

B. Partizipation der Arbeitnehmer an betrieblichen und unternehmerischen Entscheidungen – Regelungsbedarf beim gesetzlichen Grundmodell

I. Personeller Geltungsbereich der Betriebsverfassung

1. Organisation und Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen durch Gewerkschaften

Die Betriebsverfassung beschränkt sich derzeit im Wesentlichen auf Arbeitnehmer. Seit langem besteht die Forderung, auch arbeitnehmerähnliche Personen einzubeziehen.⁴⁷ Diese wurde in der Diskussion zur Digitalisierung und zur Plattformökonomie erneuert, zumindest soweit diese Personen auch räumlich in die Arbeitsabläufe einbezogen sind.⁴⁸ Ausgehend von der Schutzfunktion der Betriebsverfassung, die am Weisungsrecht des Arbeitgebers anknüpft, fehlt den persönlich selbständigen und lediglich wirtschaftlich abhängigen arbeitnehmerähnlichen Personen bereits eine vergleichbare Weisungsabhängigkeit, die zu der maßgebenden Objektstellung der Arbeitnehmer führt, auf die sich die Beteiligung des Betriebsrats stützt. Das spricht gegen eine Erweiterung des BetrVG auf diesen Personenkreis.⁴⁹

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die in Heimarbeit Beschäftigten bereits seit 1920 in die Betriebsverfassung einbezogen sind (§ 11 BRG).⁵⁰ Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende haben seit 1911 eine historische Sonderstellung, die nicht auf alle arbeitnehmerähnlichen Personen übertragen wurde. Näher liegt eine Überarbeitung der Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Personen und eine Integration der in Heimarbeit Beschäftigten in ein einheitliches Konzept. Das soll die Rechtsstellung dieses Teils der Solo-Selbständigen verbessern. Daraus ergibt sich aber nicht zwangsläufig deren Einbeziehung in die Betriebsverfassung.

⁴⁷ Diese wiederholend § 5 Abs. 1 DGB-Entwurf; s. auch Absenger/Priebe WSI-Mitteilungen 3/2016, 192 (197); Franzen ZfA 2000, 285 (327); Hanau Die Mitbestimmung 1999, 21 (23); Hromadka NZA 1997, 1249 (1255).

⁴⁸ Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 95 f.; vgl. auch Giesen/Junker/Rieble, Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts/Franzen 2016, 107 (122 f.); Schwarze RdA 2019, 115 (116).

⁴⁹ Ebenso Löwisch DB 1999, 2209 (2211); Oetker JZ 2016, 817 (823); Plander FS Däubler, 1999, 272 (274 ff.).

⁵⁰ Anders Schwarze RdA 2019, 115 (116).

Die Schutzfunktion des BetrVG spricht nur für die Einbeziehung derjenigen Solo-Selbständigen, die bei korrekter Bestimmung ihres Vertragsverhältnisses Arbeitnehmer sind. Insofern hat das BAG zu Recht seine Rechtsprechung zu § 99 Abs. 1 BetrVG auf Personen erstreckt, die in den Betrieb eingegliedert und Weisungen wie ein Arbeitnehmer unterworfen sind.⁵¹ Damit sind die Fälle der Rechtsumgehung erfasst, die auch als Quasi-Arbeitnehmer bezeichnet werden.⁵² In diesen Fällen führt die räumliche Einbindung in die Arbeitsabläufe dazu, dass die Teilhabefunktion des BetrVG eingreift. Das gilt nicht für alle arbeitnehmerähnlichen Personen. Zudem sind Personen, die derart weisungsgebunden sind, grundsätzlich Arbeitnehmer.

Rechtsvergleichend lässt sich allerdings beobachten, dass die für Arbeitsplattformen tätigen Personen von einzelnen Mitgliedstaaten in jüngerer Zeit in die Arbeitnehmervertretung einbezogen wurden.⁵³ Bei solchen Personen ist in der Regel die Einordnung des Vertragsverhältnisses klärungsbedürftig. Eine Erweiterung der Arbeitnehmervertretung machte diesen Schritt entbehrlich. Die Funktion der Betriebsverfassung, ihr Schutz hinsichtlich Weisungen des Arbeitgebers, gibt eine solche Erweiterung jedoch nicht vor. Zudem sind die Personen, die für eine Arbeitsplattform tätig sind, nur teilweise Arbeitnehmer.

Auch die von der Richtlinie (EU) 2024/2831 vorgegebene Vermutungsregelung soll nur eine Beweislastverteilung bewirken, die eine Durchsetzung des Arbeitsrechts erleichtert, ohne die Einordnung dieser Personen inhaltlich vorzugeben. Auch die Unterrichtung und Anhörung der Interessenvertretung schreibt die Richtlinie nur für die Plattformbeschäftigten vor, also für die Arbeitnehmer, die bei einer Arbeitsplattform tätig sind (vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. f, 8 Abs. 2, 9 Abs. 4, 10 Abs. 1, 13 Abs. 2, 15 Richtlinie [EU] 2024/2831).⁵⁴ Vertreter von Personen, die nicht Plattformbeschäftigte sind, sind keine Arbeitnehmervertreter und können nur die Rechte dieser Personen in Bezug auf den Datenschutz in deren Namen wahrnehmen (Art. 15 Richtlinie [EU] 2024/2831).⁵⁵

Die Organisation und der Schutz der heterogen zusammengesetzten Gruppe von Personen, die Plattformarbeit leisten, kann vor allem durch Gewerkschaften erfolgen. Die Europäische Kommission hat durch die Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selb-

⁵¹ BAG NZA 2014, 1149 Rn. 18; 2017, 525 Rn. 24 ff.

⁵² Thüsing SR 2016, 87 (104).

⁵³ Brameshuber, DIGILARE Report, 9, <https://www.digilare.eu/wp-content/uploads/2025/03/DIGILARE-First-Synthesis-Report.pdf> (zuletzt am 16.2.2026).

⁵⁴ Vgl. auch Erwgr. 52 Richtlinie (EU) 2024/2831.

⁵⁵ Dazu Rainone ELLJ 2025, 495 ff.

ständigen⁵⁶ versucht, diesen Personen einen kollektiven Sozialschutz zu ermöglichen. Zentral ist daher der digitale Zugang zu diesen Personen, den auch die Richtlinie vorsieht (Art. 20 Richtlinie [EU] 2024/2831).

2. Konsistente Erfassung von Arbeitnehmern bei gespaltener Arbeitgeberstellung – Regelung der Betriebszugehörigkeit

a) Unvollständige Regelung von Arbeitsverhältnissen mit gespaltener Arbeitgeberstellung

Flexible Arbeitsorganisation und -methoden, wie bei Matrixorganisationen und Agilität, haben vielfach zur Folge, dass Arbeitnehmer nicht nur in einem Betrieb tätig werden, sondern in mehreren. Zudem kommt es zu einer unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit innerhalb eines Konzerns, aber auch ohne Konzernbezug, so dass Arbeitnehmer ggf. im Betrieb eines anderen Unternehmens zum Einsatz kommen (zB innerhalb eines Geschäftsbereichs, innerhalb einer agilen Produktentwicklung). In solchen Fällen unterliegen die Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb in der Regel Weisungen. Gehört der Einsatzbetrieb nicht dem Vertragsarbeitgeber, sondern einem anderen Unternehmen, das Weisungen (zB als Vertreter des Vertragsarbeitgebers) erteilen darf, so kommt es zur Aufspaltung des Arbeitgebers. Das kann zu einer mehrfachen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers führen.⁵⁷ Regelungen hierfür enthalten nur § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG für den Fall der Personalgestellung sowie für die (unechte) Leiharbeit § 14 Abs. 1, 2 AÜG und § 7 S. 2 BetrVG. Das AÜG findet jedoch nicht immer auf die Beschäftigung in der Matrixorganisation und bei agilem Arbeitseinsatz Anwendung.⁵⁸

b) Ergänzung einer allgemeinen Regelung zur Betriebszugehörigkeit

Eine umfassende und stimmige Erfassung von Arbeitsverhältnissen mit aufgespaltenem Arbeitgeber fehlt bisher ebenso wie eine Regelung der Betriebszugehörigkeit, obwohl sie zentral für die Einbeziehung

⁵⁶ Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, 29.9.2022, C(2022) 6846 endg.

⁵⁷ Fitting BetrVG, 32. Aufl. 2024, § 5 Rn. 226c; Kort NZA 2013, 1318 (1324); Schubert NZA 2022, 145 (146 f.); Witschen RdA 2016, 38 (45 f.); anders MHdB ArbR/Krois, 6. Aufl. 2025, § 291 Rn. 110; GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 7 Rn. 55.

⁵⁸ Vgl. zur Matrixorganisation GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 7 Rn. 55; s. auch Schüren/Hamann AÜG/Hamann, 6. Aufl. 2022, § 14 Rn. 26, 31. Vgl. zur Agilität Henssler RdA 2017, 83 (90 f.); ebenso Thüsing AÜG/Waas, 4. Aufl. 2018, § 1 Rn. 75; für eine Einzelfallentscheidung Schüren/Hamann AÜG/Hamann (Fn. 58), § 14 Rn. 205. Zu beidem Schubert NZA 2022, 145 (146 f.).

der Arbeitnehmer in die Betriebsverfassung ist. Die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers entscheidet über sein aktives und passives Wahlrecht und über seinen Schutz durch die Beteiligung des Betriebsrats bei Maßnahmen des Betriebsinhabers. Das erfasst nicht nur den Anwendungsbereich individualschützender Beteiligungsrechte des Betriebsrats sowie Mitwirkungs- und Beschwerderechte des Arbeitnehmers. Auch die Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs der Betriebsvereinbarungen hängt davon ab. Schließlich sind die betriebszugehörigen Arbeitnehmer für das Überschreiten der Schwellenwerte im BetrVG maßgebend.

Die gesetzlich nicht geregelte Betriebszugehörigkeit ermittelt die Rechtsprechung seit langem nach der sog. Zwei-Komponenten-Lehre. Betriebszugehörig sind danach nur die Arbeitnehmer, die mit dem Betriebsinhaber in einem Arbeitsverhältnis stehen und in den Betrieb eingegliedert sind.⁵⁹ Ein ausschließliches Abstellen auf das Arbeitsverhältnis⁶⁰ scheitert daran, dass Arbeitgeber mehrere Betriebe haben und somit keine klare Zuordnung besteht. Die Literatur favorisiert als Kriterium für die Betriebszugehörigkeit zum Teil die Eingliederung in einer tatsächlichen Einbeziehung der Arbeitnehmer in die Organisation des Betriebs.⁶¹ Dadurch wird auf die Einwirkungsmöglichkeit des Betriebsinhabers Bezug genommen, um so den Schutz des Arbeitnehmers sicherzustellen. Das alleinige Abstellen auf die tatsächlichen Verhältnisse erschwert indes die Abgrenzung und belastet sie mit Unsicherheiten. Solange typische Zwei-Personen-Verhältnisse bestehen und kein drittbezogener Personaleinsatz erfolgt, ist die Bestimmung der Betriebszugehörigkeit nach der Zwei-Komponenten-Lehre auch mit Rücksicht auf den Normzweck zielführend. Nur für die unechte Leiharbeit gab das BAG diese Lehre zugunsten einer normzweckspezifischen Abgrenzung auf,⁶² was jedoch seit der Ergänzung des § 14 Abs. 2 S. 5, 6 AÜG an Bedeutung verloren hat.

