. 1 Nr. 4, 5. Hier treten die ArbN-Vertretungen indes neben die Organe, die nach den Vorgaben des BetrVG gebildet wurden. Die Rechtsfolgen für die ArbN-Vertreter nach Abs. 1 Nr. 4, 5 müssen also getrennt von den Rechtsfolgen für den BR, den GBR oder KBR bzw. die JAV beurteilt werden. Wenn die Bildung der ArbN-Vertretung durch Beschluss der ArbN gem. Abs. 3 erfolgt ist, besteht keine Bindung des übernehmenden Rechtsträgers³. Das Ergebnis lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Wenn gem. Abs. 1 Nr. 2 für einen einzelnen Betrieb iSd. §§ 1, 4 I 1 durch BV die **Bildung mehrerer (Sparten-)BR** vereinbart wird, gilt Vereinbarung auch beim übernehmenden Rechtsträger fort, wenn dieser die Betriebe unter Wahrung der in der Vereinbarung gekennzeichneten Identität aufrecht erhält. Entsprechendes gilt bei einer solchen Übertragung, wenn innerbetrieblich zusätzliche ArbN-Vertretungen gem. Abs. 1 Nr. 5 vereinbart wurden.

Wenn eine Vereinbarung gem. Abs. 1 Nr. 2, 3, 5 durch **FirmenTV** getroffen wurde, gilt sie – vorausgesetzt die betroffenen Einheiten werden übernommen – auch beim übernehmenden Rechtsträger fort, wenn die Übertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vorgenommen wurde und die sonstigen Voraussetzungen eines Eintritts in den FirmenTV erfüllt sind. Bei einer Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge kommt ein Eintritt in den FirmenTV nur auf Grund gesonderter Vereinbarung zwischen der Gewerkschaft und dem übernehmenden Rechtsträger in Betracht⁴. Im Zweifel muss ein Beitritt zum TV erfolgen oder durch TV eine inhaltsgleiche Regelung getroffen werden. Andernfalls entfällt die entsprechende Regelung. Allerdings kommt bei den nach Abs. 1 Nr. 2, 3 gebildeten ArbN-Vertretungen auf betriebl. Ebene ein Übergangsmandat gem. § 3 V, 21a zur Anwendung.

Wenn die durch Vereinbarung gebildeten Betriebe in Zusammenhang mit dem Übertragungsvorgang in ihrer **Identität verändert**, insb. aufgelöst werden, ist ein Fortbestand des BR ausgeschlossen. Dies gilt auch für den Fall, dass ein durch Vereinbarung gebildeter Betrieb nach dem Übergang in einen anderen Betrieb eingegliedert wird⁵. Auch hier ist aber das Übergangsmandat gem. Abs. 5, § 21a zu berücksichtigen, soweit ArbN-Vertretungen nach Abs. 1 Nr. 2, 3 betroffen sind⁶. Diese Überlegungen lassen sich bei unternehmensbezogenen ArbN-Vertretungen auf den Fall übertragen, dass Betriebe oder selbständige Betriebsteile durch Vereinbarung mit dem GBR bzw. mit der Gewerkschaft zu einem einzigen Betrieb gem. Abs. 1 Nr. 1, 2 zusammengefasst worden sind. Werden diese Einheiten unter Wahrung ihrer Identität auf einen anderen Rechtsträger übertragen, gilt die auf Grund der GBV getroffene Regelung kollektivrechtl. fort. Ist die Regelung durch TV getroffen worden, kommt eine Fortgeltung der Vereinbarungen nach Abs. 1 Nr. 1–3 nur bei einer Gesamtrechtsnachfolge in Betracht. Liegen die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht vor, endet die Vereinbarung für die vom Übergang betroffene Einheit mit dem Wirksamwerden des Übertragungsvorgangs. Soweit deshalb bis zur Neuwahl eines BR keine ArbN-Vertretung besteht, wird man indes wegen Abs. 5 ein Übergangsmandat gem. § 21a annehmen müssen.

¹ Eingehend *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 102 ff. || ² Vgl. *Giesen*, BB 2002, 1480 (1482). || ³ *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 225 ff. || ⁴ Eingehend *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 24 Rz. 135 ff. || ⁵ LAG Nds. v. 22.8.2008 – 12 TaBV 14/08, nv. || ⁶ *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 230.

BetrVG § 3 Rz. 45

Abweichende Regelungen

- 45 Ob beim übertragenden Rechtsträger eine **betriebsübergreifende ArbN-Vertretung** fortbesteht, hängt vom Inhalt der Vereinbarung und den tatsächlichen Gegebenheiten ab¹.
- 46 Wenn durch Vereinbarung mit dem KBR gem. Abs. 1 Nr. 2, 4 Regeln zur Bildung unternehmensübergreifender ArbN-Vertretungen abgeschlossen wurden, bestehen diese Vereinbarung und die daran anknüpfend gebildeten Organe fort, wenn die Übertragung im Konzern erfolgt und die Einheiten in ihrer Identität, wie sie durch die Vereinbarung definiert wird, nicht berührt werden. Werden Betriebe und Betriebsteile auf Rechtsträger außerhalb des Konzerns übertragen, findet die konzernbezogene BV keine Anwendung mehr. Dies gilt auch beim FirmenTV, sofern nicht ausnahmsw. eine Übertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge veranlasst worden ist. Wenn die bisherige ArbN-Vertretung fortbestehen soll, muss eine entsprechende Vereinbarung unter Einbeziehung des übernehmenden Rechtsträgers neu abgeschlossen werden. Ist diese Rechtsfolge bei ArbN-Vertretungen iSd. Abs. 1 Nr. 1–3 mit einem Wegfall der betriebsbezogenen Interessenvertretung verbunden, kommt das Übergangsmandat gem. § 21a zur Anwendung. Es greift lediglich dann nicht, wenn die Übertragung mit dem Wegfall von ArbN-Vertretern verbunden ist, die gem. Abs. 1 Nr. 2, 3 auf überbetrieblicher Ebene neben den BR gebildet worden sind. Es kommt auch dann nicht zur Anwendung, wenn die Vereinbarung auf die Bildung zusätzlicher ArbN-Vertretungen iSd. Abs. 1 Nr. 4 gerichtet war².
- 47 Die Rechtsfolgen einer **unternehmensinternen Betriebsspaltung** werden im Wesentlichen durch den Inhalt der Vereinbarung nach § 3 bestimmt. Wenn nach der Vereinbarung angenommen werden muss, dass die neue Betriebsstruktur nicht mehr vom Geltungsbereich des TV oder der BV erfasst wird, oder die in der Vereinbarung getroffene Vereinbarung auf die neue Organisationsstruktur nicht angewendet werden kann, bestimmt sich die Bildung eines BR wieder nach dem Gesetz. Bis zur Neukonstitution muss wegen Abs. 5 ein Übergangsmandat iSd. § 21a anerkannt werden³.
- 48 Auch bei einem **Zusammenschluss von Betrieben oder Betriebsteilen**, für die eine Vereinbarung nach § 3 abgeschlossen worden ist, muss geprüft werden, ob die Vereinbarung selbst die Rechtsfolgen regelt. Ist dies nicht der Fall, kann auf die allg. Grundsätze zu den Folgen eines solchen Zusammenschlusses zurückgegriffen werden (vgl. auch Rz. 27 f.)⁴.

4 *Betriebsteile, Kleinstbetriebe*

(1) Betriebsteile gelten als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und

1. räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder
2. durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.

Die Arbeitnehmer eines Betriebsteils, in dem kein eigener Betriebsrat besteht, können mit Stimmenmehrheit formlos beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen; § 3 Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend. Die Abstimmung kann auch vom Betriebsrat des Hauptbetriebs veranlasst werden. Der Beschluss ist dem Betriebsrat des Hauptbetriebs spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit mitzuteilen. Für den Widerruf des Beschlusses gelten die Sätze 2 bis 4 entsprechend.

(2) Betriebe, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 nicht erfüllen, sind dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

- 1 **I. Vorbemerkung.** § 4 enthält weitere Vorgaben zur Kennzeichnung des betriebsverfassungsrechtl. Betriebs und kommt zur Anwendung, wenn die in Rede stehende Einheit nicht bereits aus sich heraus die Kriterien eines Betriebs iSd. § 1 erfüllt.
- 2 **II. Verselbständigung eines Betriebsteils (Abs. 1 S. 1).** Nach Abs. 1 S. 1 gilt ein Betriebsteil als selbständig, wenn er entweder räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt ist (Alt. 1) oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig ist (Alt. 2), sofern dort idR mindestens fünf ständige wahlberechtigte ArbN beschäftigt werden, von denen drei wählbar sind⁵. Die selbständige Behandlung eines Betriebsteils ist als Ausnahme anzusehen; § 4 ist daher eng auszulegen⁶.
- 3 **1. Kennzeichnung des Betriebsteils.** Durch die gesetzl. Fiktion soll einerseits sichergestellt werden, dass für jede Organisationseinheit ein BR gewählt werden kann. Andererseits soll ein unfruchtbares Nebeneinander verschiedener BR für einzelne Betriebsteile vermieden werden, wenn diese an sich organisatorisch und wirtschaftl. als ein Betrieb angesehen werden müssen.
- 4 Aus diesem Grunde ist zwischen „einfachen“ und betriebsratsfähigen Betriebsteilen zu unterscheiden. Die **Abgrenzung** erfolgt nach den in Abs. 1 S. 1 genannten Kriterien. Entscheidend ist der Grad der Verselbständigung, der im Umfang der Leitungsmacht zum Ausdruck kommt⁷. Der „einfache“, unselb-

1 *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 233. || 2 *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 235. || 3 *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 234 ff. || 4 *B. Gaul*, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 239. || 5 Eingehend *Rieble/Klebeck*, FS Richardi, 2007, S. 693 ff. || 6 BAG v. 24.2.1976 – 1 ABR 62/75, DB 1976, 1579; Richardi/*Richardi*, § 4 Rz. 15; aA GK-BetrVG/*Franzen*, § 4 Rz. 10; DKKW/*Trümmer*, § 4 Rz. 3, 28. || 7 BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (330).

ständige Betriebssteile ist dem Betrieb zuzuordnen, in dem die wesentlichen Entscheidungen in den personellen und sozialen Angelegenheiten getroffen werden¹. Die ArbN wählen den für diesen Betrieb zu bildenden BR mit und werden von diesem vertreten. Dies gilt auch, wenn ein anderer Betrieb des Unternehmens dem Betriebssteile räumlich näher ist. Die Zuordnung zu einem Betrieb ohne Zuständigkeit in den wesentlichen betriebsverfassungsrechtl. Entscheidungen würde den ArbN des Betriebssteils den Ansprechpartner nehmen². Im Gegensatz dazu ist der selbständige Betriebssteile wie ein Betrieb zu behandeln; hier wird ein eigener BR gewählt.

Betriebssteile sind organisatorisch abgrenzbare relativ verselbständigte Betriebsbereiche mit eigenem ArbN-Stamm, die wegen ihrer Eingliederung in die Organisation des Betriebs nicht allein bestehen können³. Der arbeitsrechtl. Zweck, der in einem Betriebssteile verfolgt wird, kann mit dem Zweck des Gesamtbetriebs identisch sein. Ist er verschieden, wird er dem Zweck des Gesamtbetriebs ein- oder untergeordnet. In jedem Fall übt Betriebssteile eine Teilfunktion für das Erreichen des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs aus und erfüllt Aufgaben, die sich von denen der anderen Abteilungen idR erkennbar unterscheiden, aber in ihrer Zielsetzung dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebs dienen. Für Abgrenzung von Betrieb und Betriebssteile ist Grad der Verselbständigung entscheidend. Erstreckt sich die in der organisatorischen Einheit ausgeübte Leitungsmacht auf alle wesentlichen Funktionen des ArbGeb in personellen und sozialen Angelegenheiten, handelt es sich um einen selbständigen Betrieb iSd § 1. Für einen Betriebssteile iSd. Abs. 1 S. 1 reicht, dass die organisatorische Einheit räumlich oder funktional vom Betrieb abgegrenzt ist und in ihr eine den Einsatz der ArbN bestimmende Leitung institutionalisiert ist, die Weisungsrechte des ArbGeb ausübt⁴. Im Unterschied zu einer als Betrieb zu qualifizierenden Einheit fehlt dem Betriebssteile also ein eigener Leitungsapparat, der die wesentlichen Entscheidungen in den personellen und sozialen Angelegenheiten eigenständig trifft⁵.

2. Räumliche Entfernung (Alt. 1). Ein Betriebssteile gilt zunächst einmal dann als selbständiger Betrieb, wenn er räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt ist. Dabei ist nicht allein auf die streckenmäßige Entfernung abzustellen. Es ist eine Gesamtwürdigung aller für die Erreichbarkeit des Hauptbetriebs in Betracht kommenden Umstände vorzunehmen⁶. Da das Gesetz zur Bildung eines eigenständigen BR führen soll, wenn wegen der Entfernung eine sachgerechte Vertretung der ArbN des Betriebssteils durch den BR des Hauptbetriebes nicht gewährleistet ist⁷, muss auch die Dauer berücksichtigt werden, die der BR und seine Mitglieder benötigen, um ArbGeb oder ArbN als Ansprechpartner in bestimmten Angelegenheiten persönlich zu erreichen⁸. Schließlich soll der BR in der Lage sein, für alle ArbN des Betriebs eine wirksame Interessenvertretung wahrzunehmen⁹. Insofern sind vor allem die Verkehrsverbindungen und die für den BR verfügbaren Verkehrsmittel von Bedeutung¹⁰. Unerheblich ist die Erreichbarkeit des Betriebsrats per Post, Telefon oder mit Hilfe moderner Kommunikationsmittel¹¹. BR-Mitglieder müssen kurzfristig zu einer Sitzung zusammenkommen können und für ArbN leicht erreichbar sein¹². Außerdem müssen ihnen die Verhältnisse vor Ort aus unmittelbarer und ständiger eigener Anschauung bekannt sein¹³. Erforderlich ist eine Einzelfallbetrachtung, die wegen der konkreten Verkehrsverhältnisse in unterschiedlichen Fällen trotz gleicher Entfernung zu anderen Ergebnissen in Bezug auf Abs. 1 S. 1 Nr. 1 führen kann. Dabei steht den Tatsachengerichten ein Beurteilungsspielraum zu, der nur beschränkt nachprüfbar ist¹⁴. So wurden die Entfernungen zwischen Kassel und Göttingen (ca. 45 km¹⁵) und zwischen Köln und Essen¹⁶ auf Grund guter Verkehrsverbindungen und intakter Kontakte zwischen BR und Belegschaft noch nicht als weit angesehen, ebenso eine Entfernung von 22 km, die in 25 Minuten überbrückt werden konnte¹⁷. Die Rspr. tendiert aber inzwischen zu einer strengeren Linie¹⁸. So soll nicht erst

1 BAG v. 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, NZA 1987, 708.; v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1308); ErfK/Koch, § 4 BetrVG Rz. 2. ||2 ErfK/Koch, § 4 BetrVG Rz. 2. ||3 Vgl. BAG v. 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, NZA 1987, 708; v. 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74; v. 14.5.1997 – 7 ABR 26/96, NZA 1997, 1245. ||4 Vgl. BAG v. 14.5.1997 – 7 ABR 26/96, NZA 1997, 1245; v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1308). ||5 Vgl. BAG v. 28.6.1995 – 7 ABR 59/94, NZA 1996, 276; v. 15.3.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831; Richardi/Richardi, § 4 Rz. 15. Zur Filialstruktur vgl. Haas/Salamon, NZA 2009, 299 ff. ||6 BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (331). ||7 Vgl. BAG v. 24.2.1976 – 1 ABR 62/75, DB 1976, 1579. ||8 Vgl. BAG v. 17.2.1983 – 6 ABR 64/81, DB 1983, 2039 (2040); v. 21.6.1995 – 2 AZR 783/94, nv.; LAG Köln v. 20.11.1998 – 11 Ta BV 6/98, nv.; vgl. auch BVerwG v. 29.5.1991 – 6 P 12/89, DÖV 1991, 974 (976). ||9 Vgl. BAG v. 24.2.1976 – 1 ABR 62/75, DB 1976, 1579 (1580). ||10 Vgl. BAG v. 17.2.1983 – 6 ABR 64/81, DB 1983, 2039 (2040); v. 21.6.1995 – 2 AZR 783/94, nv.; LAG Köln v. 20.11.1998 – 11 Ta BV 6/98, nv.; Löwisch/Kaiser, § 4 Rz. 4. ||11 BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (331). ||12 BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498. ||13 Vgl. BAG v. 24.2.1976 – 1 ABR 62/75, DB 1976, 1579 (1580). ||14 BAG v. 17.2.1983 – 6 ABR 64/81, DB 1983, 2039 (2040); v. 21.6.1995 – 2 AZR 783/94, nv.; LAG Köln v. 20.11.1998 – 11 Ta BV 6/98, nv. ||15 BAG v. 24.2.1976 – 1 ABR 62/75, DB 1976, 1579 (1580); ebenso BAG v. 25.5.1988 – 7 ABR 51/87, nv., für eine Entfernung von 40 km. ||16 BAG v. 24.9.1968 – 1 ABR 4/68, DB 1969, 89. ||17 BAG v. 17.2.1983 – 6 ABR 64/81, DB 1983, 2039 (2040); ähnlich auch LAG Hamburg v. 1.11.1982 – 2 Ta BV 8/82, BB 1983, 1095 (1096), das die leichte Erreichbarkeit der Betriebsstätten auch nach Dienstende hervorhebt. ||18 Vgl. BAG v. 21.6.1995 – 2 AZR 693/94, EzA § 23 KSchG Nr. 14 (dort gekürzt): Trotz einer Entfernung von 22 km und einer Pkw-Erreichbarkeit von 20 Minuten keine räumliche Nähe, wenn die Verkehrsanbindung mit öffentl. Verkehrsmitteln beschwerlich ist und auf Grund geringer Löhne nicht vom Vorhandensein von Pkw bei allen ArbN ausgegangen werden kann; ähnlich auch LAG Köln v. 28.6.1988 – 2 TaBV 42/88, LAGE § 4 BetrVG 1972 Nr. 4 S. 3 (etwa 40 km).