Die punktuellen Regelungen für Fälle einer gespaltenen Arbeitgeberstellung verfolgen unterschiedliche Konzepte. Im Fall der Personalstellung eines Beamten ist dieser im Einsatzbetrieb betriebszugehörig (vgl. § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG). In der ursprünglichen Dienststelle verliert er sein Wahlrecht, wenn der Einsatz länger als

⁵⁹ StRSpr, BAG NZA 1989, 724 (725); 2000, 1119 (1120); 2003, 1345 (1346); 2004, 1052 (1053); 2012, 221 Rn. 16.

⁶⁰ So Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl. 1986, § 7 Rn. 3.

⁶¹ Hanau ZGR 1984, 468 (487); Säcker FS Quack, 1991, 421 (425 ff.); Säcker/Joost, Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht, 1980, 21, 39 ff.; DKW BetrVG/Trümner, 19. Aufl. 2024, § 5 Rn. 25 ff.; Zeuner FS Hilger/Stumpf, 1983, 771 (774), ausschließliche Betriebszugehörigkeit bei der Tochtergesellschaft; vgl. auch Rühers/Bakker ZfA 1990, 245 (306 ff.).

⁶² BAG NZA 2013, 793 Rn. 18 ff.; 2013, 789 Rn. 22; 2017, 269 Rn. 20; 2017, 865 Rn. 24.

drei Monate dauert und der Beamte nicht innerhalb von weiteren sechs Monaten in die bisherige Dienststelle zurückkehrt (§ 14 Abs. 2 S. 1 BPersVG). Das schließt eine doppelte Dienststellenzugehörigkeit nicht aus, schränkt aber das Wahlrecht ein. Bei der unechten Leiharbeit bestimmt § 14 Abs. 1 AÜG die Betriebszugehörigkeit beim Verleiher trotz fehlender Eingliederung, während die Einbeziehung in die Betriebsverfassung des Einsatzbetriebs durch § 7 S. 2 BetrVG und § 14 Abs. 2 AÜG geregelt sind. Eine doppelte Betriebszugehörigkeit der Leiharbeitnehmer wird teils verneint, teils bejaht.⁶³ Die Anwendung des § 99 BetrVG erweitert § 14 Abs. 3 AÜG. Die Einbeziehung in die Betriebsvereinbarungen im Einsatzbetrieb blieb jedoch unregelt; diese Lücke schließt die Rechtsprechung durch Analogie.⁶⁴ Ein ähnliches Vorgehen ist bereits seit den 1970er Jahren bei unternehmensübergreifendem Arbeitnehmereinsatz Praxis.⁶⁵

Für die Entwicklung eines allgemeinen Konzepts der Betriebszugehörigkeit bei gespaltener Arbeitgeberstellung (unternehmensübergreifendem Arbeitnehmereinsatz) spricht heute die gestiegene Zahl betroffener Arbeitnehmer. Eine Lückenschließung durch die Erweiterung der Betriebszugehörigkeit anhand der Eingliederung der Arbeitnehmer ist mit Rücksicht auf den Schutzzweck des BetrVG grundsätzlich richtig. Ein Schutzbedarf besteht im Betrieb des Vertragsarbeitgebers und im Einsatzbetrieb, so dass sich in beiden die Schutzfunktion des BetrVG verwirklichen kann. Differenzierungen sind beim Wahlrecht angezeigt, so dass eine mehrfache Betriebszugehörigkeit mit mehrfachem (aktiven und passiven) Wahlrecht⁶⁶ ggf. zu pauschal ist.

Die Ablehnung der mehrfachen Betriebszugehörigkeit und die analoge Anwendung der Beteiligungsrechte ohne Wahlrecht ist ebenfalls keine ideale Lösung, weil eine Arbeitnehmervertretung handelt, die der Arbeitnehmer nicht durch Wahl legitimiert hat.⁶⁷ Einer Verallgemeinerung der Regelungen für die Leiharbeitnehmer stehen die Eigenarten der Leiharbeit entgegen, die von vornherein darauf angelegt

⁶³ BAG NZA 1989, 724 (725 f.); GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 7 Rn. 89 ff.; Richardi NZA 1987, 145 (146 f.); s. auch Ulber AÜG/Fütterer, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 10 f. (partielle Betriebszugehörigkeit beim Entleiher); aA Dreher, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb, 2017, 105 ff.; Schüren/Hamann AÜG/Hamann (Fn. 58), § 14 Rn. 27 ff.

⁶⁴ BAG NZA 2013, 789 Rn. 32 f.; 2015, 563 Rn. 28 f.; 2017, 269 Rn. 19 ff.

⁶⁵ Vgl. Birk ZGR 1984, 23 (53); Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, 68; s. auch Krebber, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht, 2005, 230 f.; Oetker AuR 1991, 359 (363 f.).

⁶⁶ So BAG NZA 2025, 1653 Rn. 16 ff.

⁶⁷ Für eine Übertragung des Konzepts der Arbeitnehmerüberlassung Kort BB 2021, 1204 (1209); Witschen RdA 2016, 38 (46); s. auch Maschmann 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (474), der eine doppelte Betriebszugehörigkeit annimmt.

ist, dass kein konkreter Arbeitsplatz beim Vertragsarbeitgeber (Verleiher) besteht, aber auch kein dauerhafter Einsatz beim Entleiher erfolgt. Ohne die Regelung in § 14 Abs. 1 AÜG gäbe es beim Verleiher keine Arbeitnehmervertretung oder jedenfalls keine, die von den Leiharbeitnehmern legitimiert wird. Der überwiegende Teil der Leiharbeiter ist heute im Durchschnitt nicht mehr als ein Jahr im Einsatzbetrieb, früher waren es durchschnittlich drei Monate.⁶⁸ Mit Rücksicht auf die Amtszeit des Betriebsrats bleibt es überzeugend, die Wählbarkeit der Leiharbeiter beim Entleiher generell auszuschließen. Die Eigenarten der Leiharbeit entsprechen aber nicht dem unternehmensübergreifenden Arbeitseinsatz bei Matrixorganisationen oder agilen Organisationen, die unternehmens- oder konzernintern bzw. unternehmensübergreifend sein können. Es besteht keine vergleichbare Standardisierung, sondern die Eigenarten des jeweiligen Unternehmens bzw. Konzerns sind prägend.

Für ein allgemeines Konzept der Betriebszugehörigkeit ist grundsätzlich bei der sog. Zwei-Komponenten-Lehre zu bleiben, solange der Arbeitnehmer nur im Unternehmen des Vertragsarbeitgebers tätig wird. Auch dann besteht eine mehrfache Betriebszugehörigkeit, wenn der Arbeitnehmer in mehreren Betrieben tätig ist. Beim unternehmensübergreifenden Arbeitnehmereinsatz, bei dem der Arbeitgeber im Einsatzbetrieb das Weisungsrecht des Vertragsarbeitgebers ausübt, genügt die Eingliederung im Einsatzbetrieb für die Betriebszugehörigkeit, um ein Schutzdefizit zu vermeiden.⁶⁹ Die Betriebszugehörigkeit beim Vertragsarbeitgeber bleibt erhalten, weil es ansonsten an der Mitbestimmung in vertragsbezogenen Angelegenheiten fehlt. Eine solche mehrfache Betriebszugehörigkeit wird zum Teil – wie bei der Versetzung (§ 95 Abs. 3 BetrVG) – auf Einsätze von mehr als einem Monat beschränkt.⁷⁰ Bei kürzeren Einsätzen mag der Schutzbedarf geringer sein, allerdings fehlt ein sachlicher Grund, warum für solche Arbeitnehmer die für den Einsatzbetrieb bestehenden Betriebsvereinbarungen (zB zur Arbeitszeit) nicht gelten sollen. Zudem trägt die Parallele zur Versetzung nicht, bei der die Beteiligung des Betriebsrats auf den Schutz des Kollektivs zielt, aus dem der Arbeitnehmer ausscheidet.

Klärungsbedarf besteht bei mehrfacher Betriebszugehörigkeit dahingehend, welcher Betriebsrat welches Beteiligungsrecht wahr-

⁶⁸ Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen in der Zeitarbeit, Juli 2025, 17.

⁶⁹ Für mehrfache Betriebszugehörigkeit Engels NZA 2020, 699 f.; Schubert NZA 2022, 145 (149 f.); vgl. BAG BeckRS 2025, 11156 Rn. 17; s. auch BAG NZA 2021, 1494 Rn. 28 (mit Bezug auf die Zuständigkeit des Betriebsrats); aA Lingemann/Steinhauser NZA 2020, 87 (91).

⁷⁰ Krause, Agile Arbeit und Betriebsverfassung, 2021, 38; ähnlich Bachner NZA 2019, 134 (137); aA Kort BB 2021, 1204 (1210).

nimmt. Insoweit lässt sich grundsätzlich zwischen tätigkeits- und vertragsbezogenen Beteiligungsrechten differenzieren. Beteiligungsrechte, die auf die konkrete Durchführung des Arbeitsverhältnisses Bezug nehmen, knüpfen am Einsatzbetrieb an. Abgrenzungsprobleme ergeben sich dennoch.⁷¹ In solchen Fällen sollten die Betriebspartner in Unternehmen und Konzernen die Möglichkeit haben, die Zuordnung des Beteiligungsrechts zu vereinbaren (→ C.I, II.3). Darüber hinaus bedarf es bei virtuellen und unternehmensübergreifenden Teams ggf. einer Vereinbarung über die Zuordnung des Teams zu einem Betrieb (→ C.I, II.3); das klärt zugleich die Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer.

c) Einschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts

Diese Einbeziehung der eingegliederten Arbeitnehmer in die Zuständigkeit des Betriebsrats beim Einsatzbetrieb machte es grundsätzlich erforderlich, dass die Arbeitnehmer diese Arbeitnehmervertretung legitimieren. Die Ausgestaltung des aktiven und passiven Wahlrechts muss aber auch die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung beachten. Für das aktive Wahlrecht im Einsatzbetrieb ist zu berücksichtigen, dass kein so dringender Legitimationsbedarf besteht, wenn der Arbeitnehmer nur kurze Zeit im Betrieb tätig ist. Bei Arbeitnehmern mit einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber wird eine bestimmte Einsatzdauer für das Wahlrecht bisher nicht vorausgesetzt, so dass auch sehr kurze Arbeitsverhältnisse zu einem Wahlrecht führen. Zumindest bei Arbeitnehmern mit einem Vertragsarbeitgeber und einem Einsatzbetrieb bei einem anderen Unternehmen lässt sich das Wahlrecht für die Arbeitnehmervertretung im Einsatzbetrieb beschränken, wenn die Tätigkeit dort nur kurzfristig ist. Insoweit lässt sich an § 7 S. 2 BetrVG anknüpfen. Eine Tätigkeit von bis zu drei Monaten prägt weder den Einsatzbetrieb noch wiegt der Mangel an Legitimation bei einem Betriebsrat mit vierjähriger Amtszeit schwer. Zudem bleibt das aktive Wahlrecht im Betrieb des Vertragsarbeitgebers (zunächst) erhalten.

Im Betrieb des Vertragsarbeitgebers besteht ein aktives Wahlrecht auf der Grundlage der Zwei-Komponenten-Lehre, solange der Arbeitnehmer dort (noch) eingegliedert ist. Erfolgt seine Tätigkeit vollständig im Einsatzbetrieb eines anderen Unternehmens, beschränkt sich die Beteiligung der Arbeitnehmervertretung beim Vertragsarbeitgeber auf die Beteiligungsrechte hinsichtlich des Vertrages (zB § 102 BetrVG) oder des Entgelts (s. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG). Insofern kann, wie bei der Personalgestaltung, erwogen werden, ob das aktive

⁷¹ ZB bei Zulagen in Abhängigkeit von der Leistungsbeurteilung, die nur im Einsatzbetrieb möglich ist.

Wahlrecht bei einer längeren Abwesenheit im Betrieb des Vertragsarbeitgebers erlischt. § 14 Abs. 2 BPersVG lässt das Wahlrecht bereits nach Ablauf von drei Monaten der Personalgestellung erlöschen, sofern der Arbeitnehmer nicht innerhalb weiterer sechs Monate in den Betrieb zurückkehrt. Die Abweichung vom AÜG lässt sich damit begründen, dass Leiharbeitnehmer von vornherein nur auf Zeit beim Entleiher tätig sind und das Verhältnis zum Verleiher unverändert bleibt.

Zur Vereinfachung der Rechtsanwendung sollte vorzugsweise eine feste Frist herangezogen werden. Diese muss nicht zwingend mit der Erlangung des aktiven Wahlrechts im Einsatzbetrieb synchronisiert sein. Ziel ist es nicht, ein mehrfaches Wahlrecht zu vermeiden, sondern Arbeitnehmer nur dann vom Wahlrecht auszunehmen, wenn das beim Vertragsarbeitgeber verbliebene Vertragsverhältnis ein Residuum ist und der Arbeitnehmer im Übrigen die Nähe zu den Vorgängen im Betrieb verloren hat.⁷² Hierfür kann eine Frist von neun bis 18 Monaten festgesetzt werden. Eine entsprechende Regelung ist in § 7 BetrVG einzufügen. Damit entfällt aber nur das aktive Wahlrecht, nicht die Betriebszugehörigkeit.

Für die Wählbarkeit der im Einsatzbetrieb eingegliederten Arbeitnehmer ist von Bedeutung, dass der Arbeitnehmer den Betrieb hinreichend kennt. Das stellt § 8 Abs. 1 BetrVG bereits sicher, der auch die Tätigkeit in anderen Betrieben des Unternehmens und Konzerns berücksichtigt. Eine weitergehende Beschränkung der Wählbarkeit kommt mit Rücksicht auf die vierjährige Amtszeit des Betriebsrats in Betracht. Bei Leiharbeitnehmern ist das passive Wahlrecht wegen des nur vorübergehenden Arbeitseinsatzes vollständig ausgeschlossen. Eine Beschränkung der Wählbarkeit nach der Dauer des Arbeitseinsatzes kennt bisher weder das Betriebsverfassungs- noch das Personalvertretungsrecht. Mit Rücksicht auf die Praktikabilität der Betriebsverfassung und zur Reduktion von Nachwahlen ist es jedoch angezeigt, § 8 Abs. 1 BetrVG dahingehend zu ergänzen, dass ein passives Wahlrecht auch dann nicht besteht, wenn die Tätigkeit im Einsatzbetrieb für weniger als zwei Jahre geplant ist. Im Betrieb des Vertragsarbeitgebers muss das passive Wahlrecht mit Erlöschen des aktiven Wahlrechts versagt werden. Zudem bedarf es einer Regelung, dass ein Arbeitnehmer nur Mitglied eines Betriebsrats sein darf. Eine mehrfache Betriebsratsmitgliedschaft steht im Widerspruch zum Umfang der Aufgaben der Betriebsräte und der in Bezug auf die Betriebsgröße festgelegte Zahl der Betriebsratsmitglieder.

⁷² Anders wohl Krause (Fn. 70), 38, beim Ausscheiden aus dem entsendenden Betrieb von mehr als 18 Monaten, wenn der Einsatz beim Vertragsarbeitgeber erfolgt.

II. Betrieb und Betriebsteil als sachlicher Geltungsbereich der Betriebsverfassung – Anpassungsbedarfe durch Matrixorganisation, agile und mobile Arbeit

1. Betrieb als Grundeinheit der Betriebsverfassung

Die Betriebsverfassung knüpft trotz aller Veränderungen der Arbeitsorganisation seit mehr als 100 Jahren am Betriebsbegriff an. Ausgehend von den ersten Überlegungen *Jacobis* entwickelte *Hueck* einen funktionellen Betriebsbegriff.⁷³ Nach der ständigen Rechtsprechung ist der Betrieb eine auf Dauer angelegte organisatorische Einheit, innerhalb der ein einheitlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.⁷⁴ Sowohl die wissenschaftliche Diskussion als auch die Konkretisierung des Begriffs schwankte stets zwischen Arbeitnehmernähe und Entscheidungsnähe.⁷⁵ Während Erstere die Nähe zu den repräsentierten Arbeitnehmern und die sich aus der räumlichen Verbundenheit ergebenden Gemeinsamkeiten betont, rückt Letztere die Nähe zur mitbestimmten Entscheidung in den Vordergrund und nimmt somit auf die einheitliche Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten Bezug. Das entspricht auch den Zwecken der Betriebsverfassung. Ziel ist einerseits die Verringerung der Objektstellung der Arbeitnehmer durch Partizipation, andererseits die Lösung der Konflikte in der Belegschaft. Das BAG hat in jüngerer Zeit der Leitungsmacht des Arbeitgebers in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten stärkeres Gewicht beigemessen.⁷⁶ Die räumliche Nähe gewinnt bei

⁷³ *Jacobi* FS Ehrenberg, 1927, 1 (9); *Jacobi*, Arbeitsrecht, 1928, 286; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. I, 7. Aufl. 1963, 93; kritisch zu den methodischen Grundlagen bei *Jacobi* s. Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, 50, 57; s. auch Gamillscheg ZfA 1975, 357 (373 ff.).

⁷⁴ BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 3 (III.1); NZA 1987, 131 (132); 1987, 707 (708); 2007, 1307 Rn. 18; NZA-RR 2009, 255 Rn. 18; NZA 2010, 906 Rn. 22; 2017, 1003 Rn. 31; Fitting (Fn. 57), § 1 Rn. 93; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 28; Henssler FS Küttner, 2006, 479 (480 f.); ErfK/Koch, 26. Aufl. 2026, BetrVG § 1 Rn. 8 ff.; Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 1 Rn. 27 ff.

⁷⁵ Krause, Gutachten 71. DJT, 2016, B 88 ff.; aA Joost (Fn. 73), 112 ff., 166 f., 248, 265, wonach der Betrieb eine Gruppe von Arbeitnehmern ist, „die eine arbeitnehmernahe gemeinsame Repräsentation“ erhalten; die räumliche Entfernung betonend Gamillscheg (Fn. 2), 272 ff.; für eine Abschwächung des Kriteriums Kort BB 2021, 1204 (1206).

⁷⁶ StRSpr, BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 3 (III.1); NZA-RR 2009, 255 Rn. 18; NZA 2010, 906 Rn. 22; 2017, 1003 Rn. 31; zustimmend GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 43; Maschmann FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (467); Schwarze RdA 2019, 115 (117); s. auch Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), B.I.1.

der Anerkennung selbständiger Betriebsteile größere Bedeutung (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG) als bei der Abgrenzung des Betriebs (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 aE BetrVG).⁷⁷

Die Veränderungen der Arbeitsorganisation führen zu mehreren Herausforderungen: (1) In der Matrixorganisation fehlen der Betriebsleitung infolge der Aufteilung der Weisungsrechte die notwendigen Informationen und Entscheidungskompetenzen, um die Arbeitnehmerbeteiligung vollständig selbst durchzuführen (→ A.II). Die Belegschaft eines Betriebs gehört zum Teil zu mehreren Matrixzellen, die selbst in der Regel kein Betrieb sind. Damit geht im Betrieb, selbst bei räumlicher Verbundenheit, ein Teil der Gemeinsamkeiten in personellen und sozialen Angelegenheiten verloren. Zudem wird eine Matrixzelle ggf. von mehreren Matrixmanagern unterschiedlicher Linien gesteuert, so dass ein Anknüpfen am Matrixmanager nicht unbedingt zielführend ist. (2) Mobile oder virtuelle Arbeitsformen reduzieren die räumlich Einbindung, ohne dass die Koordinierungsbedarfe, die sich aus der Organisation und der gemeinsamen Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke ergeben, vollständig entfallen. Dafür bestehen Schwierigkeiten bei der Zuordnung solcher Arbeitnehmer oder virtueller Teams zu einem Betrieb (→ A.II). (3) Bei Arbeitsplattformen bestehen Arbeitnehmergruppen, die in einem Liefer- oder Dienstleistungsgebiet tätig sind, aber zum Teil keine räumlich-verfestigte Organisation haben, sondern aus der Distanz über Apps gesteuert werden, weshalb die Rechtsprechung solche Arbeitnehmergruppen mangels selbständiger Organisation überwiegend nicht als Betrieb ansieht.⁷⁸ Gemeinsam ist diesen Arbeitsformen, dass die Ausübung der Leitungsmacht auf Distanz erfolgt. Die physisch-räumliche Organisation ist weniger wichtig, weil die Weisungen virtuell bzw. auf Distanz erfolgen können. Die Organisationsstrukturen sind weniger aufwendig und können sich dynamischer verändern als bisher.⁷⁹

Die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Betriebs ließen sich auf einfache Weise reduzieren, indem die Arbeitnehmervertretung nicht an den Betrieb, sondern an das Unternehmen anknüpfte.⁸⁰ Folg-

⁷⁷ Vgl. GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 29; Hanau ZfA 1990, 115 (118 f.); Löwisch FS Kissel, 1994, 679 (681 Fn. 4). Zur Bedeutung der Betriebsgemeinschaft für die Betriebsabgrenzung Gamillscheg (Fn. 2), 274 ff.; Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 1 Rn. 32 ff.; DKW BetrVG/Trümmer (Fn. 61), § 1 Rn. 87; krit. GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 41; s. auch BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 3 (III.2).

⁷⁸ LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2024, 29315 Rn. 41 ff.; LAG Niedersachsen NZA-RR 2025, 38 (41); LAG Köln NZA 2025, 1342 (1344 f.); ArbG Aachen NZA-RR 2024, 422 (424).

⁷⁹ Vgl. Kort NZA 2013, 1318 f.; Schubert (Fn. 16), 15 ff.; Witschen RdA 2016, 38 (39).

⁸⁰ Jüngst dazu Greiner ZfA 2026, Heft 2 (erscheint demnächst); Löwisch DB 1999, 2209 f.; ähnlich I. Schmidt NZA 2000, 17 (18); vgl. auch Richardi FS Wiedemann, 2002, 493 (504).

lich bestünde nur ein Repräsentationsgremium beim Rechtsträger, was zugleich die Abgrenzung der Zuständigkeit von Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat entbehrlich machte (→ B.IV.1). Zudem würden Repräsentationslücken geschlossen. Diese Lösung ist für die Betriebsverfassung aber nicht durchgehend vorteilhaft. Gerade in Unternehmen mit Großbetrieben ist eine solche Struktur wegen der Beteiligung an persönlichen Einzelmaßnahmen und der Einsatzplanung nicht praktikabel. Zudem ist nicht bei allen Angelegenheiten des § 87 BetrVG eine Regelung auf Unternehmensebene zielführend (vgl. zB § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3, 5, 13 BetrVG). Zudem würden Arbeitnehmer trotz großer räumlicher Entfernung gemeinsam repräsentiert, so dass die Arbeitnehmernähe der Interessenvertretung verloren ginge. Wollte man zur Überwindung dieses Defizits Untereinheiten bilden, blieben die bisherigen Abgrenzungsschwierigkeiten erhalten. Diese ließen sich zwar durch Vereinbarung gestalten, es bedürfte dann aber auch der Ausgestaltung, so dass das gesetzliche Modell nicht aus sich selbst funktionstüchtig wäre.