BetrVG § 4 Rz. 7

Betriebssteile, Kleinbetriebe

eine Entfernung von 70 bis 90 km¹ bzw. 260 km², sondern schon von 15 bis 30 km wegen ständiger Verkehrstaus bzw. mehrfachem Umsteigens räumlich weit entfernt sein³. Das Gleiche gilt bei einer Fahrtzeit von 55 Minuten zzgl. dem Weg zur jeweiligen Haltestelle⁴. Das BVerwG vermutet eine weite Entfernung schon bei mehr als 20 km⁵. Köln und Düsseldorf sind bereits mental so weit von einander entfernt, dass von einer Selbständigkeit der Einheiten auszugehen ist.

- 7 Sind **mehrere Betriebssteile** räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt, bilden sie – wenn jeweils die Voraussetzungen des § 1 I erfüllt werden – je für sich einen betriebsverfassungsrechtl. selbstständigen Betriebsteil. Das gilt auch, wenn sie im Verhältnis zueinander räumlich nahe liegen. Etwas anderes gilt nur, wenn ein Betriebsteil einem anderen organisatorisch untergeordnet ist, so dass er von ihm geleitet wird⁶. Hauptbetrieb ist derjenige Betrieb, in dem Leitungsaufgaben auch für den Betriebsteil wahrgenommen werden⁷. Das Gleiche gilt, wenn Betriebssteile organisatorisch miteinander verknüpft sind. Um eine Zersplitterung der untereinander in räuml. Nähe liegenden Betriebssteile zu vermeiden, sind Anforderungen an organisatorische Verknüpfung indes gering.
- 8 Da der gemeins. Betrieb iSd. § 1 KSchG ohne Rücksicht auf die räumliche Entfernung bestimmt wird (vgl. § 1 Rz. 22)⁸, hat die betriebsverfassungsrechtl. Selbständigkeit keine Bedeutung für die **kündigungsrechtl. Bewertung**. Wenn zwei Einheiten in räumlich weiter Entfernung betriebsverfassungsrechtl. als zwei selbständige Betriebe gelten, aber in den wesentlichen personellen und sozialen Fragen übergreifend gesteuert werden, bilden sie einen einzigen kündigungsrechtl. Betrieb⁹.
- 9 **3. Eigenständigkeit nach Aufgabenbereich und Organisation (Alt. 2)**. Auch bei räumlicher Nähe¹⁰ gilt ein Betriebsteil als selbständig, wenn er durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig ist. Unerheblich ist, ob die Abgrenzung ggü. dem Hauptbetrieb oder anderen Betriebssteilen erfolgt¹¹. Nach dem Gesetz müssen zwar beide Voraussetzungen erfüllt sein; entscheidend ist aber letztlich die organisatorische Eigenständigkeit des Betriebsteils¹². Fehlt ein eigener Leitungsapparat, so kann der Betriebsteil stets nur als Gesamtbetrieb erscheinen. Eine Verselbständigung kommt hier nur bei räumlich weiter Entfernung in Betracht.
- 10 Die **Eigenständigkeit eines Aufgabenbereichs** ist bereits dann gegeben, wenn der arbeitstechnische Zweck des Betriebsteils von den sonst im Betrieb verfolgten Aufgaben deutlich abgegrenzt ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn fachliche Unterschiede der verschiedenen Aufgaben gegeben sind (Bsp.: Hilfsfunktion des Betriebsteils für den arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebs)¹³. Die notwendige Eigenständigkeit kann indes auch bei gleicher Aufgabenstellung gegeben sein (Betreiben mehrerer Restaurants mit gleicher Speisekarte oder Herstellung des selben Autotyps in verschiedenen Betrieben)¹⁴.
- 11 Für die **organisatorische Eigenständigkeit** muss eine eigene institutionell verankerte Leitungsstruktur vorhanden sein, mit der eine von der Betriebsleitung abgehobene Leitung auf der Ebene des Betriebsteils geschaffen wird¹⁵. Diese muss – abgrenzbar zum Hauptbetrieb oder anderen Betriebssteilen – eine relative Eigenständigkeit besitzen. Die im Betriebsteil vorhandenen Vertreter des ArbGeb müssen in der Lage sein, die Arbeitgeberfunktionen in den wesentlichen Bereichen der betriebl. Mitbest. wahrzunehmen¹⁶. Nicht erforderlich ist, dass sich die Leitungsmacht auf alle wesentlichen Angelegenheiten im sozialen oder personellen Bereich bezieht; andernfalls würde es sich bereits um einen Betrieb iSd. § 1 handeln, was Abs. 1 S. 1 Nr. 2 entbehrlich machte¹⁷. Auch ist eine Freiheit von Weisungen der Unternehmensleitung nicht erforderlich, eigene der Leitung des Betriebsteils Raum für eigene Entscheidungen bleibt¹⁸. Wenn allerdings – was wegen der schwierigen Abgrenzung der Regelfall sein dürfte¹⁹ – (auch) die Voraussetzungen eines selbständigen Betriebs erfüllt werden, steht dies einem (vorsorglichen) Rückgriff auf die Fiktion in Abs. 1 nicht entgegen.
- 12 **III. Beteiligung an der Betriebsratswahl im Hauptbetrieb (Abs. 1 S. 2–5)**. Nach Abs. 1 S. 2 können die ArbN eines nach Abs. 1 S. 1 betriebsverfassungsrechtl. selbständigen Betriebsteils beschließen, an der Wahl des BR im Hauptbetrieb teilzunehmen, statt einen eigenen BR zu wählen. Entscheiden sie sich für

1 LAG Köln v. 13.4.1989 – 1 TaBV 72/88, AiB 1990, 359, mit. Anm. *Grimberg*. || 2 BAG v. 19.2.2002 – 1 ABR 26/01, AP Nr. 13 zu § 4 BetrVG 1972 Bl. 3. || 3 LAG Köln v. 13.4.1989 – 1 TaBV 72/88, AiB 1990, 359. || 4 BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (331). || 5 BVerwG v. 29.5.1991 – 6 P 12/89, DÖV 1991, 974 (976). || 6 Vgl. BAG 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74 (76); BAG 19.2.2002 – 1 ABR 26/01, NZA 2002, 1300 (1302). || 7 BAG v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894; v. 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (330). || 8 BAG v. 21.6.1995 – 2 AZR 693/94, AP Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972; v. 15.3.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831. || 9 BAG 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33 (35). || 10 Vgl. BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74. || 11 BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74; v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894 (898). || 12 Vgl. BAG v. 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, DB 1983, 1498 (1499); v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894 (898); v. 9.12.1992 – 7 ABR 15/92, nv. || 13 *Fitting*, § 4 Rz. 25. || 14 Vgl. BAG v. 25.11.1993 – 2 AZR 517/93, NZA 1994, 836 (839); DKKW/*Trümner*, § 4 Rz. 42; MünchArbR/*Richardi*, § 22 Rz. 13. || 15 BAG v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894 ff.; v. 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 (1308). || 16 Vgl. BAG v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894; *Fitting*, § 4 Rz. 14; *Richardi/Richardi*, § 4 Rz. 27. || 17 BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 54/90, NZA 1992, 74. || 18 Vgl. *Richardi/Richardi*, § 1 Rz. 27. || 19 Vgl. BAG v. 3.12.1985 – 1 ABR 29/84, NZA 1986, 334 (335).

die Beteiligung an der Wahl im Hauptbetrieb, ist der Betriebssteil nur noch Teil des Hauptbetriebs¹, was nicht nur die Größe und Zusammensetzung des BR sowie die Zahl der Freistellungen, sondern auch seinen Zuständigkeitsbereich erweitert. Ist der Betriebssteil nach Abs. 1 S. 1 nicht betriebsratsfähig, sind die ArbN ohnehin Teil des Hauptbetriebs, dort wahlberechtigt und wählbar und werden vom BR des Hauptbetriebs in allen Angelegenheiten vertreten.

Der **Beschluss** über die Teilnahme an BR-Wahlen im Hauptbetrieb kann formlos getroffen werden, 13 setzt aber eine Mehrheit der ArbN des Betriebsteils voraus (absolute Mehrheit). Die Mehrheit der Stimmen der anwesenden oder an der Abstimmung teilnehmenden ArbN (relative Mehrheit) ist nicht ausreichend². Abstimmungsberechtigt sind alle ArbN des Betriebsteils. Wahlberechtigung nach § 7 ist insoweit keine Voraussetzung³. ArbN und BR im Hauptbetrieb sind an das Ergebnis der Abstimmung gebunden. Der Beschluss, an der Wahl eines anderen selbständigen Betriebsteils teilzunehmen, ist nicht möglich.

Die **Abstimmung** kann durch BR des Hauptbetriebs (Abs. 2 S. 3) oder von mindestens drei wahlbe- 14 rechtigten ArbN des Betriebsteils oder einer im Betriebssteil vertretenen Gewerkschaft veranlasst werden (§§ 3 III 2, 4 II 1).

Der Beschluss ist dem BR des Hauptbetriebs spätestens **zehn Wochen vor Ablauf** von dessen Amtszeit 15 mitzuteilen (Abs. 1 S. 4). Gibt es noch keinen BR, muss die Mitteilung spätestens zehn Wochen vor der Wahl dem Wahlvorstand ggü. erfolgen; in diesem Fall muss die BR-Wahl zu diesem Zeitpunkt also bereits eingeleitet worden sein; die ArbN im selbständigen Betriebssteil können eine solche Wahl selbst nicht veranlassen. Erfolgt Beschluss und Mitteilung nach Ablauf der Frist, haben sie erst für die folgende Wahl Bedeutung⁴.

Aus den Vorgaben zum **Widerruf** in S. 5 folgt, dass der Beschluss zur Teilnahme an den Wahlen im 16 Hauptbetrieb zunächst auch für weitere Wahlen gilt. Es ist ein Beschluss mit Dauerwirkung. Die Entscheidung kann indes durch Mehrheitsbeschluss (Rz. 13) entsprechend Abs. 1 S. 2–4 widerrufen werden. Der Widerruf zeigt aber erst bei den nachfolgenden Wahlen Wirkung. Er führt nicht zu einer Beendigung des Mandats des BR für den Betriebssteil während der Dauer der Amtsperiode⁵. Erst nach Ablauf der Amtszeit kann im Betriebssteil wieder ein eigener BR gewählt werden. Ein Übergangs- oder Restmandat analog §§ 21a, 21b gibt es nicht.

IV. Behandlung von Kleinstbetrieben (Abs. 2). Nach Abs. 2 ist ein Betrieb, der die Voraussetzungen des 17 § 1 I 1 nicht erfüllt, also nicht betriebsratsfähig ist, dem Hauptbetrieb zuzuordnen. Dabei werden nicht nur Nebenbetriebe erfasst. Wie die gesetzl. Überschrift deutlich macht, werden alle Kleinstbetriebe erfasst, damit die dort beschäftigten ArbN nicht aus der betrieblichen Mitbest. fallen. Hauptbetrieb ist dabei die Einheit, in der die wesentlichen personellen und organisatorischen Angelegenheiten auch mit Wirkung für die ArbN im Kleinstbetrieb entschieden und in ihrer Umsetzung gesteuert werden⁶. Unterhält der ArbGeb neben dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb mehrere weitere Betriebe, ist Hauptbetrieb iSv Abs. 2 der Betrieb, der ggü. dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb eine hervorgehobene Bedeutung hat. Diese Bedeutung kann sich daraus ergeben, dass die Leitung dieses Betriebs die Leitung des nicht betriebsratsfähigen Betriebs in personellen und sozialen Angelegenheiten beratend unterstützt. Dem steht nicht entgegen, dass in den Betrieben unterschiedliche arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden oder andere Betriebe des ArbGeb räumlich näher liegen⁷.

V. Vom Gesetz abweichende Regelungen. Von den Regelungen in § 4 kann durch TV, BV oder Beschluss 18 der ArbN iSd. § 3 abgewichen werden (s. § 3).

VI. Prozessuale Aspekte. Über die Frage, ob ein Betrieb als Nebenbetrieb oder Betriebssteil selbständig 19 oder einem anderen Betrieb oder Betriebssteil zuzuordnen ist, wird im arbeitsgerichtl. Beschlussverfahren nach §§ 2a, 80 ff. ArbGG entschieden. Die Antragsberechtigung richtet sich nach § 18 II. Über diese Fragen kann auch als Vorfrage in anderen Verfahren entschieden werden.

5 Arbeitnehmer

(1) **Arbeitnehmer (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Als Arbeitnehmer gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Als Arbeitnehmer gelten ferner Beamte (Beamtinnen und Beamte), Soldaten (Soldatinnen und Soldaten) sowie Arbeitnehmer**

1 B. Gaul, Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 27 Rz. 5. ||2 Fitting, § 4 Rz. 29; Richardi/Richardi, § 4 Rz. 38; aA Löwisch/Kaiser, § 4 Rz. 10; Löwisch, BB 2001, 1734. ||3 Fitting, § 4 Rz. 29; abw. Richardi/Richardi, § 4 Rz. 38; Konzen, RdA 2001, 76 (81); Reichold, NZA 2001, 857 (858). ||4 Löwisch/Kaiser, § 4 Rz. 10; Fitting, § 4 Rz. 33; Löwisch, BB 2001, 1734. ||5 Fitting, § 4 Rz. 32; ErfK/Koch, § 4 BetrVG Rz. 5. ||6 ErfK/Koch, § 4 Rz. 6; Fitting, § 4 BetrVG Rz. 10; aA Richardi/Richardi, § 4 Rz. 47; DKKW/Trümmer, § 4 Rz. 27, die allein auf die räumliche Nähe abstellen. ||7 BAG v. 17.1.2007 – 7 ABR 63/05, NZA 2007, 703 (706).

BetrVG § 5 Rz. 1

Arbeitnehmer

des öffentlichen Dienstes einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind.

(2) Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht

1. in Betrieben mit einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist;
2. die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder die Mitglieder einer anderen Personengesamtheit, soweit sie durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit oder zur Geschäftsführung berufen sind, in deren Betrieben;
3. Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist,
4. Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient und die vorwiegend zu ihrer Heilung, Wiedergewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung beschäftigt werden;
5. der Ehegatte, der Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerte ersten Grades, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Arbeitgeber leben.

(3) Dieses Gesetz findet, soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, keine Anwendung auf leitende Angestellte. Leitender Angestellter ist, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb

1. zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder
2. Generalvollmacht oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist, oder
3. regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst; dies kann auch bei Vorgaben insbesondere auf Grund von Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie bei Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten gegeben sein.

Für die in Absatz 1 Satz 3 genannten Beamten und Soldaten gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend.

(4) Leitender Angestellter nach Absatz 3 Nr. 3 ist im Zweifel, wer

1. aus Anlass der letzten Wahl des Betriebsrats, des Sprecherausschusses oder von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer oder durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung den leitenden Angestellten zugeordnet worden ist oder
2. einer Leitungsebene angehört, auf der in dem Unternehmen überwiegend leitende Angestellte vertreten sind, oder
3. ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das für leitende Angestellte in dem Unternehmen üblich ist, oder
4. falls auch bei der Anwendung der Nummer 3 noch Zweifel bleiben, ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das das Dreifache der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch überschreitet.

I. Vorbemerkung	1	4. Beschäftigung aus medizinischen oder erzieherischen Gründen (Nr 4)	45
II. Arbeitnehmerbegriff nach Abs. 1	2	5. Familienangehörige des Arbeitgebers (Nr. 5)	46
1. Privatrechtlicher Vertrag	3	IV. Kennzeichnung des leitenden Angestellten durch Abs. 3	47
2. Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit	5	1. Allgemein	47
3. Praxisbeispiele von A-Z	11	2. Selbständige Einstellungs- und Entlassungsberechtigung (Nr. 1)	51
III. Einschränkung des Arbeitnehmerbegriffs nach Abs. 2	39	3. Generalvollmacht oder Prokura (Nr. 2)	54
1. Vertreter juristischer Personen (Nr. 1)	40	4. Der funktionale Grundtatbestand (Nr. 3)	57
2. Mitglieder von Personengesamtheiten (Nr. 2)	42	V. Handhabung von Zweifelsfällen (Abs. 4)	62
3. Beschäftigung aus karitativen oder religiösen Gründen (Nr. 3)	43	VI. Streitigkeiten	67

- 1 **I. Vorbemerkung.** § 5 regelt in Abs. 1 und 2, wer als ArbN iSd. BetrVG anzusehen ist. Auf diese Weise werden der persönliche Geltungsbereich des BetrVG und der durch den BR repräsentierte Personenkreis festgelegt. Nach den Klarstellungen 2001¹ hat die Ergänzung von Abs. 1 S. 3 und Abs. 5 S. 3 im Jahre 2009² insoweit eine Erweiterung gebracht. Abs. 3 S. 1 bestimmt, dass dieses Gesetz keine Anwen-

¹ Vgl. *Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus*, DB 2001, 532; *Konzen*, RdA 2001, 76 ff.; *Richardi/Annuß*, DB 2001, 41.
² *Löwisch*, BB 2009, 2316 ff.; *Thüsing*, BB 2009, 2036 ff.

Arbeitnehmerbegriff nach Abs. 1

Rz. 7 § 5 BetrVG

zung auf leitende Angestellte findet, soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist (zB §§ 99, 106, 110, 111, 112a). Abs. 3 S. 2 enthält eine Legaldefinition des leitenden Angestellten, die durch Abs. 4 für Zweifelsfälle ergänzt wird. Die Begriffe des ArbN und des leitenden Angestellten nach dem BetrVG sind zwingend und keiner Vereinbarung zugänglich¹.

II. Arbeitnehmerbegriff nach Abs. 1. Ausgangspunkt des BetrVG ist der allg. arbeitsrechtl. ArbN-Begriff (vgl. Vor § 611 BGB Rz. 19 ff.)². ArbN ist damit, wer auf Grund eines privatrechtl. Vertrages im Dienste eines anderen in persönlicher Abhängigkeit zur Leistung fremdbestimmter Arbeit verpflichtet ist³.

1. Privatrechtlicher Vertrag. Das ArbVerh wird durch Arbeitsvertrag zwischen ArbGeb und ArbN begründet (vgl. § 611 Rz. 30 ff.). Dem steht das kraft Gesetz begründete ArbVerh (zB § 625 BGB, § 10 Abs. 1 AÜG) gleich. Unerheblich ist, ob der Arbeitsvertrag fehlerhaft zustande gekommen und deshalb nichtig ist oder angefochten wurde. Auch wer auf Grund anfechtbaren oder nichtigen Arbeitsvertrags tätig wird, bleibt für die Dauer seiner tatsächlichen Beschäftigung ArbN; insofern genügt ein faktisches Arbeitsverhältnis⁴.

Der das ArbVerh kennzeichnende Vertrag muss im Rahmen der Privatautonomie begründet werden⁵. Nicht erfasst wird eine Beschäftigung auf Grund öffentl.-rechtl. Dienstverhältnisse ggü. der Einstellungskörperschaft (Bsp.: Beamte, Beamtenanwärter und Soldaten), Personen im freiwilligen sozialen Jahr⁶, Strafgefangene, soweit sie nach § 11 I Nr. 1 StVollzG beschäftigt werden⁷ und kein freies ArbVerh nach § 39 StVollzG eingehen⁸, Zivildienstleistende, die nicht in freiem Beschäftigungsverhältnis iSd. § 15a ZDG stehen⁹, zu gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit herangezogene Sozialhilfeempfänger, soweit sie nicht das übliche Arbeitsentgelt erhalten¹⁰, und Entwicklungshelfer¹¹. Werden Beamte, Soldaten oder ArbN des öffentl. Dienstes aber in privatrechtl. organisierten Unternehmen eingesetzt, fallen sie nach Abs. 1 S. 3 in den Geltungsbereich des BetrVG (vgl. auch § 19 I DBGrG, § 24 II PostPersRG)¹²; sie können deshalb auch von BV erfasst werden.

2. Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Persönliche Abhängigkeit. Weitere Voraussetzung der ArbN-Eigenschaft ist die Unselbständigkeit der zu erbringenden Leistung und die damit verbundene Eingliederung in die Betriebsorganisation des ArbGeb¹³. Dabei ist nicht auf die wirtschaftl., sondern die persönliche Abhängigkeit abzustellen¹⁴. Diese ergibt sich im Wege einer typologischen Betrachtungsweise aus einer Vielzahl von Kriterien (vgl. § 611 BGB Rz. 40 ff.), deren Bedeutung auch von der Eigenart der Tätigkeit abhängen kann¹⁵. In der Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit ist die Bezeichnung eines Vertrags unerheblich; entscheidend sind tatsächliche Umstände, unter denen die Dienstleistung erbracht wird¹⁶. Auch sozialversicherungsrechtl. Bewertungen (zB § 7 IV SGB IV) sind unerheblich¹⁷.

Ausgangspunkt für die Prüfung persönlicher Abhängigkeit vom Selbständigen enthält § 84 I 2 HGB¹⁸. Danach ist selbständig, wer im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wichtiges Indiz ist damit der Grad der Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden bzgl. der Art, der Zeit und Dauer sowie des Orts der Dienstleistung (vgl. § 106 S. 1 GewO)¹⁹.

Im Vordergrund steht **örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit**. Für ArbN-Eigenschaft sprechen zB Einbindung in Arbeitszeitsysteme, Schichtmodelle und unternehmensseitige Vorgaben für Beginn und Ende der Arbeitszeit²⁰ oder die Befugnis des potenziellen ArbGeb, über die Arbeitsleistung inner-

1 ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 1; *Fitting*, § 5 Rz. 12; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 7. ||2 BAG v. 12.2.1992 – 7 ABR 42/91, NZA 1993, 334; *Däubler*, AuR 2001, 1 (3); *Engels/Trebingen/Löhr-Steinhaus*, DB 2001, 532 (536); *Konzen*, RdA 2001, 76 (82); *Richardi/Annufß*, DB 2001, 41 (43). ||3 Vgl. nur BAG v. 16.2.2000 – 5 ABR 71/99, NZA 2000, 385 (387); v. 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, NZA 2002, 787 (788); *Fitting*, § 5 Rz. 15; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 13; krit. DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 9, 12 ff.: Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit; *Wank*, DB 1992, 90: Einbindung der wirtschaftl. Abhängigkeit. ||4 BAG v. 5.12.1957 – 1 AZR 594/56, EzA § 123 BGB Nr. 1 Satz 2 f.; DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 9; *Fitting*, § 5 Rz. 19. ||5 *Richardi/Richardi*, § 5 Rz. 14. ||6 BAG v. 12.2.1992 – 7 ABR 42/91, NZA 1993, 334. ||7 AA DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 113, 162. ||8 Vgl. BAG v. 3.10.1978 – 6 ABR 46/76, DB 1979, 1186 (1187); LAG BW v. 15.9.1988 – 4b Sa 41/88, NZA 1989, 886; *Fitting*, § 5 Rz. 276. ||9 DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 112; *Richardi/Richardi*, § 5 Rz. 135. ||10 BAG v. 7.7.1999 – 7 ABR 661/97, NZA 2000, 542; *Richardi/Richardi*, § 5 Rz. 132. ||11 Vgl. BAG v. 27.4.1977 – 5 AZR 129/76, BB 1977, 1304. ||12 *Löwisch*, BB 2009, 2316 ff.; *Thüsing*, BB 2009, 2036 ff. ||13 BAG v. 21.7.2004 – 7 ABR 38/03, AP Nr. 8 zu § 9 BetrVG 1972. ||14 BAG v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622; v. 16.2.2000 – 5 AZB 71/99, NZA 2000, 385 (387); v. 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, NZA 2002, 787 (788); aA LAG Köln v. 30.6.1995 – 4 Sa 63/95, AP Nr. 80 zu § 611 BGB – Abhängigkeit Bl. 6 f.; *Wank*, NZA 1999, 225 (226). ||15 Vgl. BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104); v. 20.9.2000 – 5 AZR 61/99, NZA 2001, 551; *Reiserer*, BB 1998, 1258 (1260); *Hromadka*, DB 1998, 195; krit. gegen typologische Abgrenzungsmethode ErfK/Preis, § 611 BGB Rz. 71 ff.; *Richardi*, DB 1999, 958 (960). ||16 Vgl. BGH v. 21.10.1998 – VIII ZB 54/97, NZA 1999, 110; BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 67/90, NZA 1992, 36 (37); v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1103); *Hromadka*, NZA 1997, 569. ||17 Vgl. *Heinze*, NZA 2000, 5 (6). ||18 BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104). ||19 BAG v. 6.5.1998 – 5 AZR 247/97, NZA 1999, 205 (206); v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1103). ||20 Vgl. BAG v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (624); v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104).

BetrVG § 5 Rz. 8

Arbeitnehmer

halb eines bestimmten Zeitrahmens zu verfügen¹, dagegen die Berechtigung zur freien Arbeitszeiteinteilung². Wegen des Tendenzschutzes, der auch in der geistigen oder künstlerischen Tätigkeit selbst zum Ausdruck kommt, ist die persönliche Abhängigkeit von Mitarbeitern in Rundfunk/Fernsehen allerdings nicht schon ausgeschlossen, weil sie sachlich wie örtlich in ihrer Arbeitsleistung frei sind. Die Fremdbestimmtheit der Arbeit kann anderweitig begründet werden³.

- 8 Auch **fachliche Weisungsgebundenheit** ist ein wichtiges Indiz für persönliche Abhängigkeit; ihr Fehlen schließt die ArbN-Stellung indes nicht aus⁴. Denn Aufgabenstellung, Art oder Qualität einer Tätigkeit können es mit sich bringen, dass trotz Einbindung in betriebl. Organisation ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit/fachlicher Selbständigkeit beim Dienstverpflichteten verbleibt⁵. Umgekehrt ist fachliche Weisungsgebundenheit allein nicht ausreichend, um ArbN-Eigenschaft zu begründen. Auch ein Selbständigkeit der Arbeit kann anderweitig seines Vertragspartners unterworfen sein⁶.
- 9 Weiteres Indiz für das Vorliegen der ArbN-Eigenschaft ist der Umstand, dass eine Tätigkeit regelmäßig nur im Rahmen eines ArbVerh ausgeübt wird. Bsp.: Copilot⁷, Tankwartaushilfe⁸, Lehrer an allgemein bildenden Schulen⁹. Wegen der geringeren Einbindung in ein Schul- oder Ausbildungssystem sind Volkshochschuldozenten und Lehrkräfte an Musikschulen regelmäßig außerhalb eines ArbVerh tätig¹⁰. Dass auf die personellen und sachlichen Ressourcen des potenziellen ArbGeb zurückgegriffen werden muss, genügt nicht, da vergleichbare Notwendigkeit beim Werkvertrag bestehen kann¹¹. Für ArbN-Eigenschaft spricht, wenn potenzieller ArbN keine Möglichkeit hat, die eigene Arbeitsorganisation frei festzulegen¹².
- 10 Dass der ArbN seine Arbeitsleistung dem ArbGeb fremdnützig zur Verwertung nach den von diesem vorgegebenen Zielen überlässt, ist kein Abgrenzungskriterium¹³. Wer Dienstleistung und keinen durch Arbeit bewirkten Erfolg verspricht, überlässt die Disposition über die Verwertung stets dem Leistungsempfänger.

11 3. Praxisbeispiele von A-Z

● **Arbeitnehmerähnliche Personen** sind keine ArbN; sie leisten keine Dienste in persönlicher Abhängigkeit (vgl. auch § 5 I 2 ArbGG). Wegen der ausschließlichen oder überwiegenden Beschäftigung für eine Person oder ein Unternehmen besteht indes idR wirtschaftl. Abhängigkeit, die zum Teil einen vergleichbaren Schutz zur Folge hat¹⁴. Bsp.: Künstler, Reporter, Kameraleiter, nebenamtliche Dozenten an Volkshochschulen¹⁵, Erfinder, Wirtschaftsberater, selbstständige Heimbetriebsmeister¹⁶. Bei Lehrkräften scheint Tendenz zur Annahme der ArbN-Eigenschaft zu bestehen¹⁷. Für arbeitnehmerähnliche Personen können TV abgeschlossen werden (§ 12a TVG). Sie sind ArbN iSd. ArbGG (vgl. § 5 ArbGG) und ArbN urlaubsrechtl. gleichgestellt (§ 2 BUrlG). Die sozialversicherungsrechtl. Kennzeichnung (zB § 7 IV SGB IV) spielt keine Rolle. Obwohl die Ich-AG (§ 4211 SGB III) auf Selbständigkeit gerichtet ist, schließt sie aus arbeitsrechtl. Sicht abhängige Tätigkeit nicht aus¹⁸.

- 12 ● **Arbeitnehmerüberlassung** (Leiharbeit) ist eine Form des drittbezogenen Personaleinsatzes (mittelbares Arbeitsverhältnis). Sie liegt vor, wenn ein ArbGeb (Verleiher) einem anderen Unternehmen (Entleiher) Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die in den Betrieb des Entleihers eingegliedert werden und ihre Arbeiten nach dessen Weisungen ausführen¹⁹. Die ArbGebFunktion ist dahin aufgespalten, dass der Entleiher die weiter gehende Organisationshoheit und Dispositionsbefugnis sowie für den überwiegenden Teil der Tätigkeit das Weisungsrecht nach § 106 GewO hat, während der Verleiher für arbeitsvertragl. Fragen zuständig ist²⁰. Insb. in Bezug auf Dauer der Arbeitszeit und Vergütung müssen indes §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 IV, 12 I 3 AÜG (Anspruch auf Gleichbehandlung in Bezug auf wesentliche Arbeitsbedingungen) berücksichtigt werden²¹. Unterscheidung zwischen echter und unechter Leiharbeit ist heute ohne Bedeutung. Wichtiger ist die Unterscheidung zwischen gewerbsmäßiger, nicht gewerbsmäßiger und vorübergehender konzerninterner AÜ. Nur die gewerbsmäßige AÜ bedarf einer Erlaubnis nach § 1 AÜG.

1 BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104). || 2 Vgl. BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 67/90, NZA 1992, 36 (37); v. 15.12.1999 – 5 AZR 566/98, NZA 2000, 447. || 3 BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 819/76, BB 1978, 760. || 4 Vgl. BAG v. 20.7.1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, 161 (162). || 5 Vgl. BAG v. 20.7.1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, 161 (162); v. 6.5.1998 – 5 AZR 347/97, NZA 1998, 873 (875 f.). || 6 Vgl. BGH v. 22.10.1981 – VII ZR 310/79, BGHZ 82, 100 (106). || 7 BAG v. 16.3.1994 – 5 AZR 447/92, DB 1994, 2504. || 8 BAG v. 12.6.1996 – 5 AZR 960/94, NZA 1997, 191. || 9 BAG v. 12.9.1996 – 5 AZR 104/95, NZA 1997, 604. || 10 BAG v. 24.6.1992 – 5 AZR 384/91, NZA 1993, 174. || 11 BAG v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622 (624); aA BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 819/76, BB 1978, 760. || 12 Vgl. BAG v. 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364 (366). || 13 BAG v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB – Abhängigkeit Bl. 3; aA noch BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 819/76, BB 1978, 760 (761). || 14 Boemke, ZfA 1998, 285, 317. || 15 BAG v. 25.8.1982 – 5 AZR 7/81, AP Nr. 32 zu § 611 BGB – Lehrer, Dozenten Bl. 2. || 16 Vgl. BAG v. 13.8.1980 – 4 AZR 592/78, AP Nr. 37 zu § 611 BGB – Abhängigkeit Bl. 4. || 17 Vgl. BAG v. 26.7.1995 – 5 AZR 22/94, AP Nr. 79 zu § 611 BGB – Abhängigkeit Bl. 3; v. 12.9.1996 – 5 AZR 1066/94, NZA 1997, 194 (195); LAG Düsseldorf v. 13.11.1996 – 12 Sa 1178/96, BB 1997, 791. || 18 B. Gaul/Otto, DB 2002, 2486 (2491), DB 2003, 94 (96). || 19 BAG v. 1.6.1994 – 7 AZR 7/93, NZA 1995, 465 (466); v. 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, NZA 1998, 876 (877) mwN. || 20 Vgl. BAG v. 28.7.1992 – 1 ABR 22/92, NZA 1993, 272 (276); Schüren, § 1 AÜG Rz. 69 ff. || 21 Vgl. B. Gaul/Otto, DB 2002, 2486 (2487); B. Gaul/Otto, DB 2003, 94 (96); Ulber, AuR 2003, 7 (10); Lembke, BB 2003, 98 (100); Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23; Wank, NZA 2003, 14 (19).

LeihArbN sind grds. ArbN des Betriebs des Verleihers (§ 14 I AÜG). Mit Ausnahme der für Beamte, Soldaten und Arbeitnehmer des öffentl. Dienstes (einschl. Auszubildende) in Abs. 1 S. 3 bestimmten Ausnahmen werden sie nur dann (auch) ArbN des Entleihers, wenn der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und ArbN wegen fehlender Erlaubnis nach § 1 AÜG unwirksam ist (§§ 9 Nr. 1, 10 I AÜG)¹. Nach § 10 I 4 AÜG bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses ArbVerh nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen². Ist eine Überlassung erlaubt, bleibt das ArbVerh zwischen Verleiher und ArbN ohne Rücksicht auf die Dauer der Überlassung bestehen³. Obwohl damit grds. kein ArbVerh zwischen Entleiher und LeihArbN besteht, sind LeihArbN beim Entleiher wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 S. 2)⁴. Die Art der Überlassung (zB gewerbsmäßig, konzernintern) spielt keine Rolle⁵. Sie sind aber nicht wählbar (§ 14 II 1 AÜG). Grund für die Wahlberechtigung ist der Umstand, dass der BR des Entleihers nicht nur bei der Übernahme des LeihArbN gem. § 99 zu beteiligen ist (§ 14 III AÜG). Vielmehr ist der BR über die in § 14 II AÜG genannten Beteiligungsrechte hinaus bei allen Angelegenheiten zuständig, die das Weisungsrecht des Entleihers und damit die konkreten Arbeitsbedingungen der ArbN betreffen (zB Beginn und Ende der Arbeitszeit, Arbeitsschutzmaßnahmen)⁶. Richtigerweise wird man diese Beteiligungsrechte des BR des Entleihers auch bei nicht gewerbsmäßiger oder konzerninterner AÜ⁷ und dem in Abs. 1 S. 3 genannten Einsatz von Beamten, Soldaten und ArbN des öffentl. Dienstes annehmen müssen⁸. Existiert beim Entleiher kein BR, können diese Angelegenheiten von ihm mitbestimmungsfrei umgesetzt werden. Für Entscheidungen des VertragsArbGeb in den die LeihArbN betreffenden sozialen, personellen und wirtschaftl. Angelegenheiten ist weiter der BR des Verleihers bzw. die ArbN-Vertretung des öffentl. Dienstes zuständig (zB Vergütung, Wechsel des Entleihers)⁹.

Von der AÜ ist die Tätigkeit von Fremdpersonal auf Grund Dienst- oder Werkvertrags zwischen Betriebsinhaber und anderem Unternehmer zu unterscheiden. In diesem Fall unterliegen die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten ArbN den Weisungen der Fremdfirma; sie sind deren Erfüllungsgehilfen und keine ArbN des Auftraggebers (vgl. Rz. 27)¹⁰. Zur Abgrenzung der AÜ vom Werk- oder Dienstvertrag vgl. § 1 AÜG. AÜ liegt auch dann nicht vor, wenn der ArbN in einem gemeins. Betrieb mehrerer Unternehmen (§ 1 I 2) tätig wird. Denn im gemeins. Betrieb erfolgt keine Übertragung, sondern nur eine gemeins. Ausübung der Leitungsmacht in den wesentlichen personellen und sozialen Fragen (vgl. § 1 Rz. 14)¹¹. Keine Anwendung findet das AÜG auch bei der Gebrauchsüberlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal, wenn Geräteüberlassung im Vordergrund steht und die Personalüberlassung nur Geräteeinsatz ermöglichen soll¹².