Allenfalls die Bildung von Ausschüssen beim Betriebsrat könnte abhelfen. Dabei ist aber nicht sichergestellt, dass für jeden Betrieb bzw. Unternehmensbereich lokale Arbeitnehmervertreter im Betriebsrat mitwirken, was die Sachnähe in Frage stellt. Zudem sind Ausschüsse nicht zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen befugt (§ 28 Abs. 1 S. 3, § 27 Abs. 2 S. 2 BetrVG), weil nur der Betriebsrat als Ganzes zur Normsetzung legitimiert ist. Etwas anderes gilt allerdings für Arbeitsgruppen nach § 28a BetrVG.⁸¹ Die Praxis der Betriebsverfassung zeigt jedoch, dass die gewählten Betriebsräte eher keine Kompetenzen an Arbeitsgruppen abgeben.

Die Anknüpfung an das Unternehmen mag für Filialunternehmen mit vielen kleinen Betrieben zielführend sein. In solchen Fällen kann eine Vereinbarung nach § 3 BetrVG eine abweichende Organisation der Betriebsverfassung schaffen (→ C.I, II). Kommt diese nicht zustande, besteht zumindest keine dysfunktionale Struktur, weil die Arbeitnehmerbeteiligung dort stattfindet, wo die Weisungen erfolgen. Insofern sollte grundsätzlich weiter am Betrieb angeknüpft werden.

Eine Aufgabe des Betriebsbegriffs wäre nur erforderlich, wenn dieser keine sachgerechte Arbeitnehmerrepräsentation gewährleistet. Allerdings müssen für den Betriebsbegriff leistungsfähige Kriterien zur Abgrenzung bestehen. Der Betriebsbegriff wird seit langem nicht als Definition, sondern als Realtypus behandelt.⁸² Die einzelnen Kriterien wie räumliche Nähe oder Leitungsmacht können in unterschiedlichen Ausprägungen vorliegen, ohne dass die Einordnung als Betrieb

⁸¹ Für deren Einsatz bereits Oetker JZ 2016, 817 (823).

⁸² Vgl. dazu Schwarze RdA 2019, 115 (116); Witschen RdA 2016, 38 (42); ähnlich Henssler FS Küttner, 2006, 479 (482), Kriterien des Betriebsbegriffs als Indizien.

von vornherein ausscheidet, da es einer Gesamtwürdigung bedarf. Diese Konzeption weist eine Elastizität auf, die der Vielfalt der Arbeitsorganisation grundsätzlich Rechnung tragen kann. Die Gesamtwürdigung muss ergeben, dass es sich um eine organisatorische Einheit handelt, für die eine Arbeitnehmervertretung zum Schutz der Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber und zum Ausgleich innerhalb der Gruppe von Arbeitnehmern sachgerecht agieren kann. Somit ist die Abgrenzung teleologisch geprägt.⁸³

Bei mobilen Arbeitnehmern – ebenso wie bei Außendienst- und Telearbeitnehmern – ist die räumliche Nähe zwar geringer, die stärkere Virtualisierung oder Mobilität von Arbeit ändert aber nichts an der gemeinsamen Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks in einem organisierten Ablauf, in den die Arbeitnehmer eingegliedert sind. Es bedarf eines vergleichbaren Schutzes der Arbeitnehmer und eines Ausgleichs innerhalb der Gruppe. Die gemeinsame Organisation und die Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten erlauben es, Gruppen von Arbeitnehmern zu identifizieren, die als Betrieb gelten können.⁸⁴ Eine Weisung von Arbeitnehmern auf Distanz hat zur Folge, dass die physisch-räumliche Organisation und die räumliche Nähe bei der Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke weniger Bedeutung hat. Das Anknüpfen an der Leitungsmacht führt tendenziell dazu, dass größere Einheiten als Betrieb anzusehen sind. Das gilt zum Beispiel bei Arbeitsplattformen, die einzelne Dienstleistungsbezirke aus der Distanz mit einer App leiten. Zur Erfassung solcher auf Distanz gesteuerter Einheiten sind die Anforderungen an das Kriterium der Organisation persönlicher und sachlicher Mittel nicht zu hoch anzusetzen, solange die Gesamtbetrachtung ergibt, dass es sich um eine verselbständigte Arbeitsorganisation handelt, in der die wesentlichen Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten eigenständig getroffen werden.⁸⁵ Hierfür ist unerheblich, ob der Vorgesetzte in Präsenz vor Ort ist oder diese Einheit mit digitalen Mitteln organisiert.⁸⁶ In Grenzfällen lassen sich solche Einheiten als Betriebsteil erfassen. Hierfür ist eine Reform des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG sinnvoll (→ B.II.2).

Auch der Einsatz agiler Teams und Organisationsstrukturen lässt sich durch eine gewichtende Betrachtung der bestehenden Kriterien erfassen. Agile Teams können zwar eine Reihe eigener Entscheidungen treffen, das ändert aber nichts daran, dass der Arbeitgeber einsei-

⁸³ Für eine teleologische Begriffsbildung Böhm RdA 2013, 193 (197); Fitting (Fn. 56), § 1 Rn. 91; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 4 Rn. 4; Preis RdA 2000, 257 (278 f.).

⁸⁴ Vgl. Kort BB 2021, 1204 (1206); kritisch Deinert RdA 2001, 368 (375).

⁸⁵ Vgl. auch Wisskirchen/Block NZA-Beilage 2017, 90 (92).

⁸⁶ Vgl. zur Unerheblichkeit der Zusammenarbeit vor Ort zB BAG NZA 2020, 61 Rn. 19.

tig eingreifen kann, so dass eine hinreichende Leitungsmacht besteht und sich insofern der Schutzzweck der Betriebsverfassung verwirklicht. Zudem kommt es bei agilen Arbeitsmethoden und Organisationen zu raschen Veränderungen im Sinne einer projektorientierten Arbeit. Diese erfassen nicht notwendig die gesamte Organisation. Zudem fehlt es ggf. an der Dauerhaftigkeit der Veränderung. Letzteres steht der Abgrenzung einer Einheit zur sachgerechten Arbeitnehmerrepräsentation entgegen, die auf gewisse Dauer angelegt ist und deren Repräsentanten eine vierjährige Amtszeit haben. Agile Teams sind daher kein Betrieb,⁸⁷ sondern Teil einer organisatorischen Einheit. Das Gleiche gilt für virtuelle Teams.⁸⁸

Andere Ergebnisse lassen sich auch für agile Teams mit Mitgliedern aus mehreren Unternehmen nicht ableiten. Im Einzelfall mag ein gemeinsamer Betrieb iS von § 1 Abs. 2 BetrVG vorliegen.⁸⁹ Fehlt es jedoch an der Leitungsvereinbarung, so bleiben die Arbeitnehmer Teil ihres Betriebes bzw. Unternehmens. Das Team kann im Ganzen einem der beteiligten Unternehmen zugeordnet werden, wenn die Leitungsmacht von diesem ausgeübt wird und die externen Experten aus dem anderen Unternehmen eingegliedert werden.

Insofern ist der Betriebsbegriff als Typusbegriff trotz der Änderungen der Arbeitsorganisation grundsätzlich geeignet, um organisatorische Einheiten zur sachgerechten Arbeitnehmerrepräsentation zu identifizieren und die Vielfalt der Sachverhalte abzubilden. Die teleologische Ausrichtung des Begriffs berücksichtigt die zweckinduzierten Bedürfnisse der Arbeitnehmervertretung. Insbesondere das Anknüpfen an der Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten ist hierfür zielführend. Die Betriebsverfassung bleibt aber mit Rücksicht auf die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers organisationsakzessorisch.⁹⁰

Nicht geeignet ist dagegen eine Verallgemeinerung des Betriebsbegriffs aus der Massentlassungsrichtlinie (Richtlinie 98/59/EG),⁹¹ der eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität verlangt, die zur Erledigung einer oder mehrerer Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Er-

⁸⁷ Krause (Fn. 70), 30f.; iErg auch Bachner FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 17 (21).

⁸⁸ Dazu zB Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 91 f.; ebenso Maschmann/Fritz Matrixorganisationen/Berger, 2. Aufl. 2024, Kap. 3 Rn. 395.

⁸⁹ Von der Gründung einer GbR ausgehend Frank CR 2011, 138 ff.; B. Koch BB 2017, 387 (387); aA Fuchs MMR 2012, 427 (430 f.); Kühn/Ehlenz CR 2018, 139 (143). Betriebsverfassungsrechtlich einen gemeinsamen Betrieb abl. Krause (Fn. 70), 33.

⁹⁰ Im Grundsatz dazu GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 43.

⁹¹ Dafür Antrag der Fraktion DIE LINKE BT-Drs. 19/27318, 2.

füllung dieser Aufgaben verfügt.⁹² Die mangelnde Anknüpfung an der Leitungsmacht passt funktional nicht zur Betriebsverfassung.⁹³ Auch ein stärkerer Belegschaftsbezug, der zum Teil vorgeschlagen wird,⁹⁴ erhöht die Rechtsunsicherheit und führt eher dazu, dass kleinere Einheiten zu Betrieben werden, die aber häufig keinen Betriebsrat bilden (→ A.V). Zielführender ist es, solche Einheiten als Betriebsteile zu erfassen. Dann lässt sich mit dem Hauptbetrieb ein Betriebsrat wählen, was Repräsentationslücken vermeidet.

Größere Schwierigkeiten ergeben sich bei Matrixorganisationen, bei denen sich die Matrixzellen (Geschäftsbereiche) in der Regel nicht mit dem Betrieb im herkömmlichen Sinne decken.⁹⁵ Einerseits fehlen dem Betriebsleiter Informationen und Entscheidungsmacht für die sachgerechte Beteiligung der Arbeitnehmervertreter, selbst wenn man ihm die Entscheidungen der Matrixmanager als Vertreter zurechnet (→ B.V.1, 2). Andererseits werden Matrixzellen durch mehrere Entscheidungsträger gesteuert, so dass ein einheitlicher Ansprechpartner fehlt und nicht alle personellen und sozialen Angelegenheiten bei ihnen verankert sind. Sofern Matrixmanager nur das fachliche Weisungsrecht erhalten, kann die Arbeitnehmerrepräsentation auch deshalb nicht an ihnen anknüpfen. Matrixorganisationen bilden zum Teil sehr große Einheiten, können sich schnell verändern und neigen zur Zentralisierung von Entscheidungen. Bei Konzernen ist die Matrixorganisation regelmäßig mindestens teilweise unternehmensübergreifend.

Eine Lösung dieser spezifischen Probleme ist jedoch nicht die Neufassung des Betriebsbegriffs.⁹⁶ Zum einen können auch organisatorische Einheiten, die mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgen, ein Betrieb sein.⁹⁷ Zum anderen genügt es, dass dem Betriebsleiter die wesentlichen Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten zugerechnet werden und sie sich dadurch bei ihm bündeln.⁹⁸ Ein Anknüpfen an der Weisungsstruktur ist keine geeignete Alternative, da sich diese leicht anpassen lässt, ohne die räumlich-sachliche Organisation zu ändern. Für das Grundmodell der Betriebsverfassung

⁹² EuGH NZA 1996, 471 Rn. 30, 32 – Rockfon; 2007, 319 Rn. 28, 32 – Athinaïki Chartopoïa; 2015, 601 Rn. 47, 49, 51, 69 – USDAW; 2015, 731 Rn. 27 ff., 35 ff., 49 – Lyttle.