● **Außendienst:** Die Aufnahme der Außendienstmitarbeiter in Abs. 1 stellt nur klar, dass es für den betriebsverfassungsrechtl. ArbN-Status auf die funktionale Eingliederung in die betriebl. Arbeitsorganisation ankommt¹³. Eine örtliche Eingliederung in den Betrieb muss – was auch in Fällen der Auslandsentsendung deutlich wird¹⁴ – nicht zwingend erfolgen¹⁵. Insofern ist auch die Unterscheidung zwischen ortsgebundenen (zB Arbeit im eigenen Haus) und ortsunabhängigen Tätigkeiten (zB Auslieferung und Verkaufsfahrer, Bauarbeiter, Kundenberater, Monteure, Reiseleiter, Service- und Wartungspersonal sowie Zeitungsausträger) unerheblich. Daneben müssen die allg. Abgrenzungskriterien zur Kennzeichnung der Vertragsbeziehung als ArbVerh geprüft werden. Kennzeichen einer Eingliederung sind hier zB Abhängigkeit des Außendienstlers von der Organisation des ArbGeb (Bsp.: Verteilung Arbeit/Kunden, Berichtspflichten, Ausbildung)¹⁶ oder Einbindung in Kundenbetreuungskonzept durch Dienstpläne des ArbGeb¹⁷.

● **Auslandsentsendung:** ArbN können auch bei einer Tätigkeit im Ausland von Abs. 1 erfasst sein. Es genügt, dass ein Arbeitsvertrag zum inländischen ArbGeb besteht. Die Annahme einer Zuständigkeit des BR während des Auslandseinsatzes hängt dann davon ab, dass die Zugehörigkeit zum inländischen Betrieb auch in dieser Zeit gegeben ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Einsatz vorübergehend

1 Krit. *Blank*, DB 2008, 1153 ff. || 2 BAG v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG Bl. 4. || 3 BAG v. 28.6.2000 – 7 AZR 100/99, NZA 2000, 1160; *Schüren*, § 10 AÜG Rz. 56, wobei hier noch die 12- bzw. 24-Monatsgrenze in § 1 II AÜG aF zur Anwendung kam. || 4 Vgl. BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, DB 2003, 2128: „Leiharbeitnehmer wählen, aber zählen nicht.“ Umstritten ist Wahlberechtigung von Beamten, Soldaten und ArbN des öffentl. Dienstes während eines Einsatzes nach Abs. 1 S. 3: *Löwisch*, BB 2009, 2316 ff.; *Thüsing*, BB 2009, 2036 f. || 5 LAG Hess. v. 16.8.2007 – 9 TaBV 28/07, nv.; *Richard/Thüsing*, § 7 Rz. 11; *DKKW/Trümmer*, § 5 Rz. 84, 88. || 6 BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263 (1265). || 7 So BAG v. 18.1.1989 – 7 ABR 62/87, NZA 1993, 272 (276); v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, NZA 2000, 1119 (1120); *Fitting*, § 5 Rz. 224 f.; abl. *Boemke*, § 14 AÜG Rz. 4 mwN, wonach § 14 II AÜG nur auf die gewerbsmäßige Überlassung anwendbar ist. || 8 Vgl. *Löwisch*, BB 2009, 2317 (2319). || 9 BAG v. 28.7.1992 – 1 ABR 22/92, NZA 1993, 272 (276); v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263 (1265); *Fitting*, § 5 Rz. 235 mwN. || 10 BAG v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). || 11 BAG v. 25.10.2000 – 7 AZR 487/99, NZA 2001, 259 (260); v. 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 (257). || 12 BAG v. 17.2.1993 – 7 AZR 167/92, NZA 1993, 1125 (1126). || 13 Vgl. BT-Drs. 14/5741, S. 35. || 14 Vgl. BAG v. 23.3.2000 – 7 ABR 34/98, NZA 2000, 1119 (1120); v. 7.12.1989 – 2 AZR 222/89, NZA 1990, 658 (659). || 15 Vgl. BAG v. 23.3.2000 – 7 ABR 34/98, NZA 2000, 1119 (1120); v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00, NZA 2001, 1263 (1264). || 16 BAG 15.3.1978 – 5 AZR 819/76, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Abhängigkeit Bl. 3. || 17 BAG 6.5.1998 – 5 AZR 247/97, NZA 1999, 205 (207).

BetrVG § 5 Rz. 17

Arbeitnehmer

oder dauerhaft erfolgt. Voraussetzung ist, dass – vergleichbar mit den für Außendienstmitarbeiter entwickelten Kriterien – (weiterhin) eine Eingliederung in die betriebl. Organisation in Deutschland gegeben ist, selbst wenn ein Teil der Arbeitsbedingungen für die Entsendung modifiziert wird (vgl. Vorb. Rz. 5)¹. Wenn der Auslandseinsatz nur vorübergehender Natur ist und eine Rückkehr in ein aktives ArbVerh im inländischen Betrieb geplant ist, liegt eine Zuständigkeit des BR auch dann vor, wenn das ArbVerh während des Auslandseinsatzes zum Ruhen gebracht und durch einen aktiven Vertrag für die Auslandsentsendung mit dem gleichen ArbGeb oder einer anderen Gesellschaft vor Ort ergänzt wird². Insofern besteht eine Parallele zur Behandlung von ArbN in Elternzeit (vgl. Rz. 35, vor §§ 15 ff. BEEG Rz. 11).

- 17 ● Beamte und Soldaten:** Personen in einem Beamten- oder Soldatenverhältnis sind keine ArbN (vgl. Rz. 4). Mit Inkrafttreten der Neuregelung am 4.8.2009³ werden sie aber von Abs. 1 erfasst, wenn sie als Beamte oder Soldaten in einem Betrieb iSd. BetrVG eingesetzt werden (vgl. auch §§ 19 I DBGrG, 24 II PostPersRG). Wird der Beamte von seinen Pflichten aus dem Beamtenverhältnis beurlaubt, kann daneben ein Arbeitsvertrag mit der gleichen Körperschaft oder einem anderen Rechtsträger, für den der Beamte während des ruhenden Dienstverhältnisses tätig ist, begründet werden. Für eine solche Vertragsbeziehung mit einem privatrechtl. organisierten ArbGeb ist dann ohne gesetzl. Fiktion die Zuständigkeit des BR nach Abs. 1 gegeben.
- 18 ● Befristete Arbeitsverhältnisse:** ArbN mit befristetem Arbeitsvertrag werden ohne Rücksicht auf Grund, Dauer und Art der Befristung als ArbN iSd. Abs. 1 erfasst; dies gilt auch für Aushilfskräfte. Die Wirksamkeit der Befristung spielt keine Rolle.
- 19 ● Berufsausbildungsverhältnis:** Kraft Gesetzes sind alle zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten ArbN iSd. BetrVG, was zur Folge hat, dass sie auch im MitbestG oder DrittelbG zu berücksichtigen sind. Erfasst werden auch Auszubildende, die aus öffentl. Dienst heraus in Betrieben privatrechtl. organisierter Unternehmen tätig sind (Abs. 3 S. 3). Dabei ist der Begriff der Berufsausbildung weiter als im BBiG zu fassen. Unerheblich ist, ob das Ausbildungsverhältnis als ArbVerh zu qualifizieren ist⁴. Anders als bei § 4 I BPersVG⁵ kommt es nicht auf Zweck der Ausbildung an. Es spielt keine Rolle, ob die Ausbildung für den Eigenbedarf erfolgt, eigen- oder fremdnützig ist, den Betriebszweck fördert oder für den Betrieb nützlich ist. Erfasst werden alle Verträge, durch die berufliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen vermittelt werden sollen⁶. Voraussetzung ist, dass die Auszubildenden in Betrieb des Ausbildenden eingegliedert sind. Die Auszubildenden müssen mit solchen Tätigkeiten beschäftigt werden bzw. diese erlernen, die auch zu den beruflichen Aufgaben von Arbeitern und Angestellten des Betriebs gehören⁷. Eine schulische Ausbildung genügt nicht. Der ArbGeb muss ihnen gegenständliche, praktische Aufgaben zum Zwecke der Ausbildung zuweisen. Dazu zählen ua. Umschüler und Teilnehmer an berufsvorbereitenden Ausbildungsmaßnahmen⁸, „Volontäre, Praktikanten, Anlernlinge“⁹, Teilnehmer einer Ausbildung in unternehmenseigener Schule bei praktischer Unterweisung im Betrieb¹⁰, wobei eine rein schulische Ausbildung nicht genügt¹¹. Unerheblich ist, ob die betriebliche Ausbildung nur Teil eines aus betrieblich-praktischen und schultheoretischen Teilen bestehenden Ausbildungsganges ist¹². Auszubildende in einer von mehreren Unternehmen bzw. Betrieben errichteten überbetrieblichen Ausbildungsstätte¹³ sind ArbN iSd. BetrVG. Auszubildende in reinen Ausbildungsbetrieben oder Einrichtungen, die zu Ausbildungszwecken einen Produktionsbetrieb nachahmen (zB Berufsbildungswerk), sind keine ArbN des Ausbildungsbetriebs¹⁴. Hier ist der ArbN selbst Gegenstand des Betriebszwecks; es bleibt die Möglichkeit einer Interessenvertretung nach § 51 BBiG. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo die Ausbildung zum Einsatz im Rahmen des arbeitstechnischen Zwecks der Einrichtung, etwa zum Betreuer oder Ausbilder, erfolgt¹⁵. Die Entgeltlichkeit ist ein Indiz für ein Ausbildungsverhältnis¹⁶.
- 20 ● Beschäftigungsgesellschaft (Transfergesellschaft):** Mitarbeiter in Beschäftigungsgesellschaften zur Abwicklung von Transferkurzarbeit nach § 216b SGB III sind ArbN¹⁷, die mit idR befristeten Vertrag beschäftigt sind¹⁸. Im Rahmen einer Beschäftigungsgesellschaft nach dem SGB II angestellte Personen sind ArbN, wenn ihre Tätigkeit dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebs dient und nicht selbst Gegenstand des Betriebszwecks ist¹⁹.

1 Vgl. BAG v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, NZA 1990, 658 (659). || 2 Vgl. BAG v. 14.7.2005 – 8 AZR 392/04, NZA 2005, 1411. || 3 BGBl. I S. 2424. || 4 BAG v. 21.7.1993 – 7 ABR 35/92, NZA 1994, 713 (715). || 5 BVerwG v. 19.6.1980 – 6 P 1/80, PersV 1981, 368; dazu *Edenfeld*, PersV 2005, 290. || 6 BAG v. 24.9.1981 – 6 ABR 7/81, DB 1982, 606. || 7 BAG v. 13.6.2007 – 7 ABR 44/06, NZA-RR 2008, 19 (20). || 8 BAG v. 26.11.1987 – 6 ABR 6/83, NZA 1988, 505 (506). || 9 BAG v. 28.7.1992 – 1 ABR 22/92, NZA 1993, 272 (275). || 10 BAG v. 10.2.1981 – 6 ABR 86/78, DB 1981, 1935 (1936). || 11 BAG v. 28.7.1992 – 1 ABR 22/92, NZA 1993, 272 (275). || 12 BAG v. 8.5.1990 – 1 ABR 7/89, NZA 1990, 896 (897). || 13 BAG v. 26.1.1994 – 7 ABR 13/92, NZA 1995, 120 (122). || 14 BAG v. 13.6.2007 – 7 ABR 44/06, NZA-RR 2008, 19 (20). || 15 BAG v. 26.1.1994 – 7 ABR 13/92, NZA 1995, 120 (122); v. 13.6.2007 – 7 ABR 44/06, NZA-RR 2008, 19 (20). || 16 BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 1/88, DB 1990, 1192 (1193). || 17 Vgl. DKKW/*Trümner*, § 5 Rz. 109a; *Fitting*, § 5 Rz. 139; LAG Bbg. v. 24.2.1994 – 3 SA 869/93, DB 1994, 1245. || 18 Vgl. *B. Gaul/Kliemt*, NZA 2000, 874 (675); *Niesel*, § 175 SGB III Rz. 1 ff.; *Filzek*, AiB 1998, 661; *Thannheiser*, AiB 1999, 89 (96), 153 (154). || 19 BAG v. 5.4.2000 – 7 ABR 20/99, NZA 2001, 629 (630); v. 5.10.2000 – 1 ABR 14/00, NZA 2001, 1325 (1328).

- **Doppelarbeitsverhältnis:** Hiervon spricht man, wenn ein ArbN neben einem bereits bestehenden 21
Arbeitsverhältnis, das vorübergehend zum Ruhen gebracht wird (Stammarbeitsverhältnis), ein weiteres
ArbVerh mit einem anderen (abhängigen) Unternehmen begründet. Betriebsverfassungsrechtl. gehört
der ArbN in dieser Zeit beiden Unternehmen an¹. Erfolgt die Abordnung nicht nur zum vorübergehen-
den, flexiblen Einsatz, sondern als organisatorische Dauerlösung in der Form, dass die Arbeitsverträge
mit dem herrschenden Unternehmen geschlossen werden, die Beschäftigung tatsächlich jedoch im Be-
trieb eines abhängigen Unternehmens stattfindet, gehört der ArbN betriebsverfassungsrechtl. zu dem
Betrieb, in dem er arbeitet².
- **Ein-Euro-Jobber:** Erwerbsfähige Hilfsbedürftige, die nach § 16d SGB II beschäftigt werden, sind keine 22
ArbN iSv. Abs. 1. Ihre Beschäftigung löst aber eine mitbestimmungspflichtige Einstellung nach § 99 aus³.
- **Einfirmenvertreter** (§ 92a HGB) dürfen auf Grund vertragl. Regelung oder können wegen Art und 23
Umfang der mit ihnen vereinbarten Tätigkeit nicht für weitere Unternehmer tätig werden. Sie sind
Handelsvertreter gem. § 84 HGB und somit selbständig, wenn sie im Wesentlichen ihre Tätigkeit frei
gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen können. Anderenfalls handelt es sich um kaufmännische An-
gestellte, ggf. im Außendienst⁴. Indizien für Eingliederung sind zB Zuteilung eines Kundenstamms durch
Dienstgeber, Vorgabe eines Tourenplans oder einer Mindestanzahl zu besuchender Kunden⁵.
- **Familienangehörige:** Erfolgt Mitarbeit von Familienangehörigen im Betrieb nur auf Grund familien- 24
rechtl. Verpflichtung (Kinder: § 1619 BGB, Ehegatten: Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft), liegt
nach allg. Grundsätzen kein ArbVerh vor⁶. Besteht ein Arbeitsverhältnis, sind sie ArbN iSd. Betriebsver-
fassung, es sei denn, es erfolgt eine Ausgrenzung gem. Abs. 2 Nr. 5 (vgl. Rz. 47).
- **Franchising** schließt die ArbN-Eigenschaft des Franchisenehmers nicht aus; hier ist eine einzelfall- 25
bezogene Prüfung erforderlich⁷. IdR ist der Franchisenehmer aber selbständiger Unternehmer, der sich
zur Errichtung und Führung eines Betriebes nach den Vorgaben des Franchisegebers verpflichtet hat⁸.
Der Franchisenehmer ist als ArbN zu qualifizieren, wenn zB durch die Bestimmung von Arbeitsort und
Arbeitszeit sowie das Erteilen arbeitsleistungsbezogener Weisungen eine persönliche Abhängigkeit her-
gestellt wird⁹.
- **Freie Mitarbeiter** sind keine ArbN. Es fehlt die für ArbVerh typische persönliche Abhängigkeit in Form 26
einer Weisungsgebundenheit bzgl. Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit¹⁰. Grundlage ihrer Tätigkeit ist ein
Werk-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag. Freie Mitarbeit setzt deshalb voraus, dass trotz Zusage
einer zeitbestimmten Dienstleistung die Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen selbst bestimmt
werden kann. Falls ein Dauerschuldverhältnis besteht, spricht dies für das Vorliegen eines ArbVerh,
wenn der Dienstgeber darin innerhalb eines zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann.
Bsp.: Buchlektor eines Verlags¹¹, Aushilfs-Taxifahrer¹².
- **Fremdpersonal:** Werden ArbN auf Grund Dienst- oder Werkvertrages mit einem Dritten (Auftraggeber) 27
als dessen Erfüllungsgehilfen im Betrieb eingesetzt, sind sie nicht ArbN des ArbGeb (Auftraggeber),
dem dieser Betrieb zugeordnet ist¹³. Bsp.: Reinigung, Catering, Bewachung. Entscheidend für die
Zuordnung zum Betrieb des Auftragnehmers ist, dass das Personal der Fremdfirma zur Erfüllung des
Betriebszwecks dieser Firma tätig wird¹⁴ und insoweit von diesem die Weisungen in Bezug auf Art, Ort
und Zeit der Tätigkeit erhält¹⁵. Unerheblich ist, ob der Fremdfirmeneinsatz der Erfüllung des Betriebs-
zwecks des Inhabers des Einsatzbetriebs dient¹⁶ oder ob eine bisher selbst wahrgenommene Betriebs-
aufgabe auf eine Fremdfirma übertragen wurde¹⁷. Liegt in Wirklichkeit AÜ vor und hat der Verleiher
keine Erlaubnis iSd. § 1 I AÜG, wird allerdings gem. § 10 AÜG ein ArbVerh mit dem Entleiher begründet
(vgl. Rz. 12).
- **Geringfügig Beschäftigte und Personen mit Gleitzonenjob** (§§ 8, 20 II SGB IV) sind ohne Rücksicht 28
auf die sozialversicherungsrechtl. Handhabe mit Blick auf die Fragen einer persönlichen Abhängigkeit

1 Vgl. BAG v. 29.3.1974 – 1 ABR 27/73, DB 1974, 1680. || 2 *Fitting*, § 5 Rz. 206. || 3 BAG v. 2.10.2007 – 1 ABR 60/06, NZA 2008, 244 (245); *Engels*, NZA 2007, 8. || 4 Vgl. BAG v. 21.1.1966 – 3 AZR 183/65, DB 1966, 546; LAG Nds. v. 7.9.1990 – 3 (2) Sa 1791/89, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 24 S. 2; LAG Nürnberg v. 30.10.1992 – 7 TA 59/92, NZA 1993, 652. || 5 ArbG Lübeck v. 26.10.1995 – 2 CA 2046/95, BB 1996, 177 (178). || 6 Vgl. *Fitting*, § 5 Rz. 304 ff.; *Richardi/Richardi*, § 5 Rz. 55. || 7 BAG v. 16.7.1997 – 5 AZB 29/96, NZA 1997, 1126 (1127); BGH v. 27.1.2000 – III ZB 67/99, NZA 2000, 390; *Hänlein*, DB 2000, 374. || 8 Vgl. BAG v. 24.4.1980 – 3 AZR 911/77, BB 1980, 1471; v. 21.2.1990 – 5 AZR 162/89, BB 1990, 1064. || 9 Vgl. BAG v. 16.7.1997 – 5 AZB 29/96, NZA 1997, 1126 (1127); LAG Düsseldorf v. 20.10.1987 – 16 Ta BV 83/87, NJW 1988, 725; *DKKW/Trümmer*, § 5 Rz. 66, 69; aA *Richardi/Richardi*, § 5 Rz. 151 zum sog. Subordinations-Franchising. || 10 *DKKW/Trümmer*, § 5 Rz. 57; *Fitting*, § 5 Rz. 36; *Richardi/Richardi*, § 5 Rz. 146. || 11 BAG v. 27.3.1991 – 5 AZR 194/90, NZA 1991, 933 (934). || 12 BAG v. 29.5.1991 – 7 ABR 67/90, NZA 1992, 36 (37). || 13 BAG v. 21.7.2004 – 7 ABR 38/03, AP Nr. 8 zu § 9 BetrVG 1972; *DKKW/Trümmer*, § 5 Rz. 90; *Fitting*, § 5 Rz. 241; *GK-BetrVG/Kreutz*, § 7 Rz. 59 f. || 14 BAG v. 25.10.2000 – 7 AZR 487/99, NZA 2001, 259 (260); v. 11.9.2001 – 1 ABR 14/01, EzA § 99 BetrVG 1972 – Einstellung Nr. 10 S. 6. || 15 BAG v. 26.4.1995 – 7 AZR 850/92, NZA 1996, 92 (93). || 16 Vgl. BAG v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19 (21); v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, NZA 1991, 686 (688). || 17 Vgl. BAG v. 9.7.1991 – 1 ABR 45/90, NZA 1992, 275 (277).

BetrVG § 5 Rz. 29

Arbeitnehmer

zu bewerten¹. Liegt nach allg. Grundsätzen ein ArbVerh vor, ist auch der nach §§ 8, 8a SGB IV nicht Sozialversicherungspflichtige ArbN².

- 29 ● **Gesellschafter:** Die aus dem Gesellschaftsvertrag resultierende Tätigkeit begründet grds. keine ArbN-Eigenschaft. Nur ausnahmsw. kann auch ein ArbVerh vorliegen. An der hierfür erforderlichen persönlichen Abhängigkeit fehlt es aber, wenn der Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung hat. Bsp.: Sperrminorität oder Einstimmigkeitsprinzip nach Gesellschaftsvertrag³.
- 30 ● **Handelsvertreter** sind selbständig tätig (vgl. § 84 I 2 HGB). Damit sind Versicherungsvertreter im Außendienst keine Handelsvertreter, sondern ArbN, wenn sie in einer für ArbN typischen Weise in die Betriebsabläufe eingegliedert sind⁴. Indizien für selbständige Tätigkeit sind: Berechtigung zum Einsatz von Untervertretern⁵, Möglichkeit der freien Arbeitszeiteinteilung, Vorgaben zum Arbeitsvoll mit Gestaltungsspielraum bei Umsetzung. Indizien für abhängige Tätigkeit sind: Pflicht zu Tätigkeitsberichten, Kontrolle termingebundener Geschäfte, Anwesenheitspflicht⁶, Arbeitszeitvorgaben⁷, konkrete Vorgaben für Kundenbesuche⁸, Pflicht zur Teilnahme an Schulungen⁹. Ohne Bedeutung sind: Anzeigepflicht bei Urlaub oder Arbeitsunfähigkeit¹⁰, Bindung an preisliche Vorgaben des Auftraggebers¹¹, Vereinbarung eines vertragl. oder nachvertragl. Wettbewerbsverbots¹² oder Unterstützung bei Werbemaßnahmen¹³. Bei Berichtspflichten und fachlichen Weisungen muss wegen § 86 II HGB bzw. §§ 675, 665 BGB differenziert werden¹⁴.
- 31 ● **Haushaltshilfen:** ArbN, die ausschließlich im Haushalt des Betriebsinhabers beschäftigt sind, sind keine ArbN des Betriebs. Erfolgt ihre Beschäftigung sowohl im Haushalt als auch im Betrieb, zählen sie auch dann zur Belegschaft des Betriebes, wenn sie mit dem Betriebsinhaber in häuslicher Gemeinschaft leben¹⁵.
- 32 ● **Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende** (§ 2 I, II HAG) sind von ihrem Auftraggeber zwar wirtschaftl., nicht aber persönlich abhängig. Sie gelten aber als ArbN iSd. Abs. 1¹⁶. Voraussetzung ist, dass sie „in der Hauptsache“ für den Betrieb arbeiten¹⁷; die Beschäftigung für den Betrieb muss ggü. der Leistung von Heimarbeit für andere Auftraggeber überwiegen. Heimarbeiter sollen betriebsverfassungsrechtl. nur einem Betrieb zugeordnet werden¹⁸, während andere ArbN mit mehreren ArbVerh in mehreren Betrieben wahlberechtigt und wählbar sind¹⁹. Die Verdiensthöhe spielt keine Rolle²⁰. Familienangehörige, Hilfskräfte oder den Heimarbeitern gleichgestellte Personen werden von der gesetzl. Fiktion als ArbN nicht erfasst²¹.
- 33 ● **Konzern:** Ist ein ArbN in mehreren Betrieben eines Unternehmens oder mehrerer Unternehmen eines Konzerns tätig, ist die Zugehörigkeit zu jedem Betrieb eigenständig zu behandeln. Eine Zugehörigkeit zu mehreren Betrieben ist möglich, wenn jeweils ein ArbVerh zum Betriebsinhaber besteht. Ruht das ArbVerh zu einem Unternehmen für die Dauer der vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Unternehmen, mit dem ein gesonderter Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, bleibt die Rechtsstellung als ArbN des bisherigen Einsatzbetriebs neben der neugegründeten Rechtsstellung als ArbN des neuen Einsatzbetriebs bestehen²². Vergleichbar mit der Bewertung von Elternzeit setzt das freilich voraus, dass Rückkehr und Einsatz im bisherigen Einsatzbetrieb geplant ist. Wird eine vorübergehende AÜ im Konzern (Konzernleihe) vorgenommen, bleibt der Betroffene ArbN des verleihenden Konzernunternehmens²³. Auch wenn das AÜG nicht anwendbar ist (§ 1 III Nr. 2 AÜG), kann insoweit auf § 14 II AÜG zurückgegriffen werden (vgl. Rz. 12).
- 34 ● **Medienbereich:** Hier ist zwischen programmgestaltender und nicht programmgestaltender Tätigkeit zu unterscheiden. Zu den programmgestaltenden Mitarbeitern gehören diejenigen, die typischerweise ihre eigenen Ansichten über Politik, Wirtschaft, Kunst oder andere Sachfragen in das Programm einbringen²⁴. Diese programmgestaltende Tätigkeit kann auch in einem ArbVerh ausgeübt werden²⁵. Ein

1 BAG v. 30.9.1998 – 5 AZR 563/97, NZA 1999, 374 (375). ||2 Vgl. DKKW/Trimmer, § 5 Rz. 31; Fitting, § 5 Rz. 95; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 31; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 55 ff. ||3 BAG v. 28.11.1990 – 4 AZR 198/90, NZA 1991, 392 (393); v. 10.4.1991 – 4 AZR 467/90, AP Nr. 54 zu § 611 BGB – Abhängigkeit Bl. 3. ||4 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 169/99, NZA 2000, 1162 (1163); v. 20.9.2000 – 5 AZR 271/99, NZA 2001, 210 (211); LAG Nürnberg v. 26.1.1999 – 7 Sa 658/98, ZIP 1999, 769. ||5 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 3/99, NZA 2000, 534 (537). ||6 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 566/98, NZA 2000, 447. ||7 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481 (483). ||8 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481 (483). ||9 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481 (483); 12 Gesprächsrunden à 2,5 Stunden im Halbjahr sind indes nicht genügend. ||10 Vgl. BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 3/99, NZA 2000, 534 (538); aA DKKW/Trimmer, § 5 Rz. 63. ||11 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 3/99, NZA 2000, 534 (538). ||12 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481 (484). ||13 BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481 (483). ||14 Vgl. BAG v. 15.12.1999 – 5 AZR 770/98, NZA 2000, 481 (483); v. 15.12.1999 – 5 AZR 3/99, NZA 2000, 534 (537); v. 15.12.1999 – 5 AZR 566/98, NZA 2000, 447 (448). ||15 ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 19. ||16 Vgl. BAG v. 25.3.1992 – 7 ABR 52/91, NZA 1992, 899. ||17 BAG v. 7.11.1995 – 9 AZR 268/94, NZA 1996, 380. ||18 Vgl. BAG v. 25.3.1992 – 7 ABR 52/91, NZA 1992, 899 (901). ||19 BAG v. 27.9.1974 – 1 ABR 90/73, DB 1975, 936 (937). ||20 BAG v. 27.9.1974 – 1 ABR 90/73, DB 1975, 936 (937). ||21 Rost, NZA 1999, 113 (115). ||22 Vgl. ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 9. ||23 Vgl. dazu Rùthers/Bakker, ZfA 1990, 245; Fitting, § 5 Rz. 205. ||24 BVerfG v. 28.6.1983 – 1 BvR 525/82, DB 1983, 2314 (2315); BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104). ||25 BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104); v. 20.9.2000 – 5 AZR 61/99, NZA 2001, 551 (552).

Einschränkung des Arbeitnehmerbegriffs nach Abs. 2

Rz. 41 § 5 BetrVG

ArbVerh liegt vor, wenn der Mitarbeiter zwar inhaltlich am Programm mitwirkt, hierbei jedoch weit gehenden Weisungen unterliegt, so dass ihm jedenfalls in Bezug auf die Arbeitszeit, die inhaltliche Festlegung des übergeordneten Themas und des Zwecks der der Publikation/Sendung und die organisatorische Anbindung des Arbeitsablaufs kaum Gestaltungsfreiheit verbleibt¹. Indizien für ArbN-Eigenschaft sind ständige Dienstbereitschaft und Einbeziehung in festen Dienstplan², Dienstanweisungen und Rundschreiben, die Einzelheiten des Vertragsverhältnisses einseitig regeln³. Einzelabstimmungen über jeweiligen Einsatz programmgestaltender Mitarbeiter sprechen gegen den ArbN-Status⁴. Die Aufnahme in Organisations- und Raumbelegungspläne begründet allein noch keine ArbN-Eigenschaft⁵. Zu den nicht programmgestaltenden Mitarbeitern gehören das betriebstechnische und verwaltende Personal sowie diejenigen, die zwar bei der Realisierung des Programms mitwirken, aber keinen Einfluss auf dessen Inhalt nehmen⁶. Sie sind idR ArbN⁷. Indizien für ArbN-Status: Terminlisten für längeren Zeitraum⁸, zeitlich festgelegte Berichtspflichten, Pflicht zur Schulungsteilnahme⁹.

● **Ruhende Arbeitsverhältnisse:** Wenn eine Rückkehr der ArbN in den Betrieb geplant ist, werden auch 35 Personen mit einem ruhenden ArbVerh von Abs. 1 erfasst (zB Elternzeit, Wehr- oder Zivildienst)¹⁰.

● **Schüler:** Wer als Schüler ein Praktikum absolviert, ist nicht ArbN¹¹. Schüler werden im Rahmen ihres 36 Praktikums weder ausgebildet noch sind sie zur Arbeitsleistung verpflichtet¹².

● **Studenten,** die im Rahmen ihres Studiums ein Praktikum absolvieren, sind ArbN, wenn sie einen 37 Ausbildungsvertrag mit dem Betriebsinhaber geschlossen haben¹³. Ausgenommen ist ein Hochschulpraktikum¹⁴.

● **Teilzeitarbeit:** ArbN mit Teilzeitbeschäftigung (§ 2 I TzBfG) sind ohne Rücksicht auf die Dauer der 38 Arbeitszeit in Abs. 1 einzubeziehen¹⁵. Eine Mindestarbeitszeit ist nicht erforderlich¹⁶. Auch die sozialversicherungsrechtl. Handhabung ist unerheblich¹⁷; es werden auch geringfügig Beschäftigte (§§ 8, 8a SGB IV) oder ArbN mit „Gleitzonejob“ (§ 20 II SGB IV) erfasst. Grds. gilt dies auch bei ATZ. ArbN, die sich in der Freistellungsphase des sog. Blockmodells befinden, sind jedoch nicht mehr in die Betriebsorganisation eingebunden, so dass dieser Personenkreis von Abs. 1 nicht mehr erfasst wird¹⁸.

● **Telearbeit:** Obwohl der Begriff auch betriebsinterne Tätigkeiten erfasst, soll mit der Benennung der 39 Telearbeit deutlich gemacht werden, dass auch die außerhalb des Betriebs unter Verwendung von EDV verrichtete Arbeit Grundlage einer Kennzeichnung als ArbN iSd. Abs. 1 sein kann. Da solche Tätigkeiten auf der Grundlage von Dienst-, Werk- oder Werklieferungsverträgen, in freier Mitarbeit oder Selbständigkeit, in Heimarbeit, ArbN-Ähnlichkeit oder im ArbVerh durchgeführt werden können¹⁹, ist für die Feststellung des ArbN-Status auf allg. Abgrenzungsregeln zurückzugreifen²⁰. Indizien für eine weisungsgewundene Tätigkeit: Online-Betrieb mit jederzeitiger Erreichbarkeit und Responderwartung durch den ArbGeb/andere ArbN²¹, Einbindung in betriebliche Arbeitszeit, Verwendung der arbeitgeberseitigen Software²².

III. Einschränkung des Arbeitnehmerbegriffs nach Abs. 2. Abs. 2 grenzt im Wege einer gesetzl. Fiktion 40 bestimmte Personen aus dem betriebsverfassungsrechtl. ArbN-Begriff aus. Ein Teil davon zählt schon nach allg. Kriterien nicht zur Gruppe der ArbN (Nr. 1, 2), ein Teil davon kann durchaus in einem ArbVerh zum Betriebsinhaber stehen und als ArbN qualifiziert werden (Nr. 3–5). Die hier genannten Personen sollen nicht zu der durch den BR repräsentierten Belegschaft gehören, weil sie wegen der Eigenart des Beschäftigungsverhältnisses nicht dem Normalbild eines ArbN entsprechen (Nr. 3 und 4) oder weil die Lebensumstände vermuten lassen, dass eine sehr enge persönliche Beziehung zum ArbGeb gegeben ist (Nr. 5). Zur letztgenannten Gruppe gehört auch der Partner der eingetragenen (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartnerschaft²³.

1. Vertreter juristischer Personen (Nr. 1). Nach Nr. 1 werden aus der Gruppe der ArbN in Betrieben 41 einer juristischen Person die Mitglieder des Organs ausgegrenzt, das zur gesetzl. Vertretung dieser

1 BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104). || 2 BAG v. 9.6.1993 – 5 AZR 123/92, NZA 1994, 169 (170); v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104); *Reiserer*, BB 1998, 1258 (1259); v. 20.9.2000 – 5 AZR 61/99, NZA 2001, 551 (552) mit Ausnahme bei Aufnahme in Dienstplan wegen Bestandsschutz-TV. || 3 BAG v. 12.9.1996 – 5 AZR 104/95, NZA 1997, 600 (603). || 4 Vgl. BAG v. 22.4.1998 – 5 AZR 191/97, NZA 1998, 1275 (1276). || 5 BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1105). || 6 BVerfG v. 28.6.1983 – 1 BvR 525/82, BVerfGE 64, 256 (260); BAG v. 19.1.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102 (1104). || 7 BAG v. 22.4.1998 – 5 AZR 92/97, NZA 1999, 82 (83). || 8 LAG Düsseldorf v. 9.9.1997 – 8 Sa 756/97, NZA-RR 1998, 195. || 9 BAG v. 6.5.1998 – 5 AZR 347/97, NZA 1998, 873 (875); *Hopt*, DB 1998, 863 (865, 867). || 10 BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, DB 2003, 2128 (2129). || 11 BAG v. 8.5.1990 – 1 ABR 7/89, NZA 1990, 896 (897). || 12 *Fitting*, § 5 Rz. 269 mwN. || 13 BAG v. 30.10.1991 – 7 ABR 11/91, NZA 1992, 808 (809). || 14 BAG v. 24.9.1981 – 6 ABR 7/81, DB 1982, 606. || 15 BAG v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894 (896). || 16 AA *Wank*, RdA 1985, 1 (11); *Löwisch*, RdA 1984, 197 (206). || 17 *Fitting*, § 5 Rz. 149; *Lipke*, NZA 1990, 758 (759). || 18 BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, DB 2003, 2128 (2129); LAG Nürnberg v. 16.2.2006 – 2 TaBV 9/06, NZA-RR 2006, 358. || 19 Vgl. *Wank*, Telearbeit, Rz. 283; *Boemke/Kaufmann*, Telearbeitsvertrag, 2000, S. 6.; *Kramer*, DB 2000, 1329; *Schaub*, NZA 2001, 364. || 20 *Fitting*, § 5 Rz. 152; *Boemke*, BB 2000, 147 (148). || 21 Vgl. MünchArbR/*Heenen*, § 316 Rz. 7; *Boemke/Ankersen*, BB 2000, 2254. || 22 *Wank*, NZA 1999, 225 (231). || 23 Hierzu vgl. *Powietzka*, BB 2002, 146 (149, 150); *Fitting*, § 5 Rz. 181.