⁹³ Ähnlich Vogt, *Betrieb und Betriebsteil als zweiteiliges Puzzle*, 2024, 240 f.

⁹⁴ Vgl. § 1 Abs. 3 DGB-Entwurf.

⁹⁵ Maschmann/Fritz *Matrixorganisationen/Berger* (Fn. 88), Kap. 3 Rn. 389 ff.; Maschmann FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (468).

⁹⁶ Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (125); Kort BB 2021, 1204 (1206); Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 89 ff.; Witschen RdA 2016, 38 (41 f.); s. auch Schubert (Fn. 16), 2017, 37 ff.; Thüsing SR 2016, 87 (102 f.).

⁹⁷ ZB BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 3; NZA 1995, 906 (908).

⁹⁸ Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (112).

bleibt der Betriebsbegriff trotz aller Unschärfen, die einem Typus eigen sind, handhabbar. Die spezifischen Probleme der Matrixorganisation – das Fehlen eines geeigneten Ansprechpartners und von Informationen – ist durch eine weitergehende Ausgestaltung des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 74 BetrVG zu beheben (→ B.V.1, 2). Daneben muss es bei Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation in weitergehendem Maße möglich sein, geeignete Arbeitnehmersvertretungsstrukturen zu vereinbaren (→ C.I, II).

Abschließend ist festzuhalten, dass der Betriebsbegriff nicht zwingend einer Kodifikation bedarf. Ein funktionales Begriffsverständnis muss an die Leitungsmacht in persönlichen und sachlichen Angelegenheiten als zentralem Gegenstand der Beteiligungsrechte anknüpfen. Der Begriff verfügt über die notwendige Entwicklungs Offenheit. Die wertende Entscheidung über die Betriebsabgrenzung wird weiterhin Abgrenzungsschwierigkeiten aufwerfen, denen auf drei Wegen begegnet werden sollte: (1) Eine Erweiterung des Betriebsteilbegriffs (→ B.II.2) erlaubt bei Unsicherheiten, ob ein Betrieb vorliegt, zumindest die Annahme eines selbständigen Betriebsteils. (2) Die Begrenzung der Wahlanfechtung schützt die Verwirklichung der Betriebsverfassung (→ B.III). (3) Schließlich eröffnet die Vereinbarungs Offenheit der Betriebsverfassung die Ausgestaltung.

2. Selbständiger Betriebsteil – Betriebsratsfähige Einheit zwischen Rechtssicherheit und Flexibilisierungsbedarf

Das BetrVG sieht den Betriebsteil als selbständige betriebsratsfähige Einheit an (§ 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG), wenn er auf den Zweck des Hauptbetriebs ausgerichtet ist, zu dessen Organisation er gehört und wenn er vom Hauptbetrieb räumlich weit entfernt ist (Nr. 1) oder hinsichtlich ihrer Aufgaben und Organisation eine eigenständige Einheit darstellt (Nr. 2), was eine separate Leitungsmacht in sozialen und personellen Angelegenheiten voraussetzt.⁹⁹ Für beide Fälle verlangt das BAG, dass es sich um eine selbständige Organisation handelt, um die Abgrenzbarkeit und Erfassbarkeit der Einheit sicherzustellen.¹⁰⁰ Bisher verlangte die Rechtsprechung hierfür eine örtliche Leitungsmacht.¹⁰¹ Eine solche ist jedoch bei einer virtuellen Steuerung bzw. einer Leitung aus der Distanz nicht mehr vorhanden, obwohl sich der Zweck der Betriebsverfassung auch in diesen Fällen verwirklichen

⁹⁹ BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 Rn. 15, 23; NZA 2009, 328 Rn. 29; AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 19 Rn. 25; Fitting (Fn. 56), § 4 Rn. 7; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 4 Rn. 2.

¹⁰⁰ BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13 (B.II.1.a); AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 Rn. 15; NZA 2021, 1494 Rn. 33; 2023, 1414 Rn. 33.

¹⁰¹ BAG NZA 2009, 328 Rn. 19; kritisch etwa Witschen RdA 2016, 38 (43).

lässt. Die Eingliederung eines Vorgesetzten setzt heute keine Mitwirkung vor Ort voraus, weil sich die Organisation durch Digitalisierung auf Distanz verwicklichen lässt.¹⁰² Insofern sind die Anforderungen an das Vorliegen eines Betriebsteils bei räumlich weit entfernten Betrieben dahingehend zu modifizieren, dass die örtliche Organisation von Leitungsmacht nicht entscheidend ist.¹⁰³ Verhandlungspartner des Betriebsrats ist ohnehin die Leitung des Gesamtbetriebs.¹⁰⁴ Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung auch bisher die Anforderungen an die örtliche Leitung für grenzüberschreitende Sachverhalte dergestalt abgesenkt hat, dass eine weisungsberechtigte Person im inländischen Betriebsteil ausreicht.¹⁰⁵

Schlussendlich ist die Annahme eines selbständigen Betriebsteils eine wertende Entscheidung. Die Eigenständigkeit von Aufgaben und Organisation bedarf einer Würdigung der Unabhängigkeit vom Hauptbetrieb. Erst recht ist die weite räumliche Entfernung wertend zu ermitteln, aufgrund derer der Betriebsrat die Arbeitnehmer nicht mehr adäquat betreuen kann.¹⁰⁶ Dabei muss sich der Betriebsrat nicht auf einen digitalen Kontakt zu den Arbeitnehmern verweisen lassen. Das gilt auch bei Arbeitsplattformen, bei denen die Arbeitnehmer vor allem digital mit dem Arbeitgeber verbunden sind. Der persönliche Kontakt hat gerade bei einer erheblichen räumlichen Entfernung vom Arbeitgeber und einer virtuellen Organisationsstruktur eine besondere Bedeutung. Der Austausch mit anderen Arbeitnehmern ist gering und der Schutzbedarf steigt durch die Vereinzelung.

Praktisch besteht bei der Abgrenzung von Betriebsteilen, ebenso wie bei Betrieben, ein relevantes Maß an Rechtsunsicherheit. Vor der Betriebsratswahl kann das Vorliegen eines Betriebsteils zwar analog § 18 Abs. 2 BetrVG im Beschlussverfahren festgestellt werden.¹⁰⁷ Nimmt der Wahlvorstand keine solche Klärung vor, dann besteht ggf. ein Anfechtungsgrund, der gerade bei erstmaliger Betriebsratswahl die Errichtung des Betriebsrats vereiteln kann. Die Fehleinschätzung des Wahlvorstands kann sowohl darin liegen, dass die Wahl für einen nicht selbständigen Betriebsteil erfolgt, als auch darin, dass ein selbst-

¹⁰² Vgl. zu dieser Erweiterung des Eingliederungsbegriffs BAG NZA 2019, 1288 Rn. 23; 2020, 61 Rn. 19; 2022, 1414 Rn. 24; 2025, 1653 Rn. 33.

¹⁰³ Witschen RdA 2016, 38 (43); zur Reformbedürftigkeit auch Hanau AuA 1999, 203; I. Schmidt NZA 2000, 17 (18).

¹⁰⁴ BAG NZA 2002, 1300 (1302); ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 4 Rn. 2.

¹⁰⁵ BAG NZA 1992, 74 (75 f.); 1996, 276 (277 f.); 2002, 1300 (1301); 2007, 703 Rn. 15; 2010, 906 Rn. 23 f.; zu einem grenzüberschreitenden Sachverhalt ArbG Frankfurt M. BeckRS 2013, 72862.

¹⁰⁶ Vgl. allg. dazu BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 2 (III.4); AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 4 (II.2.b); NZA 2009, 328 Rn. 26; AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 11 Rn. 28; dazu GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 4 Rn. 10.

¹⁰⁷ LAG Niedersachsen NZA-RR 2025, 38 (41).

ständiger Betriebsteil in die Wahl beim Hauptbetrieb einbezogen wird. Ersteres ist – selbst bei einer erfolgreichen Wahlanfechtung – unschädlich, sofern im Hauptbetrieb ein Betriebsrat besteht, dessen Wahl unanfechtbar geworden ist. Letzteres führt zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl, weil sich die Arbeitnehmer des selbständigen Betriebsteils erst dem Hauptbetrieb durch Beschluss anschließen müssen, wenn sie dort mitwählen wollen.

Konzeptionell spiegelt diese Gestaltung zwar die anerkannte Selbständigkeit des Betriebsteils wider. Wenn das Gesetz den Arbeitnehmern aber ohnehin erlaubt, an der Wahl im Hauptbetrieb teilzunehmen, so sollte die Gestaltung so erfolgen, dass das Risiko der Fehleinschätzung hinsichtlich der Selbständigkeit des Betriebsteils nicht die Arbeitnehmer trifft. Dem lässt sich durch eine Änderung der Konzeption des § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG Rechnung tragen. Die Norm ist so zu gestalten, dass der selbständige Betriebsteil beim Hauptbetrieb mitwählt, solange für diesen keine eigenständige Betriebsratswahl organisiert wird.¹⁰⁸ Das vermeidet zugleich Mitbestimmungslücken. Sieht man hierin einen zu starken Widerspruch zur Anerkennung der betriebsverfassungsrechtlichen Selbständigkeit des Betriebsteils, so sollte zumindest eine Heilung der Betriebsratswahl durch einen nachträglichen Beschluss, sich der Wahl im Hauptbetrieb anzuschließen, ermöglicht werden.

Zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit bei der Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil wird zum Teil eine Mitwirkung der Arbeitnehmer bei der Festlegung von Betriebsteilen befürwortet.¹⁰⁹ Wenn Arbeitnehmer eine Interessengemeinschaft bilden, sollen sie durch Beschluss bestimmen dürfen, dass ein selbständiger Betriebsteil vorliegt, für den sie sodann einen Betriebsrat wählen können.¹¹⁰ Problematisch sind dabei zwei Aspekte: Der Begriff der Interessengemeinschaft ist unbestimmt und dessen Konkretisierung bringt eigene Unsicherheiten hervor, auch wenn man sich dafür an anderen Rechtsordnungen orientieren kann.¹¹¹ Sofern das Vorliegen eines selbständigen Betriebsteils zusätzlich die bestehenden Kriterien des § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG voraussetzt, gibt es keine zwingende Notwendigkeit für das zusätzliche Kriterium der Interessengemeinschaft. Zur Vermeidung der Irrtumsrisiken bei der Annahme eines selbständigen

¹⁰⁸ Ähnlich Hanau Die Mitbestimmung 1999, 21 (23); anders § 4 Abs. 1 S. 3–5 DGB-Entwurf (Die Abstimmung über die Mitwahl des selbständigen Betriebsteils kann auch der Betriebsrat des Hauptbetriebs veranlassen. Der Beschluss ist dem Betriebsrat des Hauptbetriebs spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit mitzuteilen.).

¹⁰⁹ Vogt (Fn. 93), 250 ff.

¹¹⁰ Vogt (Fn. 93), 250 ff.

¹¹¹ Ebenso Wisskirchen/Block NZA-Beilage 2017, 90 (91). Zur Bezugnahme auf den US-amerikanischen National Labor Relations Act Vogt (Fn. 93), 191 ff.