BetrVG § 5 Rz. 42

Arbeitnehmer

Person berufen ist. Dies gilt selbst dann, wenn sie zu dieser Gesellschaft¹ oder zu einer anderen Gesellschaft in einem ArbVerh stehen². Wenn das ArbVerh zu einer anderen Gesellschaft bestehen, kann der Geschäftsführer dort indes dem Kreis der ArbN iSd. Abs. 1 zuzuordnen sein³. Zu den gem. Nr. 1 auszugrenzenden Personen gehören bei Aktiengesellschaften alle Vorstandsmitglieder (§ 78 I AktG), während der Abwicklung der Abwickler (§ 269 I AktG), bei der KGaA die persönlich haftenden Gesellschafter nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages (§ 278 II AktG iVm. §§ 161 II, 125 HGB), also nur soweit sie nicht von der Vertretung ausgeschlossen sind⁴, während der Abwicklung die persönlich haftenden Gesellschafter und die von der Hauptversammlung der Kommanditaktionäre bestellten Personen (§ 290 I AktG), bei der GmbH die Geschäftsführer (§ 35 I GmbHG), während der Liquidation die Liquidatoren (§ 70 S. 1 GmbHG), bei Genossenschaften alle Vorstandsmitglieder (§ 24 I GenG), während der Liquidation die Liquidatoren (§ 88 S. 1 GenG), bei rechtsfähigen Vereinen die Vorstandsmitglieder (§ 26 BGB) und der Sondervertreter iSd. § 30 BGB, bei Stiftungen der Vorstand (§ 86 S. 1 iVm. § 26 BGB) und das im Stiftungsgeschäft bestimmte Organ (§ 85 BGB), bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit die Vorstandsmitglieder (§ 34 I 2 VAG iVm. § 78 AktG), während der Liquidation die Liquidatoren (§ 47 III 1 VAG iVm. § 269 I AktG). Bei den ausländischen juristischen Personen richtet sich ihre Vertretung nach dem Recht des Staates, in dem die juristische Person ihren Verwaltungssitz hat⁵.

- 42 Die Einschränkung in Nr. 1 betrifft nur die Mitglieder des Vertretungsorgans. Gesellschafter, Aktionäre, Aufsichtsrats- und Genossenschaftsmitglieder können ArbN sein⁶.
- 43 **2. Mitglieder von Personengesamtheiten (Nr. 2).** Soweit mit Abs. 2 Nr. 2 die Gesellschafter einer OHG oder die Mitglieder einer anderen Personengesamtheit, soweit sie durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit oder zur Geschäftsführung berufen sind, in deren Betrieben aus der Gruppe der ArbN ausgegrenzt werden, dient dies nur der Klarstellung. In der GbR werden hiervon alle Gesellschafter mit Ausnahme derer erfasst, die nach dem Gesellschaftsvertrag weder an der Geschäftsführung noch an der Vertretung der Gesellschaft beteiligt sind (§§ 709, 714 BGB), bei nicht rechtsfähigen Vereinen werden die nach der Satzung vertretungsberechtigten Personen erfasst – nach § 54 iVm. § 26 BGB also regelmäßig nur der Vorstand und nicht alle Vereinsmitglieder⁷, bei der OHG alle Gesellschafter, es sei denn, dass ihnen ausnahmsw. durch Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis oder die Vertretungsmacht entzogen ist (§§ 114, 115, 125 HGB), in der Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter (§§ 164, 170 HGB), bei der Partnerschaft nach PartGG alle Partner (§ 6 II und III PartGG iVm. §§ 114, 115 HGB, § 7 III PartGG iVm. § 125 I und II, §§ 126, 127 HGB), bei der Reederei alle Mitreeder, da ihnen die Geschäftsführung zusteht, wenn nicht der Vertrag insoweit etwas anderes bestimmt (§§ 490 ff. HGB), in der ehelichen Gütergemeinschaft bei gemeinschaftlicher Verwaltung beide Ehegatten, ansonsten nur der Ehegatte, der das Gesamtgut allein verwaltet (§ 1421 BGB), bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nur der überlebende Ehegatte (§ 1487 I BGB), bei der Erbengemeinschaft alle Miterben (§ 2038 I BGB). Für ausländische nicht rechtsfähige Personengesamtheiten richtet sich die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nach der entsprechenden Satzung⁸.
- 44 **3. Beschäftigung aus karitativen oder religiösen Gründen (Nr. 3).** Durch Abs. 2 Nr. 3 werden alle Personen ausgegrenzt, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch karitative oder religiöse Beweggründe bestimmt wird. Bsp.: Ordensschwestern, Mönche und Diakonissen⁹. Ihre Lebensversorgung ist durch die Gemeinschaft gesichert, der sie angehören¹⁰. Erfolgt ihre Beschäftigung in einer kirchl. Einrichtung, können sie von der Geltung des staatl. Arbeitsrechts ausgenommen, jedenfalls aber nach Vorgaben behandelt werden, in denen die für alle geltenden Gesetze mit Blick auf den kirchlichen Dienst und die spezifischen Obliegenheiten modifiziert werden¹¹. Das gilt grds. auch, wenn sie über den Verband auf Grund Gestellungsvertrags in einem Betrieb tätig werden, der nicht unter § 118 II fällt¹². Ausnahme kann für Schwesternschüler/innen gelten¹³.
- 45 Krankenschwestern, die sich zu einem Verband zusammengeschlossen haben, sind nicht ArbN des Schwesternverbandes. Bsp.: Caritas, Deutsches Rotes Kreuz, Innere Mission. Im Verhältnis zum Verband, dem sie angehören, erbringen sie ihre Leistung auf Grund Mitgliedschaft, nicht auf Grund Arbeitsvertrags¹⁴. Entsprechendes kann für Mitglieder eines Vereins (hier: Deutsches Rotes Kreuz) gelten, die im Rettungs- und Transportdienst tätig sind¹⁵. Dies gilt dies sogar dann, wenn die Rote-Kreuz-Schwester auf Grund Gestellungsvertrags in einem Krankenhaus tätig wird, dessen Träger nicht Mitglied des

1 Denkbar nach BAG v. 10.4.1991 – 4 AZR 467/90, NZA 1991, 856 (857); v. 13.5.1996 – 5 AZB 27/95, NZA 1996, 952. ||2 *Fitting*, § 5 Rz. 287; Richardi/*Richardi*, § 5 Rz. 155. ||3 BAG v. 20.10.1995 – 5 AZB 5/95, NZA 1996, 200. ||4 DKKW/*Trümmer*, § 5 Rz. 126; *Fitting*, § 5 Rz. 287; GK-BetrVG/*Raab*, § 5 Rz. 78. ||5 Richardi/*Richardi*, § 5 Rz. 163. ||6 *Fitting*, § 5 Rz. 288. ||7 DKKW/*Trümmer*, § 5 Rz. 139; *Fitting*, § 5 Rz. 291. ||8 Richardi/*Richardi*, § 5 Rz. 175. ||9 SG Koblenz v. 17.5.2001 – S 1 AL 180/00, nv.; ArbG Bremen v. 31.5.1956 – I Ca 578/55, AP Nr. 4 zu § 5 ArbGG 1953 Bl. 2. ||10 DKKW/*Trümmer*, § 5 Rz. 143; *Fitting*, § 5 Rz. 292. ||11 Vgl. nur BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703, 1718/83, 2 BvR 856/84, NJW 1986, 367 (368); BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 139/00, NZA 2001, 1136 (1138). ||12 GK-BetrVG/*Raab*, § 5 Rz. 80; Richardi/*Richardi*, § 5 Rz. 177; aA DKKW/*Trümmer*, § 5 Rz. 144. ||13 ArbG Marburg v. 22.12.2006 – 2 BV 4/04, DB 2007, 295 (296). ||14 BAG v. 18.2.1956 – 2 AZR 294/54, AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG Bl. 2 f.; Richardi/*Richardi*, § 5 Rz. 178; aA DKKW/*Trümmer*, § 5 Rz. 146 ff.; *Fitting*, § 5 Rz. 294. ||15 Offen BAG v. 12.11.2002 – 1 ABR 60/01, ArbuR 2003, 309.

Kennzeichnung des leitenden Angestellten durch Abs. 3

Rz. 49 § 5 BetrVG

Verbands ist¹. ArbN sind nur Krankenschwestern ohne mitgliedschaftliche Bindung². Auch bei einer Beschäftigung ohne Arbeitsvertrag kann indes eine Einstellung nach § 99 vorliegen³.

4. Beschäftigung aus medizinischen oder erzieherischen Gründen (Nr. 4). Abs. 2 Nr. 4 schließt solche Personen aus, bei denen die Beschäftigung vorwiegend als Mittel zur Behebung physischer, psychischer oder sonstiger in der Person des Beschäftigten liegende Mängel erfolgt. Hierzu gehören Kranke, Süchtige⁴, nach § 74 SGB V zur Wiedereingliederung Beschäftigte⁵, Jugendliche unter der Obhut des Jugendamtes (§ 42 SGB VIII), Sicherungsverwahrte in Unterbringungsanstalt nach § 66 StGB⁶. Vorausgesetzt wird, dass der Beschäftigte keine marktgerechte Vergütung erhält⁷. Nicht von der gesetzl. Fiktion erfasst werden Beschäftigte, die auf Grund einer vom Sozialhilfeträger geschaffenen Arbeitsgelegenheit nach § 16d SGB II bei einem Dritten in einem befristeten ArbVerh beschäftigt werden; sie sind ArbN iSd. Abs. 1⁸. Unter Nr. 4 fällt nur, wer durch die Beschäftigung in die Lage versetzt werden soll, einer geregelten Arbeit nachzugehen, nicht hingegen, wer diese Fähigkeit besitzt, aber Kenntnisse und Fertigkeiten für die Aufnahme einer Tätigkeit auf einem bestimmten Gebiet erwerben soll⁹. Ob Schwerbehinderte, die nach § 136 SGB IX in einer Behindertenwerkstatt beschäftigt werden, ArbN sind, hängt davon ab, ob die Beschäftigung vorwiegend zu therapeutischen Zwecken, auf Grund Berufsausbildungsvertrags oder Arbeitsvertrags erfolgt¹⁰.

5. Familienangehörige des Arbeitgebers (Nr. 5). Ohne Rücksicht auf das denkbare Vorliegen eines ArbVerh werden der Ehegatte, der eingetragene (gleichgeschlechtliche) Lebenspartner nach § 1 LPartG¹¹, Eltern und Kinder (auch nicht eheliche und adoptierte) sowie Schwiegereltern und -kinder des ArbGeb aus dem Begriff des ArbN iSd. BetrVG ausgegrenzt, wenn sie in häuslicher Gemeinschaft mit dem ArbGeb leben. Häusliche Gemeinschaft erfordert das Bestehen eines gemeins. Lebensmittelpunktes (§ 1619 BGB). Eine gemeins. Wohnung muss nicht die ständige Wohnung sein¹². ArbN, die mit dem ArbGeb in eheähnlicher bzw. nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, werden nicht erfasst¹³. Verwandtschaftliche Verhältnisse weiteren Grades (zB Enkelkinder, Geschwister etc.) schließen ein ArbVerh ebenso wenig aus wie ein Verlöbnis¹⁴. Mit ArbGeb iSd. Nr. 5 ist stets eine natürliche Person gemeint; nur mit natürlichen Personen ist eine häusliche Gemeinschaft möglich¹⁵. Bei der Personengesamtheit (OHG, KG) müssen die Voraussetzungen der Vorschrift in Bezug auf ein Geschäftsführungs- oder vertretungsbefugtes Mitglied gegeben sein¹⁶. Umstritten ist, ob die Vorschrift wegen vergleichbarer Interessenlage analog auf Verwandte oder Verschwägerter des vertretungsberechtigten Organs einer juristischen Person anwendbar ist¹⁷.

IV. Kennzeichnung des leitenden Angestellten durch Abs. 3. 1. Allgemein. Leitende Angestellte sind ArbN iSd. BetrVG. Sie werden auf Grund eines privatrechtl. Vertrags im Dienste des ArbGeb zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (vgl. Rz. 2 ff.). Entsprechend werden Beamte, Soldaten oder ArbN des öffentl. Dienstes behandelt, soweit sie in privatrechtl. organisierten Unternehmen eingesetzt werden (S. 3)¹⁸. Gemäß Abs. 3 S. 1 findet das BetrVG auf solche leitende Angestellte jedoch nur dann Anwendung, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt (§§ 105, 107, 108). Hintergrund – und insoweit auch ein Kriterium bei der Auslegung und Anwendung der gesetzl. Fallgestaltungen – ist der Interessengegensatz aus der besonderen Stellung leitender Angestellte. Einerseits übernehmen sie im Betrieb unternehmerische Aufgaben des ArbGeb mit eigenem Entscheidungsspielraum, andererseits haben sie (eigene) spezifische ArbN-Interessen¹⁹. Die in Abs. 3 vorgenommene Kennzeichnung ist durch Bezugnahme auch für das SprAuG (§ 1 I SprAuG), die Unternehmensmitbestimmung (§ 3 I MitbestG, § 3 I DrittelbG), den EBR (§ 23 VI EBRG) und das Arbeitszeitrecht (§ 18 I Nr. 1 ArbZG) maßgeblich. Das Kündigungsrecht (§§ 14 II, 17 V KSchG) und § 22 II Nr. 2 ArbGG enthalten abweichende Kriterien für den leitenden Angestellten.

Mit den drei Gruppen enthält Abs. 3 eine abschließende Legaldefinition des leitenden Angestellten. Die dort genannten Voraussetzungen müssen tatsächlich erfüllt sein²⁰. Die Abgrenzung des leitenden Angestellten vom ArbN ist zwingendes Recht. Sie kann individual- oder kollektivvertragl. nicht geändert

¹ BAG v. 20.2.1968 – 6 ABR 5/85, NZA 1986, 690; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 83; aA DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 144 ff.; Fitting, § 5 Rz. 294; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 178. ² Vgl. BAG v. 4.7.1979 – 5 AZR 8/78, DB 1979, 2282 (2283); v. 14.12.1994 – 7 ABR 26/94, NZA 1995, 906 (908). ³ BAG v. 12.11.2002 – 1 ABR 60/01, EzA § 99 BetrVG 2001 Nr. 2 S. 6. ⁴ BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 1/88, DB 1990, 1192 (1193); v. 26.1.1994 – 7 ABR 13/92, NZA 1995, 120 (121). ⁵ BAG v. 29.1.1992 – 5 AZR 37/91, NZA 1992, 643; v. 19.4.1994 – 9 AZR 462/92, DB 1994, 1880 (1881). ⁶ Fitting, § 5 Rz. 303. ⁷ BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 1/88, DB 1990, 1192. ⁸ BAG v. 5.4.2000 – 7 ABR 20/99, NZA 2001, 629 (630). ⁹ BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 1/88, DB 1990, 1192. ¹⁰ Fitting, § 5 Rz. 302; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 88. ¹¹ Hierzu vgl. Powietzka, BB 2002, 146 (149, 150); Fitting, § 5 Rz. 286. ¹² DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 165; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 89; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 181. ¹³ LAG Hamm v. 12.9.2001 – 10 TaBV 52/01, DB 2002, 1332 (LS); DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 166; Fitting, § 5 Rz. 306. ¹⁴ Fitting, § 5 Rz. 306, 307. ¹⁵ DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 167; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 89. ¹⁶ DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 168; Fitting, § 5 Rz. 112; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 66. ¹⁷ Dafür Fitting, § 5 Rz. 305; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 92; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 182; aA DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 167, nur wenn es sich um eine Ein-Personen-GmbH handelt; offen LAG Hamm v. 21.9.2001 – 10 TaBV 52/01, DB 2002, 1332. ¹⁸ Löwisch, BB 2009, 2316 ff.; Thüsing, BB 2009, 2036 ff. ¹⁹ Vgl. BAG v. 29.1.1980 – 1 ABR 45/79, DB 1980, 1545 (1546); v. 23.1.1986 – 6 ABR 51/81, NZA 1986, 484 (485). ²⁰ BAG v. 11.3.1982 – 6 AZR 136/79, BB 1982, 1729; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 96.

BetrVG § 5 Rz. 50

Arbeitnehmer

werden¹. Insofern kann die Qualifikation auch nicht „verliehen“ oder durch Bezeichnung im Arbeitsvertrag („Papierform“) begründet werden². Sie muss durch Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder Betrieb tatsächlich „gelebt“ werden. Weichen Arbeitsvertrag und tatsächlich zugewiesene Aufgaben ab, ist letzteres maßgeblich für die Kennzeichnung nach Abs. 3. Diese Arbeiten sind an den gesetzl. Kriterien zu messen³. Auf andere Merkmale kommt es bei der Entscheidung über die Eigenschaft des leitenden Angestellten nicht an. Durch Abs. 4 soll nur eine Auslegungshilfe für die Anwendung von Abs. 3 Nr. 3 gegeben werden (vgl. Rz. 63). Folgerichtig spielt die Tarifbindung eines ArbN keine Rolle. Ob AT-Angestellte leitende Angestellte nach Abs. 3 sind, hängt davon ab, ob die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind⁴. Ein ArbN, der in anderer Gesellschaft zum Geschäftsführer bestellt wurde oder dort Funktionen eines leitenden Angestellten wahrnimmt, ist nicht zwingend leitender Angestellter seines Vertrags-ArbGeb. Zu prüfen ist aber, ob die Funktion in der anderen Gesellschaft nicht eine vergleichbare Bedeutung auch für den Vertrags-ArbGeb hat. Wenn beim Vertrags-ArbGeb die in Nr. 1–3 genannten Merkmale nicht erfüllt sind, ist er als ArbN einzustufen⁵.