Betriebsteils genügt die hier vorgeschlagene Änderung des § 4 Abs. 1 BetrVG. Wollte man die Anerkennung eines selbständigen Betriebssteils nur auf das Vorliegen einer betriebsverfassungsrechtlichen Interessengemeinschaft und einen Beschluss der Arbeitnehmer hierzu stützen, hätten es die Arbeitnehmer allein in der Hand, betriebsratsfähige Einheiten zu schaffen. Das überzeugt angesichts des Umstands, dass die Betriebsverfassung vom Arbeitgeber als Betriebspartner mitgetragen werden muss, nicht. Auch die verhandelte Mitbestimmung im Unionsrecht beruht zu Recht auf einer Vereinbarung zwischen der Leitung und dem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer. Zudem wäre die Frage zu klären, ob nur die Arbeitnehmer des potentiellen Betriebs wählen dürfen, mit der Folge, dass sich Gruppen bilden und der Ausgleich mit den übrigen Arbeitnehmern in einer einheitlichen, sachgerechten Arbeitnehmervertretung verloren ginge. Darüber hilft die Anknüpfung an den unbestimmten Begriff der Interessengemeinschaft nicht hinweg, zumal eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbliebe.

3. Grenzüberschreitende Betriebe, Unternehmen und Konzerne – Räumlicher Anwendungsbereich der Betriebsverfassung

a) Anknüpfung an die Lage des Betriebs und unionsrechtliche Harmonisierung

Die zunehmende Mobilität von Arbeitnehmern und Vorgesetzten hat zur Folge, dass die Anwendung des BetrVG bei grenzüberschreitenden Betrieben, Unternehmen und Konzernen Zweifel aufwirft. Die Veränderungen in der Arbeits- und Unternehmensorganisation führt vor allem in zwei Fallgruppen zu Klärungsbedarf: (1) Ist ein Betrieb (steil) vom BetrVG erfasst, obwohl die Leitung durch Vorgesetzte aus dem Ausland erfolgt? (2) Wann gehören mobil vom Ausland aus arbeitende Arbeitnehmer zum inländischen Betrieb (steil)? Ersteres betrifft den räumlichen Anwendungsbereich des BetrVG, Letzteres die Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer. Für solche grenzüberschreitenden Sachverhalte wäre es mit Rücksicht auf die unionsrechtlichen Mindeststandards für die Information und Konsultation der Arbeitnehmer zielführend, wenn das Kollisionsrecht unionsrechtlich harmonisiert würde.¹¹² Das sollte Lücken bei der Erfassung der Arbeitnehmer durch die Arbeitnehmervertretung vermeiden und grenzüberschreitende Sachverhalte mit Rücksicht auf den Zweck dieser Beteiligungsrechte sachgerecht einem mitgliedstaatlichen Recht zuordnen.

¹¹² Vgl. dazu Brameshuber (Fn. 53), 17 ff.

Solange es an einer solchen Harmonisierung fehlt, ist das nationale Kollisionsrecht maßgebend. Die Anwendung des Betriebsverfassungsrechts knüpft bisher an der Belegenheit des Betriebs(teils) in Deutschland an (Territorialitätsprinzip).¹¹³ Die Verortung der Organisation ist nicht die einzige denkbare Anknüpfung,¹¹⁴ sie ist wegen der Errichtung einer eigenen Arbeitnehmervertretung bezogen auf den Betrieb und die Teilhabefunktion der Betriebsverfassung jedoch zielführend.

Die Anforderungen an die Anerkennung eines Betriebsteils nach § 4 Abs. 1 BetrVG sind gering, so dass eine Organisationseinheit aus Personal und sachlichen oder immateriellen Betriebsmitteln grundsätzlich ausreicht, wenn eine Leitung für diese Einheit besteht (→ B.II.2). Die Rechtsprechung lässt es hierfür ausreichen, wenn eine Person in dem Betriebsteil Weisungen erteilen kann.¹¹⁵ Hierfür genügt es, wenn der Vorgesetzte aus der Distanz, ggf. also aus dem Ausland diese Einheit im Inland leitet.¹¹⁶ Es kommt nur darauf an, dass die Organisation im Inland als eigenständige Einheit erkennbar wird und in Bezug auf diese – unabhängig von anderen Betriebsteilen – Entscheidungen getroffen werden. Es geht nur um die Identifikation als Betriebsteil. Die Inpflichtnahme des Unternehmens, dass Arbeitgeber bzw. Eigentümer des Betriebsteils ist, hängt nicht davon ab, ob die Betriebsleitung im Inland erfolgt. Allerdings bedarf es eines Ansprechpartners für den Betriebsrat im Inland. Insofern sollte das Unternehmen durch das BetrVG verpflichtet werden, einen Vertreter zu stellen. Fehlt es daran, ist ersatzweise der Betriebsleiter als Vertreter zur Durchführung der Betriebsverfassung verpflichtet.

b) Errichtung von Gesamt- und Konzernbetriebsräten bei Auslandssachverhalten

Ein Ergänzungsbedarf besteht auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, wenn mehrere Unternehmen eines Konzerns im Inland liegen und sich die Konzernobergesellschaft im Ausland befindet. Mangels eines inländischen Verhandlungspartners auf der Konzernebene wird in diesen Fällen kein Konzernbetriebsrat gebil-

¹¹³ BAG NJW 1978, 1124; NZA 1990, 658 (659); 2018, 1396; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 4; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 1 Rn. 5.

¹¹⁴ Vgl. dazu Brameshuber (Fn. 53), 17 ff.; zur Kritik am Territorialitätsprinzip Deinert, Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung, 2021, 27 ff.; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, 367 ff.; ebenso Franzen AR-Blattei SD 920 Rn. 270 (für eine Anknüpfung am Betriebssitz).

¹¹⁵ LAG Hessen BeckRS 2011, 75839; ArbG Frankfurt M. BeckRS 2013, 72862.

¹¹⁶ Vgl. LAG Hessen BeckRS 2011, 75839; Henssler NZA-Beilage 2014, 95 (102); Kort NZA 2013, 1318 (1321); s. auch Maschmann FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (470); Maschmann/Fritz Matrixorganisationen/Reiter (Fn. 88), Kap. 3 Rn. 676 ff.; aA Witschen RdA 2016, 38 (43).

det.¹¹⁷ Etwas anderes gilt nur bei inländischen Teilkonzernspitzen.¹¹⁸ Angelegenheiten, die für die inländischen Unternehmen einheitlich geregelt werden müssen, lassen sich nur schwer handhaben, weil es an Betriebspartnern auf einer geeigneten Ebene fehlt. Die Rechtsprechung geht in diesen Fällen von einer Ersatzzuständigkeit der Gesamtbetriebsräte aus,¹¹⁹ was zu unsachgemäßen Ergebnissen führt.

Eine Verlagerung des Unternehmenssitzes oder der Konzernobergesellschaft ins Inland würde diese Probleme zwar beheben, kann aber gesetzlich nicht vorgeschrieben werden. Dies wäre eine unverhältnismäßige Beschränkung der Unternehmensfreiheit und innerhalb der Europäischen Union zugleich eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit.¹²⁰

Zum Teil wird vorgeschlagen, dass in diesen Fällen das Mitbestimmungsrecht entfallen müsse.¹²¹ Diese Beschränkung der Arbeitnehmerbeteiligung lässt sich jedoch vermeiden, indem die Konzernobergesellschaft verpflichtet wird, einen Vertreter für den Betriebspartner im Inland zu benennen. Dieses Konzept lehnt sich an Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/38/EG und an § 2 Abs. 2 EBRG an, die für den Fall, dass die zentrale Leitung der Unternehmensgruppe nicht in den Mitgliedstaaten liegt, eine solche Lösung vorsehen.¹²² Sofern die Konzernobergesellschaft keinen Vertreter benennt, kann das BetrVG bestimmen, dass die Leitung des inländischen Unternehmens, das die größte Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer hat, als Arbeitgeber für den Konzernbetriebsrat fungiert. Sofern im Inland eine Teilkonzernspitze i. S. der bisherigen Rechtsprechung besteht, ist diese vorrangig. Im Ergebnis kann somit ein Konzernbetriebsrat auch bei einer ausländischen Konzernobergesellschaft gebildet werden.

Sofern ein Unternehmen mit ausländischem Sitz im Inland mehrere Betriebe hat, geht die Literatur überwiegend davon aus, dass die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats möglich ist.¹²³ Allerdings bedarf es

¹¹⁷ BAG NZA 2007, 999 (1005 f.); 2018, 1562 Rn. 23 ff.; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 54 Rn. 47 f.; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 54 Rn. 7; aA DKW BetrVG/Deinert (Fn. 61), Vor § 54 Rn. 23 ff.; Fitting (Fn. 57), § 54 Rn. 34 ff.

¹¹⁸ BAG AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 1; NZA 2007, 999 Rn. 49; NJOZ 2008, 726 Rn. 31; Fitting (Fn. 57), § 54 Rn. 32; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 54 Rn. 36 ff.; DKW BetrVG/Wenckeback (Fn. 61), Vor § 54 Rn. 17 mwN; aA Richardi BetrVG/Annuf (Fn. 3), § 54 Rn. 12 ff.

¹¹⁹ BAG NZA 2007, 999 (1005 f.); 2018, 1562 Rn. 23 ff.; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 54 Rn. 7.

¹²⁰ Dazu Dzida NZA 2008, 1265 (1267); Kort NZA 2009, 464 (465 f.); Salamon NZA 2019, 283 (286 f.).

¹²¹ Salamon NZA 2019, 283 (288); Santon/Vollstädt DB 2025, 462 (466).

¹²² Hierauf verweist Deinert (Fn. 114), 54 f.; s. auch § 54 Abs. 3 DGB-Entwurf.

¹²³ Fitting (Fn. 57), § 47 Rn. 23; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 47 Rn. 10; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 47 Rn. 5 jeweils mwN; aA Schubert Anm. EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 3.

auch in diesem Fall der Inpflichtnahme des Arbeitgebers durch das BetrVG. Etwas anderes gilt nur, wenn der Verwaltungssitz des Unternehmens im Inland liegt.¹²⁴ Insofern lässt sich die hier für den Konzern mit ausländischer Konzernobergesellschaft vorgeschlagene Lösung auf die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats übertragen. Das Unternehmen muss einen Vertreter stellen und die inländischen Betriebe errichten einen Gesamtbetriebsrat.¹²⁵ Fehlt es an der Bestimmung eines Vertreters, ist ersatzweise die Leitung des größten inländischen Betriebs durch das Gesetz zum Vertreter zu bestimmen.

III. Ohne Wahl keine Partizipation – Absicherung der Errichtung der Arbeitnehmervertretung

Die rückläufige Zahl von Betriebsräten lässt sich in einem auf freiwilliger Mitwirkung beruhendem System nicht allein durch den Gesetzgeber beseitigen. Auch die Einführung einer Rechtspflicht zur Errichtung eines Betriebsrats – so wie es § 13 Abs. 1 BPersVG oder das österreichische Betriebsverfassungsrecht in § 40 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz vorsieht – ändert an den realen Verhältnissen nichts. Es fehlt an einer effektiven Sanktion. Diese besteht allenfalls darin, dass den Arbeitnehmern die Mitwirkung ihrer Arbeitnehmervertreter entgeht und insbesondere kein Sozialplan vereinbart wird. Das hat bisher nicht dazu geführt, dass es häufiger zur Errichtung von Betriebsräten kam. Eine Sanktion ist gegenüber den Arbeitnehmern, die ihre Repräsentanten wählen sollen, systemwidrig. Gegenüber dem Arbeitgeber sind Sanktionen nur für eigenes Fehlverhalten möglich, so dass insgesamt eine Pflicht zur Errichtung eines Betriebsrats nur Symbolik wäre.

Zielführender erscheint es, die Bedingungen für die Errichtung von Betriebsräten auf ihre Effektivität zu überprüfen. Insbesondere sind typische Fehlerquellen zu reduzieren, die zur Wahlanfechtung führen, um den hohen Aufwand einer Wahl nicht unnötig zu frustrieren. Der Gesetzgeber hat zuletzt 2021 das vereinfachte Wahlverfahren auf Betriebe mit bis zu 100 Arbeitnehmern erweitert.¹²⁶ Insofern bedarf es einer tatsächlichen Evaluation, ob die Ausgestaltung des Wahlverfahrens zweckmäßig ist oder ob seine Konzeption, insbesondere die kurzen Fristen, kontraproduktiv wirkt. Für das normale Wahlverfahren lassen sich anhand der Rechtspraxis vor allem zwei wesentliche Fehlerquellen identifizieren: (1) Die Unsicherheiten bei der Abgrenzung

¹²⁴ Vgl. MHdB ArbR/Oetker, 6. Aufl. 2024, § 13 Rn. 14.

¹²⁵ MHdB ArbR/Oetker (Fn. 124), § 13 Rn. 14; vgl. auch Franzen AR-Blattei SD 920 Rn. 270 f.; kritisch MüKoBGB/Martiny, 9. Aufl. 2025, Rom I-VO Art. 8 Rn. 156.

¹²⁶ Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 19/28899, 18 (Betriebsrätemodernisierungsgesetz).

der betriebsratsfähigen Einheiten¹²⁷ und (2) die Briefwahl¹²⁸ haben wiederholt zu erfolgreichen Wahlanfechtungen geführt.

Die Unsicherheiten bei der Abgrenzung betriebsratsfähiger Einheiten lassen sich auch bei einer Änderung des § 4 Abs. 1 BetrVG (→ B.II.2) und einer Vereinbarungsoffenheit der Betriebsverfassung (→ C.I) nicht durchgehend vermeiden. Insofern ließe sich die Rechtssicherheit bei der Durchführung der Betriebsratswahl durch ein frühzeitiges Anmelden von Einwänden gegen die Betriebsabgrenzung erhöhen. Das reduziert die abschreckende Wirkung, die eine erfolgreiche Wahlanfechtung bei einer erstmaligen Errichtung eines Betriebsrats haben kann. Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz von 2021 hat zur Erhöhung der Rechtssicherheit vorgesehen, dass eine Anfechtung der Wahl wegen Fehlern in der Wählerliste voraussetzt, dass gegen diese innerhalb von zwei Wochen nach Erlass des Wahlausschreibens schriftlich Einspruch eingelegt wird (§ 4 WO). Unterbleibt der Einspruch, dann entfällt das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich einer späteren Wahlanfechtung (§ 19 Abs. 3 S. 1 BetrVG). Damit werden mögliche Wahlfehler frühzeitig erkennbar, so dass eine rechtliche Klärung bzw. Korrektur herbeigeführt und notwendigenfalls ein neues Wahlausschreiben erlassen werden kann.

Bei Zweifeln an der Abgrenzung der betriebsratsfähigen Einheit kann bereits heute eine Klärung im Beschlussverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG erfolgen. Wird der Betriebsbegriff jedoch verkannt, leitet der Wahlvorstand ein solches Verfahren in der Regel nicht ein. Insofern sollte die Regelung zum Wahlausschreiben dahingehend ergänzt werden, dass auch gegen den Wahlauf Ruf hinsichtlich eines bestimmten Betriebs innerhalb von zwei Wochen nach Erlass des Wahlausschreibens Einspruch eingelegt werden kann, mit der Folge, dass ohne den Einspruch keine Wahlanfechtung möglich ist. Der Einspruch hat allerdings nicht zur Folge, dass ein Beschlussverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG einzuleiten ist. Der Wahlvorstand kann die Betriebsratswahl durchführen und die anschließende Wahlanfechtung abwarten. Während die vorherige Klärung nach § 18 Abs. 2 BetrVG zur Folge hat, dass sich die Errichtung einer Arbeitnehmervertretung verzögert, hat die Durchführung der Wahl zur Folge, dass eine Arbeitnehmervertretung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wahlanfechtung besteht, da Fehler bei der Betriebsabgrenzung grundsätzlich die Wahl nicht nichtig machen. Insofern kann der Wahlvorstand nach seiner Rechtsauffassung, aber auch nach praktischen Erwägungen entscheiden, welche Handlungsalternative er wählt. Das

¹²⁷ Vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55 (I.1); NZA 2009, 1424 Rn. 11; NZA-RR 2012, 186 Rn. 29; NZA 2013, 738 Rn. 26; 2023, 1414 Rn. 18.

¹²⁸ Vgl. BAG NZA 2022, 1062 Rn. 30 ff.; 2025, 582 Rn. 40 ff.; 2025, 1411 Rn. 16 ff.; vgl. auch BAG NZA 2025, 858 Rn. 13 ff.

Gleiche gilt, wenn man die Einspruchsmöglichkeit auf weitere Teile des Wahlverfahrens (zB Bestellung des Wahlvorstands¹²⁹) erstreckt.

Zur Vereinfachung des Wahlverfahrens sollte zudem die Briefwahl erweitert werden, wenn man nicht gleich auf eine (hybride) Online-Wahl übergehen will (→ D.II). Im Gegensatz zu den politischen Wahlen in Bund, Ländern und Gemeinden,¹³⁰ bei denen jeder Wahlberechtigte Briefwahlunterlagen beantragen kann, ist eine solche bei der Betriebsratswahl nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Wahl im Betrieb abwesend ist. Das BAG lässt inzwischen das Briefwahlverlangen des Arbeitnehmers ohne Begründung ausreichen,¹³¹ so dass ein Wahlfehler nur in Betracht kommt, wenn die Briefwahlunterlagen ohne Verlangen übersandt werden.¹³² Im Übrigen beanstandet das BAG nicht, wenn der Wahlvorstand Arbeitnehmern Briefwahlunterlagen zusenden lässt, von denen er weiß, dass sie wegen Kurzarbeit oder Homeoffice voraussichtlich abwesend sein werden.¹³³ Mobiles und agiles Arbeiten haben jedoch zur Folge, dass die Abwesenheit der Arbeitnehmer für den Wahlvorstand bei der Organisation der Wahl in größerem Umfang als bisher nicht vorhersehbar ist.¹³⁴ In konsequenter Fortführung der Rechtsprechungsentwicklung sollten für die Briefwahl bei Betriebsratswahlen keine strengeren Anforderungen gelten als bei politischen Wahlen. Für eine unterschiedliche Ausgestaltung fehlt ein sachlicher Grund. Auch die generelle Übersendung von Wahlscheinen (zumindest an bestimmte Arbeitnehmergruppen) sollte erlaubt werden.¹³⁵ Selbst wenn die Übersendung zu Unrecht erfolgt, stellt dies nicht die negative Wahlfreiheit des Wahlberechtigten infrage.¹³⁶ Insofern darf die unzulässige Übersendung der Wahlunterlagen nicht zu einer erfolgreichen Anfechtung führen.¹³⁷ Sicherzustellen ist, dass jeder Wahlberechtigte nur eine Stimme abgibt.

Ein typisches Phänomen einer nachlassenden Errichtung von Betriebsräten besteht auch darin, dass weniger Betriebsratsmitglieder gewählt sind, als dem Betriebsrat nach § 9 BetrVG angehören müssen.

¹²⁹ Vgl. BAG NZA 1989, 360; Fitting (Fn. 56), § 19 Rn. 25; für eine solche Änderung zB Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), C.IV.

¹³⁰ S. für die Bundestagswahl § 17 Abs. 2 BWahlG; dazu Begr. RegE BT-Drs. 16/7461, 16 f.

¹³¹ BAG NZA 2025, 858 Rn. 16 ff. (angelehnt an die geänderten Wahlvorschriften bei politischen Wahlen).

¹³² BAG NZA 2025, 582; s. auch BAG NZA 2025, 1411, Anordnung einer allgemeinen Briefwahl.

¹³³ BAG NZA 2025, 582 Rn. 55 ff.

¹³⁴ Dazu Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), C.III.1.

¹³⁵ Vgl. Erteilung von Wahlscheinen an bestimmte Personengruppen ohne Briefwahlunterlagen, § 29 BWO.

¹³⁶ So zur unberechtigten Übersendung von Wahlscheinen bei einer Kommunalwahl OVG Münster NVwZ-RR 1998, 194 (195).

¹³⁷ Vgl. auch Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), C.III.3.

Entweder kandidieren bereits zu wenige Arbeitnehmer, oder es nehmen zu wenige die Wahl an. Die Rechtsprechung hat in solchen Fällen die Wahl analog § 11 BetrVG für wirksam erachtet.¹³⁸ Diese rechtspolitisch überzeugende Rücksicht auf die zurückhaltende Errichtung von Betriebsräten kollidiert allerdings mit dem erheblichen Umfang an Pflichtaufgaben der Betriebsräte, über den diese nicht disponieren können. Letztlich wird man hierauf bei der Anwendung von § 23 Abs. 1 BetrVG Rücksicht nehmen müssen. Wegen der Konflikthaftigkeit der Errichtung von Betriebsräten empfiehlt sich eine entsprechende Überarbeitung der §§ 11, 13 und § 23 Abs. 1 BetrVG. Die Größe des Betriebsrats sollte bei zu wenigen Kandidaten oder mangelnder Wahlannahme danach bestimmt werden, dass auf die (jeweils) nächstniedrigere Staffel des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen ist, bis die Zahl von Bewerbern für die Errichtung eines Gremiums mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern ausreicht.¹³⁹

In diesem Zusammenhang sollte auch erwogen werden, ob das Erfordernis der Nachwahl beim Absinken der Zahl der Betriebsratsmitglieder während der laufenden Amtszeit einer Lockerung bedarf, um den Aufwand der Nachwahlen für beide Betriebspartner in Grenzen zu halten.¹⁴⁰ Die Notwendigkeit der Nachwahl kann zwar durch eine hinreichende Zahl von Ersatzmitgliedern entbehrlich werden; dies hängt jedoch von der Zahl der für ein Betriebsratsamt kandidierenden Arbeitnehmer ab. Zudem ist die hohe Fluktuation im Betrieb relevant, auf die auch die Organisationsmethode Einfluss haben kann. Eine Lockerung des Nachwählerfordernisses kann den Aufwand vermeiden oder reduzieren, ohne dass die Betriebsratsarbeit dadurch beeinträchtigt wird. Sofern ein verkleinerter Betriebsrat ermöglicht wird, wäre es durchaus konsistent, zumindest temporär einen verkleinerten Betriebsrat hinzunehmen. Eine Nachwahl lässt sich zumindest auf die Fälle beschränken, in denen die Zahl der Betriebsratsmitglieder um mehr als ein Drittel unter seiner Größe nach der Betriebsratswahl absinkt.

Schließlich bedarf der Schutz der Personen, die an der Organisation einer Betriebsratswahl beteiligt sind, einer Überprüfung.¹⁴¹ Dieser ist trotz der Reform durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz einheitlich. Ein gravierender Unterschied besteht darin, dass der Son-

¹³⁸ BAG NZA 2024, 1220 Rn. 36 ff.; vgl. auch BAG NZA 2008, 1142 Rn. 18; so zum BetrVG 1952 BAG BeckRS 1958, 103190; Fitting (Fn. 57), § 9 Rn. 7; DKW BetrVG/Schneider (Fn. 61), § 9 Rn. 4; Richardi BetrVG/Thüsing (Fn. 3), § 9 Rn. 20; aA GK-BetrVG/Jacobs (Fn. 2), § 9 Rn. 32; diff. Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke/Nicolai, BetrVG, 10. Aufl. 2018, § 11 Rn. 7 f.