- 50 Ausreichend für die Kennzeichnung als leitender Angestellter ist, wenn die Voraussetzungen einer Gruppe erfüllt sind. Alle Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass nicht nur eine Umsetzung der durch Andere getroffenen Entscheidungen in Rede steht. Es muss eine eigene unternehmerische Tätigkeit erkennbar sein⁶, die das Unternehmen insg. oder einen Betrieb betrifft⁷. Ist der Angestellte mehreren Betrieben eines Unternehmens zugeordnet, kann sein Status indes nur einheitlich für alle Betriebe bestimmt werden⁸.
- 51 Eine bestimmte Dauer, innerhalb derer die nachfolgend dargestellten Funktionen wahrgenommen werden, ist zur Statusbegründung nicht erforderlich. Ein mit diesen Aufgaben betrauter Angestellter ist grds. bereits mit Übertragung der entsprechenden Funktion und Beginn seiner Tätigkeit leitender Angestellter. Der Status als leitender Angestellter kann schon während der Probe- oder der Wartezeit nach § 1 I KSchG bestehen⁹. Dies gilt insb. bei einer geplanten Bestellung zum Vorstand oder Geschäftsführer. Einzelfallbezogene Ausnahmen sind allenfalls bei einer von Beginn an vorübergehenden Tätigkeit denkbar (zB als Urlaubs- oder Krankheitsvertreter), die einem prägenden Charakter der leitenden Funktion entgegensteht¹⁰. Daher verliert der leitende Angestellte seinen Status unmittelbar, wenn ihm nicht nur vorübergehend eine Tätigkeit übertragen wird, die nicht mehr die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt. Die sofortige und völlige Freistellung des ArbN von den vertragl. Pflichten beseitigt den Status indes nicht¹¹.
- 52 **2. Selbständige Einstellungs- und Entlassungsberechtigung (Nr. 1).** Im Gegensatz zu § 14 II KSchG müssen Einstellungs- und Entlassungsbefugnis **kumulativ** vorliegen¹². Hiervon ist auszugehen, wenn der Angestellte im Wesentlichen frei von Weisungen des ArbGeb über diese personelle Einzelmaßnahmen entscheiden kann; die Berechtigung muss vor allem im Innenverhältnis zum ArbGeb bestehen¹³, aber auch im Außenverhältnis gelten¹⁴. Abweichend von § 14 KSchG (vgl. § 14 KSchG Rz. 10) kommt es zwar auf den zeitlichen Umfang der tatsächlichen Ausübung dieser Befugnisse nicht an¹⁵. Berücksichtigt man die gleichgewichtige Bedeutung von Nr. 1 und Nr. 3, darf die Einstellungs- und Entlassungsbefugnis aber nicht nur untergeordnete Bedeutung haben. Insofern genügt es nicht, dass nur vorübergehend Hilfskräfte eingestellt oder entlassen werden können¹⁶. Vielmehr muss es sich um eine Aufgabe handeln, die wegen der Größe bzw. der Funktion der betroffenen ArbN für den Bestand des Unternehmens, eines Betriebs oder einer Betriebsabteilung von Bedeutung ist¹⁷. Erforderlich ist also, dass – insoweit entsprechend den Überlegungen zu § 14 II KSchG (vgl. § 14 KSchG Rz. 10¹⁸) – dem Angestellten eine Personalkompetenz ggü. einem bedeutsamen Personenkreis zusteht. Die Bedeutung der Personalverantwortung kann aus Quantität¹⁹ oder Qualität der ArbN folgen, auf die sich die Einstellungs- und Entlassungsbefugnis bezieht²⁰. Qualitative Bedeutung haben ArbN, die hoch qualifizierte Tätigkeiten mit entsprechenden Entscheidungsspielräumen ausüben, einen für das Unternehmen herausgehobenen Geschäftsbereich betreuen²¹ oder ihrerseits die ihnen nachgeordneten ArbN selbständig einstellen und entlassen

1 BAG v. 19.8.1975 – 1 AZR 565/74, DB 1975, 2231; DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 187; Fitting, § 5 Rz. 331. || 2 Vgl. BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 3 Vgl. GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 102. || 4 BAG v. 6.5.2003 – 1 ABR 13/02, DB 2003, 2445 (2446). || 5 Vgl. LAG München v. 13.4.2000 – 2 Sa 886/99, NZA-RR 2000, 425; Falder, NZA 2000, 868. || 6 Vgl. Fitting, § 5 Rz. 332; aA Martens, RdA 1989, 71 (77). || 7 BAG v. 23.1.1986 – 6 ABR 51/81, NZA 1986, 484 (485); MünchArbR/Richardi, § 26 Rz. 27. || 8 BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 60/88, NZA 1990, 820 (821). || 9 Vgl. Richardi/Richardi, § 5 Rz. 219. || 10 Vgl. Fitting, § 5 Rz. 362. || 11 Powietzka/Hager, DB 2006, 102. || 12 BAG v. 11.11.1983 – 6 AZR 291/83, nv.; DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 200; Fitting, § 5 Rz. 336. || 13 BAG v. 11.3.1982 – 6 AZR 136/79, DB 1982, 1990; v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591). || 14 BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 903/98, NZA 2000, 427 (428). || 15 Vgl. BAG v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591). || 16 Vgl. BAG v. 11.3.1982 – 6 AZR 136/79, DB 1982, 1990; v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56; v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591); v. 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, DB 2009, 1825 (1827); abw. Löwisch/Kaiser, § 5 Rz. 29, wonach ein kleiner Personenkreis genügt. || 18 Vgl. BAG v. 27.9.2001 – 2 AZR 176/00, DB 2002, 1163 (1165); v. 10.10.2002 – 2 AZR 598/01, DB 2003, 506 (507). || 19 BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56; v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591). || 20 BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56; v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591). || 21 BAG v. 27.9.2001 – 2 AZR 176/00, DB 2002, 1163; v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56; v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591).

Kennzeichnung des leitenden Angestellten durch Abs. 3

Rz. 57 § 5 BetrVG

können. Umgekehrt genügt es nicht, wenn sich die Befugnis auf einen sehr begrenzten Personenkreis beschränkt, zB nur geringfügig oder mit untergeordneten Aufgaben Beschäftigte¹.

Die Art der Vollmacht (Prokura, Handlungsvollmacht, Vollmacht nach § 167 BGB) spielt keine Rolle. Unerheblich ist auch, dass Erklärungen im Namen des ArbGeb ggü. Dritten wegen des im Unternehmen vorgegebenen Vier-Augen-Prinzips nur durch zwei Vertreter gleichzeitig abgegeben werden können. Die Einstellungs- und Entlassungsbefugnis iSd. Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ist bereits dann gegeben, wenn diese Erklärung im Innenverhältnis durch einen der beiden Unterzeichnenden bestimmt worden ist, der andere also nur noch eine formale Richtigkeits- oder Budgetkontrolle vorgenommen hat². Wenn die inhaltliche Zustimmung eines weiteren ArbN oder des ArbGeb (zB des Geschäftsführers) für die Personalmaßnahme erforderlich ist, also die Entscheidungsbefugnis eines Dritten gegeben ist, liegt keine selbständige Entscheidungsbefugnis mehr vor³. Hier kommt dann nur noch die Qualifikation als leitender Angestellter nach Abs. 3 S. 2 Nr. 3 in Betracht. Wenn die Einstellung oder Entlassung nur nach außen selbständig vorgenommen wird, nach innen aber nur Entscheidungen anderer Stellen umgesetzt werden, wird Abs. 3 S. 2 Nr. 1 nicht erfüllt⁴.

Grds. genügt eine nur nach dem Vertrag bestehende Einstellungs- und Entlassungsbefugnis nicht; sie muss tatsächlich ausgeübt werden. Dass über eine längere Zeit keine Einstellungen und Entlassungen vorgenommen werden, steht der Anwendbarkeit von Nr. 1 nicht entgegen, wenn in dem betreffenden Zeitraum generell keine entsprechenden Personalmaßnahmen im eigenen Zuständigkeitsbereich vorzunehmen waren. In diesem Fall bleibt der Status erhalten. Erforderlich ist aber die entsprechende Einbindung der in Rede stehenden Personen, wenn wieder solche Maßnahmen zu erledigen sind. Schließlich spricht das Gesetz nur von der Berechtigung, nicht von der tatsächlichen Ausübung. Umgekehrt können sich aus einer tatsächlich geübten Vertragspraxis Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Befugnis iSd. Nr. 1 auch dann ergeben, wenn hierfür im Arbeitsvertrag kein Anhaltspunkt gegeben ist. Die Personalführungsbefugnis bedarf nicht der schriftl. Vereinbarung⁵.

Beispiele für Nr. 1: Leiter der Vorfertigung der Fertigungsdurchführung⁶, Vertriebsniederlassungsleiter⁷, ablehnend: Vertriebsleiter eines Zeitungsverlags⁸, Verwaltungsdirektor⁹ oder Verwaltungsleiter einer Krankenhauses¹⁰, Franchisenehmer von Ladenlokalen¹¹, Geschäftsführer der Tochtergesellschaft als leitender Angestellter der Muttergesellschaft¹², Chefarzt der Abteilung eines Krankenhauses (str.)¹³, Leiter eines Fast Food-Restaurants¹⁴, Bereichsleiter einer Spielbank¹⁵. Entscheidend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls.

3. Generalvollmacht oder Prokura (Nr. 2). Generalvollmacht und Prokura werden als eigenständige Kriterien für die Kennzeichnung als leitender Angestellter zwar in der Annahme genannt, dass Personen mit einer derart weit reichenden Vertretungsmacht ausschließlich geschäftsleitende Funktionen wahrnehmen. Der natürliche Gegensatz zu den übrigen ArbN des Betriebs muss allerdings durch ergänzende Kriterien festgestellt werden.

Die **Generalvollmacht** ist ein Unterfall der Handlungsvollmacht (§ 54 HGB). Sie berechtigt zur Führung des gesamten Geschäftsbetriebs (§ 105 I AktG). Ihr konkreter Umfang hängt von dem der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft ab. Soweit im Innenverhältnis eine Beschränkung vorgenommen wird, muss sie ein Dritter gegen sich gelten lassen, wenn er sie kennt oder kennen musste (§ 54 III HGB). Allerdings darf die Einschränkung keine wesentliche Einschränkung der Vertretungsbefugnis zur Folge haben. Denn dann handelte es sich nur noch um eine bloße Handlungsvollmacht, die allenfalls im Rahmen von Abs. 2 S. 2 Nr. 3 Berücksichtigung findet¹⁶.

Die **Prokura** ist eine besondere handelsrechtl. Vollmacht, deren Reichweite sich nach §§ 48 bis 53 HGB bestimmt. Sie ermächtigt zur Vornahme aller gerichtl. und außergerichtl. Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, mit Ausnahme der Veräußerung und Belastung von Grundstücken (§ 49 HGB). Inhalt und Umfang der Prokura sind im Außenverhältnis nicht beschränkbar (§ 50 I HGB). Zulässig ist aber die Erteilung von Gesamtprokura, nach der Prokura nur gemeins. mit einem anderen Prokuristen ausgeübt werden darf (§ 48 II HGB), oder einer Niederlassungsprokura,

¹ BAG v. 11.3.1982 – 6 AZR 136/79, DB 1982, 1990; LAG Düsseldorf v. 26.7.2000 – 12 TaBV 35/00, NZA-RR 2001, 308 (309). || ² BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 199 f. || ³ BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56; v. 27.9.2001 – 2 AZR 176/00, DB 2002, 1163; v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590 (591); v. 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, DB 2009, 1825 (1827); Kronisch, AuA 2001, 484 (484). || ⁴ Vgl. LAG Hess. v. 7.9.2000 – 12 TaBV 64/98, NZA-RR 2001, 426 (427); DKKW/Trümner, § 5 Rz. 201. || ⁵ BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56. || ⁶ LAG Hamm v. 16.12.1977 – 3 TaBV 50/77, DB 1978, 400. || ⁷ LAG Berlin v. 5.3.1990 – 9 TaBV 6/89, LAGE § 5 BetrVG 1972 Nr. 18. || ⁸ BAG v. 27.10.1978 – 1 ABR 27/77, DB 1979, 700. || ⁹ BAG v. 11.3.1982 – 6 AZR 136/79, BB 1982, 1729. || ¹⁰ BAG v. 17.11.1983 – 6 AZR 291/83, nv. || ¹¹ LAG Düsseldorf v. 20.10.1987 – 16 TaBV 83/87, LAGE § 5 BetrVG 1972 Nr. 16. || ¹² LAG München v. 13.4.2000 – 2 Sa 886/99, NZA-RR 2000, 425. || ¹³ LAG Thür. v. 6.7.2000 – 1 TaBV 16/99, LAGE § 5 BetrVG 1972 Nr. 22; abl. BAG v. 10.10.2007 – 7 ABR 61/06, DB 2008, 590. || ¹⁴ Abl. LAG Hess. v. 7.9.2000 – 12 TaBV 64/98, DB 2001, 932. || ¹⁵ BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, NZA 2003, 56. || ¹⁶ Vgl. BAG v. 10.4.1991 – 4 AZR 479/90, NZA 1991, 857 (858); Fitting, § 5 Rz. 355; HSWGN/Rose, § 5 Rz. 159.

BetrVG § 5 Rz. 58

Arbeitnehmer

nach der sich die Prokura nur auf den Betrieb einer Niederlassung, die unter einer anderen Firma betrieben wird, bezieht (§ 48 II HGB). Da die Prokura im Verhältnis zum ArbGeb nicht unbedeutend sein darf, setzt die an Abs. 2 Nr. 2 anknüpfende Kennzeichnung als leitender Angestellter voraus, dass der Prokurist die gesetzl. Vertretungsmacht im Innenverhältnis zum ArbGeb auch tatsächlich in einem wesentlichen Umfang wahrnehmen darf. Einer völligen Deckungsgleichheit zwischen der Berechtigung im Innen- und Außenverhältnis bedarf es indes nicht. Wer aber, was in der Praxis häufig geschieht, auf Grund Vereinbarung oder Weisung des ArbGeb gehalten ist, von seinen gesetzl. Befugnissen nicht oder nur in einem unwesentlichen Bereich Gebrauch zu machen, erfüllt als sog. Titularprokurist nicht die Voraussetzungen eines leitenden Angestellten¹. Im Zweifel gilt dies auch für Prokuristen in Stabsfunktionen². In Zweifelsfällen sind für die Konkretisierung der Wesentlichkeit des eingeräumten Betätigungsfeldes die Merkmale der Nr. 3 heranzuziehen, da die Prokura nach der Gesetzessystematik nur ein Beispiel für die dort genannten Aufgaben ist³.

Beispiele für Nr. 2: „Controller“ und Abteilungsleiter Materialwirtschaft eines Bremsenherstellers für Kraftfahrzeuge⁴; Prokuristen der Hauptabteilungen „Finanzwesen“ sowie „Allgemeines Rechnungswesen“⁵; ablehnend: Leiter der Groß- und Firmenkundenbetreuung der Wertpapierabteilung einer Großbank⁶; Leiter der Revisionsabteilung einer Genossenschaftsbank⁷.

- 58 **4. Der funktionale Grundtatbestand (Nr. 3).** Die Regelung in Abs. 3 S. 2 Nr. 3 bildet den Grundtatbestand für die Definition des leitenden Angestellten, die frühere Leitsätze der Rspr. aufgegriffen hat⁸. Sie verlangt, dass regelmäßig sonstige Aufgaben wahrgenommen werden, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt. Ziel ist die Herausnahme von Personengruppen aus dem Anwendungsbereich des BetrVG, die nach Art ihrer Tätigkeit und Bedeutung ihrer Funktion der Unternehmensleitung nahe stehen⁹. Dabei muss es sich um beachtlichen Teilbereich unternehmerischer Gesamtaufgaben handeln; Tätigkeit des ArbN darf sich nicht in Aufsichts- oder Überwachungsarbeiten erschöpfen¹⁰. Fachlich oder rechtl. begrenzte unternehmerische Teilaufgabe kann genügen, wenn sie Schlüsselposition für Bestand des Unternehmens oder Betriebs und die Verwirklichung unternehmerischer Zielsetzung ist¹¹.
- 59 Aufgaben haben für Bestand und Entwicklung eines Unternehmens oder Betriebs nicht bereits dann Bedeutung, wenn sie sich deutlich von den Aufgaben abheben, die anderen Angestellten übertragen werden¹². Vielmehr müssen die Aufgaben, die wirtschaftl., personeller, organisatorischer, kaufmännischer oder technischer Natur sein können, einen bedeutenden Teil der unternehmerischen Gesamtaufgaben ausmachen¹³. Obwohl unternehmerische Leitungsaufgaben insoweit durch das Treffen von Entscheidungen gekennzeichnet werden, muss berücksichtigt werden, dass nicht alle für Bestand und Entwicklung wichtigen Aufgaben in einem Unternehmen solche der Unternehmensleitung sind. Das gilt insb. für Aufsichts- und Überwachungsfunktionen¹⁴. Die Aufgaben müssen regelmäßig ausgeübt werden und den Schwerpunkt der Tätigkeit bilden; die Leitungsaufgabe muss der Tätigkeit des ArbN das Gepräge geben¹⁵. Denkbar ist, dass diese Voraussetzung schon während der Probezeit erfüllt wird¹⁶. Nimmt Angestellter die Aufgaben bloß gelegentlich oder vorübergehend wahr, ist die Nr. 3 nur dann erfüllt, wenn diese Übertragung als ständiger Vertreter über einen längeren Zeitraum erfolgt¹⁷.
- 60 Als besondere Kenntnisse und Erfahrungen sind nicht nur Formalqualifikationen anzusehen. Es werden auch Fertigkeiten erfasst, die durch Berufserfahrung, praktische Tätigkeit oder Selbststudium erreicht wurden¹⁸.
- 61 Die für Nr. 3 notwendige Eigenverantwortlichkeit ist gegeben, wenn der ArbN bei seiner Tätigkeit Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen treffen oder die Entscheidungen maßgeblich beeinflussen kann¹⁹. Eine maßgebliche Einflussnahme liegt vor, wenn der Angestellte auf Grund seiner Position Fakten schafft, die bei der Findung der unternehmens- oder betriebsleitenden Entscheidung nicht

1 Vgl. BAG v. 27.4.1988 – 7 ABR 5/87, DB 1988, 2003 (2004); v. 11.1.1995 – 7 ABR 33/94, AP Nr. 55 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 3; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 117; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 205; Hromádka, BB 1990, 57 (60). || 2 BAG v. 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, DB 2009, 1825 (1826). || 3 BAG v. 11.1.1995 – 7 ABR 33/94, AP Nr. 55 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 3 f. m. abl. Anm. Wlotzke Bl. 5; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 205. || 4 LAG Rh.-Pf. v. 20.1.1981 – 3 TaBV 15/80, EzA zu § 5 BetrVG 1972 Nr. 36. || 5 BAG v. 11.1.1995 – 7 ABR 33/94, BB 1995, 1645. || 6 BAG v. 27.4.1988 – 7 ABR 5/87, BB 1988, 2030. || 7 BAG v. 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, DB 2009, 1825. || 8 Vgl. DKKW/Trümner, § 5 Rz. 214; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 121. || 9 Vgl. BAG v. 29.1.1980 – 1 ABR 38/78, DB 1980, 1947; v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 10 BAG v. 23.1.1986 – 6 ABR 51/81, NZA 1986, 484; v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 11 Vgl. BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 12 So BAG v. 5.3.1974 – 1 ABR 19/73, DB 1974, 1237; Wlotzke, DB 1989, 111 (120). || 13 BAG v. 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, DB 2009, 1825 (1827); vgl. ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 21; Fitting, § 5 Rz. 353. || 14 Vgl. Fitting, § 5 Rz. 356; Wlotzke, DB 1989, 111 (120), die allerdings zu Recht bei bloßer Überwachung idR nicht von einer Kennzeichnung als leitender Angestellter ausgehen. || 15 BAG v. 23.1.1986 – 6 ABR 22/82, NZA 1986, 487; v. 25.10.1989 – 7 ABR 60/88, BB 1990, 1700. || 16 BAG v. 25.3.1976 – 1 AZR 192/75, BB 1976, 743. || 17 ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 21. || 18 BAG v. 9.12.1975 – 1 AZR 192/75, BB 1976, 743; Fitting, § 5 Rz. 369. || 19 Vgl. schon BAG v. 23.1.1986 – 6 ABR 51/81, NZA 1986, 484 (485); v. 25.3.2009 – 7 ABR 2/08, DB 2009, 1825 (1827).

Handhabe von Zweifelsfällen (Abs. 4)

Rz. 64 § 5 BetrVG

unbeachtet gelassen werden können¹. Dass er dabei an Rechtsvorschriften, Pläne oder Richtlinien gebunden ist oder aber mit anderen leitenden Angestellten zusammenarbeiten muss, steht Kennzeichnung als leitender Angestellter nicht entgegen. Voraussetzung ist, dass Entscheidungen nicht bereits im Wesentlichen vorgegeben sind². Auch bei der Zusammenarbeit einer Gesamtheit von Angestellten, die gemeins. einen maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftl., technische und wissenschaftliche Führung der ArbGeb ausüben, wird nicht ohne weiteres für jeden einzelnen Mitarbeiter eine entsprechende unternehmerische Teilfunktion anzuerkennen sein³. Die fachlichen Aufgabengebiete müssen so aufgeteilt sein, dass ihre individuelle Wahrnehmung für die Erreichung des Unternehmensziels jeweils von entscheidender von Bedeutung ist⁴.

Der dem Angestellten eingeräumte Entscheidungsspielraum lässt sich nicht abstrakt, sondern nur einzelfallbezogen feststellen. Dabei spielen sowohl die Größe und Struktur des Unternehmens als auch die vom ArbGeb frei bestimmte Unternehmensorganisation eine entscheidende Rolle. Es kommt auch darauf an, wie stark die Unternehmensleitung zentralisiert oder dezentralisiert ist⁵. **Beispiele:** Chefredakteur einer Zeitschrift; Grubenfahrsteiger im Steinkohlebergbau⁶; Wirtschaftsprüfer (als Prüfungsleiter und/oder Berichtskritiker)⁷; Chefpilot einer Fluggesellschaft⁸; ablehnend: Abteilungsleiter eines Schleifmaschinenherstellers⁹; Abteilungsleiter eines Herstellers von Muldenkippern und Produkten der Marinetechnik¹⁰; Leitender Angestellter im Ruhrbergbau¹¹. Wegen weiterer Bsp. vgl. *Raab*¹². 62

V. Handhabe von Zweifelsfällen (Abs. 4). Bedeutung der Zweifelsregelung: Mit Abs. 4 werden Hilfskriterien für den Fall zur Verfügung gestellt, dass nach der Anwendung von Abs. 3 S. 2 Nr. 3 noch Fragen in Bezug auf die Kennzeichnung eines ArbN als leitender Angestellter bestehen. Abs. 4 wendet sich in erster Linie an die Wahlvorstände sowie andere innerbetriebl. Rechtsanwender¹³. Ein Rückgriff darauf kommt nur in Betracht, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs. 3 S. 2 Nr. 3 in Rede steht¹⁴. Abs. 4 enthält deshalb weder Tatbestandsmerkmale noch Regelbeispiele oder beispielhafte Erläuterungen der unbestimmten Rechtsbegriffe des Abs. 3 S. 2 Nr. 3¹⁵, sondern ein Hilfsargument, das ein „schwankendes Auslegungsergebnis“ in eine Richtung bringen kann. Eine gesetzl. Vermutung ist damit indes nicht verbunden¹⁶. Wenn eine Kennzeichnung als leitender Angestellter nach Abs. 3 S. 2 Nr. 3 erfolgen soll, müssen also die dort genannten Voraussetzungen tatsächlich vorliegen¹⁷. Bestehen Schwierigkeiten bei der Anwendung von Abs. 3 S. 2 Nr. 3, ist ein Rückgriff auf Abs. 4 erst möglich, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen nicht ermittelt werden können und nach umfassender Auslegung mindestens zwei Auslegungsergebnisse verbleiben, die vertretbar erscheinen¹⁸. Schließlich lassen die Kriterien in Abs. 4 selbst noch keinen Rückschluss auf die Qualität der tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben zu. So kann die Zuordnung zur Gruppe der leitenden Angestellten im Zusammenhang mit einer BR-Wahl auch wegen der Einstellungs- und Entlassungsbefugnis nach Abs. 3 S. 2 Nr. 1 erfolgt sein¹⁹. Bei den vier Hilfskriterien handelt es sich damit um formale Merkmale, die zwar nicht kumulativ vorliegen müssen²⁰. Wenn einzelne Regelungen erfüllt sind, bedeutet dies aber nicht zwangsläufig, dass die statusbegründenden Voraussetzungen des Abs. 3 S. 2 Nr. 3 erfüllt sind. Ob die betriebl. Stellen berechtigterweise Zweifel hatten, können Gerichte durch eigene Bewertung des Sachverhalts entscheiden. 63

Behandlung bei der letzten Wahl einer Arbeitnehmervertretung (Nr. 1): Wenn ein Angestellter bei der letzten Wahl des BR, des SprAu oder von Aufsichtsratsmitgliedern der ArbN oder durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung den leitenden Angestellten zugeordnet worden ist, legt dies nahe, dass die Kriterien in Abs. 3 S. 2 Nr. 3 erfüllt sind. Der ArbN muss aber – wenn auch ein SprAu gewählt wird – von beiden Wahlvorständen übereinstimmend als leitender Angestellter angesehen worden und vom BR nicht in die Wählerliste der letzten BR-Wahl aufgenommen worden sein²¹. Dabei wird man auch die Zuordnung durch einen Vermittler einbeziehen können, selbst wenn dessen Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung nach § 18a V nur eingeschränkt zugänglich ist²². Schließlich wird auch die Zuordnung in Bezug auf die Wahl der ArbN-Vertreter für den Aufsichtsrat berücksichtigt, obwohl hier sogar eine Selbsteinschätzung des ArbN maßgeblich sein kann (vgl. §§ 10, 11 WO MitbestG). Ein solches Selbsteinschätzungsrecht kennt das BetrVG nicht²³. Umstritten ist, ob der Bedeutungsgehalt der Re- 64

1 Vgl. BT-Drs. 11/2503, S. 30. || 2 Vgl. BAG v. 23.3.1976 – 1 AZR 314/75, AP Nr. 14 zu § 5 BetrVG 1972 Bl. 3; v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 3 BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 4 Vgl. BAG v. 9.12.1975 – 1 ABR 80/73, DB 1976, 631; *Fitting*, § 5 Rz. 353; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 125. || 5 BAG v. 23.1.1986 – 6 ABR 51/81, NZA 1986, 484; v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 6 BAG v. 19.11.1974 – 1 ABR 50/73, AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972. || 7 BAG v. 28.1.1975 – 1 ABR 52/73, BB 1975, 743. || 8 BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 60/88, AP Nr. 42 zu § 5 BetrVG 1972. || 9 BAG v. 5.3.1974 – 1 ABR 19/73, AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972. || 10 BAG v. 4.12.1974 – 1 ABR 48/73, AP Nr. 4 zu § 5 BetrVG 1972. || 11 BAG v. 23.1.1986 – 6 ABR 51/81, NZA 1986, 484. || 12 GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 150. || 13 *Fitting*, § 5 Rz. 386. || 14 *Fitting*, § 5 Rz. 378; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 157; DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 241. || 15 BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584; *Fitting*, § 5 Rz. 378 ff.; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 158; teilw. aA *Martens*, RdA 1989, 73 (83). || 16 Vgl. BAG 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584; *Fitting*, § 5 Rz. 382; aA GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 157. || 17 BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00, NZA 2002, 584. || 18 *Fitting*, § 5 Rz. 380; ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 23; aA Richardi/Richardi, § 5 Rz. 232. || 19 Vgl. BAG v. 25.2.1997 – 1 ABR 69/96, NZA 1997, 955 (957). || 20 Richardi/Richardi, § 5 Rz. 234; *Fitting*, § 5 Rz. 389. || 21 ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 24. || 22 *Dänzer-Vanotti*, NZA 1989, Beil. 1, 30 (35); abl. *Fitting*, § 5 Rz. 391. || 23 DKKW/Trümmer, § 5 Rz. 242.

BetrVG § 5 Rz. 65

Arbeitnehmer

gelung sich ausschließlich auf die positiven Zuordnung zum Kreis der leitenden Angestellten erstreckt¹. Haben sich die tatsächlichen Verhältnisse nach der letzten Wahl geändert, hat die Zuordnung eines ArbN keine Bedeutung mehr². Wird die Zuordnung des Wahlvorstands durch das ArbG korrigiert, ist Letztere maßgebend. Mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz (§ 83 ArbGG) sowie den Verfahrensgegenstand und die daraus folgende Rechtskraftwirkung ist indes eine Entscheidung im Beschlussverfahren erforderlich³.

- 65 Angehörigkeit zur Leitungsebene (Nr. 2):** Obwohl die Ebene selbst keinen Rückschluss auf die Art einer Tätigkeit und die damit verbundene Entscheidungsbefugnis und Verantwortlichkeit erlaubt, soll im Zweifel von einer Kennzeichnung als leitender Angestellter iSd. Abs. 3 S. 2 Nr. 3 auszugehen sein, wenn sich die Leitungsebene, auf der der ArbN hierarchisch beschäftigt wird, überwiegend aus leitenden Angestellten zusammensetzt. Die Zuordnung einzelner ArbN erfolgt auf Grund des Organisationsplans der Unternehmen⁴. Überwiegend bedeutet mehr als 50%⁵. Dabei können indes nur solche ArbN berücksichtigt werden, deren Status als leitende Angestellte zwischen den Beteiligten unstrittig ist⁶.
- 66 Regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt (Nr. 3, 4):** Die entsprechende Zweifelsregel besteht nach Abs. 4 Nr. 3 dann, wenn ArbN ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das für leitende Angestellte im konkreten Unternehmen üblich ist. Dabei sind alle laufenden oder einmaligen Vergütungsbestandteile zusammenzurechnen, soweit darauf auch im Folgejahr Anspruch besteht⁷. Dazu gehören auch Tantiemen, Provisionen und der vermögenswerte Vorteil aus Sachbezügen⁸. Üblich bedeutet nicht durchschnittlich. Vielmehr ist das Jahresentgelt leitender Angestellter mit vergleichbarer Tätigkeit heranzuziehen⁹. Sonderfälle auf Grund höheren Alters, Auslandstätigkeit etc. können der Vergleichbarkeit entgegenstehen¹⁰. Wie bei Nr. 2 ist allerdings auch bei Nr. 3 nur auf solche leitenden Angestellten abzustellen, deren Status feststeht oder unstrittig ist¹¹. Kommt es zu gerichtlicher Auseinandersetzung, ist der ArbGeb verpflichtet, soweit erforderlich über die Vergütung vergleichbarer ArbN Auskunft zu erteilen. Konkrete Namen müssen nicht genannt werden¹².
- 67** Falls – was allerdings selten sein dürfte – trotz der vorstehenden Zweifelsregel weiterhin Zweifel bestehen, ist von einer Kennzeichnung als leitender Angestellter nach Abs. 3 S. 2 Nr. 3 auszugehen, wenn das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt des ArbN das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV überschreitet. Für 2010 sind dies 2555 Euro (alte Bundesländer einschl. Berlin-West) bzw. 2170 Euro (neue Bundesländer einschl. Berlin-Ost) gem. Sozialversicherungs-RechengrößenVO v. 7.12.2009¹³.
- 68 VI. Streitigkeiten.** Über den ArbN-Status oder den Status als leitender Angestellter wird im Beschlussverfahren vor den ArbG nach §§ 2a, 80 ff. ArbGG entschieden. Beteiligungsbefugt und antragsberechtigt zur Einl. eines Beschlussverfahrens sind ArbGeb, BR, GBR¹⁴, SprAu¹⁵, die im Betrieb vertretene Gewerkschaft¹⁶ sowie im Zusammenhang mit einer BR- oder SprAuWahl auch die beiden Wahlvorstände¹⁷. Der betroffene ArbN ist stets Beteiligter¹⁸. Das Rechtsschutzinteresse für das Beschlussverfahren ist auch dann gegeben, wenn kein konkreter Streitfall wie BR- oder SprAuWahlen vorliegt¹⁹. Die Frage, ob jemand leitender Angestellter ist, kann auch als Vorfrage etwa in einem Kündigungsschutzprozess eine Rolle spielen. Wenn die Kennzeichnung als leitender Angestellter inzident im Rahmen eines Urteilsverfahrens erfolgt, zB mit Blick auf BR-Anhörung nach § 102 vor Kündigung, erwächst diese Feststellung indes nicht in Rechtskraft und entfaltet für die betriebsverfassungsrechtl. Behandlung keine Bindungswirkung²⁰. Organmitglieder tragen ihre Rechtsstreitigkeiten grds. vor den Zivilgerichten aus (§ 5 I 3 ArbGG)²¹.

6 (weggefallen)

1 Dafür ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 24; *Fitting*, § 5 Rz. 390; anders DKKW/Trümner, BetrVG § 5 Rz. 242. ||2 GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 170. ||3 ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 24; *Fitting*, § 5 Rz. 392; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 237; aA GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 169. ||4 *Fitting*, § 5 Rz. 396. ||5 *Fitting*, § 5 Rz. 396; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 240; *Hromádka*, BB 1990, 57 (63); *Dänzer-Vanotti*, NZA 1989, Beil. 1, 30, (36); abw. *G. Müller*, DB 1989, 824 (830): 60-75%. ||6 DKKW/Trümner, § 5 Rz. 243; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 176; *Fitting*, § 5 Rz. 396. ||7 Vgl. DKKW/Trümner, § 5 Rz. 244; *Engels/Natter*, BB 1989, Beil. 8, 12. ||8 *Stege/Weinspach/Schiefer*, § 5 Rz. 24c; für Einbeziehung einmaliger Sonderzahlungen DKKW/Trümner, § 5 Rz. 244; ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 26. ||9 Vgl. *Richardi*, AuR 1991, 33 (36). ||10 *Fitting*, § 5 Rz. 399; ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 26; GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 178. ||11 GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 178; *Fitting*, § 5 Rz. 401; Richardi/Richardi, § 5 Rz. 243. ||12 ErfK/Koch, § 5 BetrVG Rz. 26; *Fitting*, § 5 Rz. 406. ||13 BGBl. I S. 3846 ff. ||14 Vgl. GK-BetrVG/Raab, § 5 Rz. 206. ||15 Richardi/Richardi, § 5 Rz. 302; DKKW/Trümner, § 5 Rz. 251. ||16 BAG v. 5.3.1974 – 1 ABR 19/73, BB 1974, 553. ||17 BAG v. 5.3.1974 – 1 ABR 19/73, BB 1974, 553. ||18 Richardi/Richardi, § 5 Rz. 302. ||19 BAG v. 19.11.1974 – 1 ABR 50/73, DB 1975, 406; v. 9.12.1975 – 1 ABR 80/73, DB 1976, 631; v. 1.6.1976 – 1 ABR 118/74, DB 1976, 1819. ||20 *Fitting*, § 5 Rz. 429. ||21 Vgl. *Kamanabrou*, DB 2002, 146 (148) mwN.