¹³⁹ Vgl. hierzu BAG NZA 2024, 1220 Rn. 52; vgl. auch § 11 S. 2 DGB-Entwurf.

¹⁴⁰ Dazu Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), C. V.

¹⁴¹ Dazu DGB AuR 2022, Sonderheft, 2 (3); dazu Hautzenberger, Rechtliche Rahmenbedingungen der Betriebsratsgründung, 2023, 133 ff.

derkündigungsschutz der Initiatoren einer Betriebsratswahl nach § 15 Abs. 3a, 3b KSchG die Kündigung nicht von einem Zustimmungserfordernis abhängig macht. Daher besteht kein vorgeschalteter Kündigungsschutz, so dass der Arbeitnehmer gekündigt und freigestellt werden kann und sich wieder einklagen muss. Der damit verbundene Abschreckungseffekt ist gravierend, weil die Vertragsbeendigung existenzbedrohend wirkt. Insofern sollte auch für sie ein Zustimmungserfordernis für die Zeit des Sonderkündigungsschutzes nach § 15 Abs. 3a, 3b KSchG vorgesehen werden, um den Kündigungsschutz dadurch prozedural zu unterstützen.¹⁴² Da noch kein Betriebsrat besteht, muss die Kündigung von der Zustimmung des Arbeitsgerichts abhängig gemacht werden. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der für eine ungleiche Behandlung der Wahlinitiatoren hinsichtlich dieses prozeduralen Elements des personenbezogenen Wahlschutzes spricht.

IV. Zuständigkeitsordnung des BetrVG – funktionale und rechtssichere Ausgestaltung

1. Unsicherheiten bei der Bestimmung der zuständigen Arbeitnehmervertretung

Die Betriebsverfassung beruht auf einer zwingenden Zuständigkeitsordnung nach der vorrangig der Betriebsrat zuständig ist. Nur wenn die Angelegenheit nicht durch den einzelnen Betriebsrat geregelt werden kann und die übergreifende Regelung zwingend erforderlich ist, ist der Gesamtbetriebsrat zuständig; das Gleiche gilt im Verhältnis von Gesamt- und Konzernbetriebsrat.¹⁴³ Prägend sind die Prinzipien der Zuständigkeitstrennung, der Alternativität der Arbeitnehmervertretungen und der Subsidiarität.¹⁴⁴ Die Abgrenzung der Zuständigkeit knüpft an der vom Beteiligungsrecht erfassten Angelegenheit an. Sie ist sehr einzelfallabhängig, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.¹⁴⁵ Die nachträgliche Feststellung der Unzuständigkeit der handelnden Arbeitnehmervertretung kann langwierige Verhandlungen der Betriebspartner frustrieren. Bereits abgeschlossene Betriebsvereinbarungen sind unwirksam mit zum Teil weitreichenden Folgen für die Arbeitsvertragsparteien. Zudem ist offen, ob sich die zuständigen Arbeitnehmervertreter die Einigung zu eigen ma-

¹⁴² Hautzenberger (Fn. 141), 150 ff.; ebenso § 103 Abs. 1a DGB-Entwurf.

¹⁴³ Vgl. BAG NZA 2012, 1237 Rn. 21; 2015, 885 Rn. 29; 2017, 1619 Rn. 19; 2022, 1134 Rn. 33; Fitting (Fn. 57), § 50 Rn. 5 ff.; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 50 Rn. 27.

¹⁴⁴ Vgl. DKW BetrVG/Deinert (Fn. 61), § 50 Rn. 13 f.; Fitting (Fn. 57), § 50 Rn. 5 ff.; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 50 Rn. 18.

¹⁴⁵ Vgl. zB LAG Köln NZA-RR 2025, 210.

chen. Letztlich ist es im Interesse beider Betriebspartner und der betroffenen Arbeitnehmer, die rechtssichere Verwirklichung der Betriebsverfassung zu gewährleisten.

Keine Alternative zum bestehenden Modell ist die Schaffung einer enumerativen Aufzählung von Angelegenheiten, die dem Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat zugeordnet werden. Die Erfahrungen mit einer vergleichbaren Regelung in Österreich (vgl. § 113 Abs. 4 ArbVG) zeigen, dass sich die Rechtsunsicherheit dann auf die Abgrenzung der aufgezählten Angelegenheiten verschiebt.¹⁴⁶ Zum Teil wird eine Erweiterung der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats dahingehend vorgeschlagen, dass die Zuständigkeit bereits eröffnet ist, sobald die Angelegenheit das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betrifft.¹⁴⁷ Versteht man diesen Ansatz weit, dann entzieht er den Betriebsräten in erheblichem Umfang Angelegenheiten und ändert damit die Konzeption des gesetzlichen Grundmodells. Solange man sich für eine Betriebsverfassung entscheidet, die auf dem Betrieb als Organisationseinheit aufbaut, ist damit auch die Vorstellung von einer arbeitnehmernahen Interessenvertretung verbunden, die ein Gesamtbetriebsrat nicht in gleicher Weise verwirklichen kann. Unabhängig davon mag eine solche Änderung der Konzeption kollektiv vereinbart werden (→ C.II.3).

Zur frühzeitigen Klärung der Zuständigkeit ist das Beschlussverfahren vor den Arbeitsgerichten wegen des damit verbundenen Zeitaufwands nicht geeignet, um die Interessen der Betriebspartner zu verwirklichen.¹⁴⁸ Für eine schnelle und abschließende Klärung der Zuständigkeit sollte dem Arbeitgeber, bei dem in der Regel die Initiativlast liegt, die Möglichkeit eröffnet werden, das beteiligte Gremium zum Widerspruch aufzufordern, falls es sich für unzuständig hält. Ein solcher Widerspruch lässt sich konzeptionell in die an sich gesetzlich determinierte Zuständigkeitsordnung harmonisch einfügen,¹⁴⁹ wenn diese für Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung geöffnet wird (→ C.II.3).¹⁵⁰ Da die Rechtsunsicherheit beide Betriebspartner betrifft, gibt es keinen Grund, ein solches Anforderungsrecht nur dem Arbeitgeber einzuräumen. Auch den Arbeitnehmervertretern muss die Möglichkeit offenstehen, eine Abrede über die Zuständigkeit herbeizuführen.

¹⁴⁶ Marhold/Brameshuber/Friedrichs, Österreichisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2021, 687 f.

¹⁴⁷ Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.IV.2.

¹⁴⁸ Darauf verweist auch BAG NZA 1996, 1107 (1109).

¹⁴⁹ Konzeptionell abweichend Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.IV.2 (für eine Anfragemöglichkeit).

¹⁵⁰ Eine solche Einigung spricht BAG NZA 1996, 1107 (1109) an, sieht sie wegen der damaligen Rechtslage aber als unverbindlich an.

Eine Aufforderung zum Widerspruch führt zwar nicht unmittelbar zu einer Vereinbarung, aber der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat zur Kooperation im Interesse des Arbeitnehmers und zum Wohl des Betriebs,¹⁵¹ was eine unverzügliche Befassung mit den Belangen des Betriebspartners vorgibt.¹⁵² Die Regelung einer gesetzlichen Fiktion kann bewirken, dass das Schweigen der zuständigen Arbeitnehmervertretung auf die Aufforderung zum Widerspruch als Zustimmung zur Festlegung der Zuständigkeit gilt. In der Folge liegt eine Vereinbarung über die Zuständigkeit des vom Arbeitgeber adressierten Gremiums vor. Sofern die zuständige Arbeitnehmervertretung widerspricht, bleibt es bei der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung. Allerdings wird sich die widersprechende Arbeitnehmervertretung nachträglich nicht mehr auf ihre Unzuständigkeit berufen können, wenn der Arbeitgeber infolge des Widerspruchs mit ihr die Arbeitnehmerbeteiligung durchführt.

Eine Vereinbarung über die Zuständigkeit oder ein Widerspruch ist aber grundsätzlich nur der bzw. den Arbeitnehmervertretungen möglich, denen das Beteiligungsrecht von Gesetzes wegen zusteht und die durch das Unterlassen ihre Zuständigkeit verlieren. Das hat zur Folge, dass bei der Beteiligung des Gesamtbetriebsrats auch sämtliche Betriebsräte zum Widerspruch aufgefordert werden müssten. Eine Vereinfachung der Aufforderung zum Widerspruch kann dadurch erfolgen, dass die Vertreter der Betriebsräte im Gesamtbetriebsrat kraft Gesetzes zum Vertreter des jeweiligen Betriebsrats in dieser Angelegenheit bestimmt werden, so dass die Aufforderung nur dem Gesamtbetriebsrat zugehen muss.

Für den Widerspruch ist eine angemessene Frist vorzusehen, die den betroffenen Gremien erlaubt, eine Einschätzung zu gewinnen (zB vier Wochen). Das setzt insbesondere voraus, dass die Arbeitnehmervertreter die Angelegenheit kennen, damit die Zuordnung nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung erkennbar ist. Insofern muss die Arbeitnehmervertretung vor oder mit der Aufforderung zum Widerspruch über die beteiligungspflichtige Angelegenheit informiert werden, damit die Frist zu laufen beginnt. Sofern das Beteiligungsrecht konkrete Vorgaben zur Information der Arbeitnehmervertreter macht, sind diese maßgebend.

¹⁵¹ Zum Kooperationsgebot LAG München BeckRS 2017, 151929 Rn. 16; LAG Düsseldorf BeckRS 2020, 58285 Rn. 90; MHdB ArbR/Boemke, 6. Aufl. 2025, § 288 Rn. 3; Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 2 Rn. 5; für eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Betriebspartners BAG NZA 2019, 843 Rn. 43; Pflicht, alles zu unterlassen, was dem konkreten Mitbestimmungsrecht entgegensteht BAG NZA 2010, 1433 Rn. 23.

¹⁵² So für den Arbeitgeber GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 2 Rn. 44. Zur Klärung der Zuständigkeit bei Zweifeln BAG NZA 1996, 1107 (1109).

Eine alternative Lösung für den Fall der Zuständigkeitszweifel kann darin liegen, eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung der Unzuständigkeit vorzusehen.¹⁵³ In das hier für die Betriebsverfassung präferierte Vereinbarungsmodell fügt sich diese Lösung zwar nicht ein, sie kann aber im Verhältnis der Betriebspartner begründet werden. Beide Parteien müssen gleichermaßen auf die Wahrung der Zuständigkeiten achten, und es besteht kein Informationsvorsprung für einen der Betriebspartner. Lediglich wenn ein Betriebspartner Zweifel äußert, muss sich der andere in Umsetzung der vertrauensvollen Zusammenarbeit dazu verhalten. Das gilt aber nicht in gleicher Weise für die Arbeitnehmer, die zB ein Interesse daran haben, eine verschlechternde Betriebsvereinbarung durch den Hinweis auf das Handeln einer unzuständigen Arbeitnehmervertretung abzuwehren. Eine Erweiterung der Ausschlussfrist auf diese lässt sich allerdings damit begründen, dass der Betriebsrat als deren Repräsentant agiert. Insofern darf nichts anderes als im Beschlussmängelrecht gelten (→ B.V.3).

2. Delegation der Zuständigkeit auf andere Ebenen der Arbeitnehmervertretung

Bei einer Überarbeitung der Zuständigkeitsordnung sollte auch die Delegation der Zuständigkeit auf den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat korrigiert werden. Der Betriebsrat bzw. der Gesamtbetriebsrat kann die Delegation jederzeit widerrufen (§ 50 Abs. 2 S. 3, § 27 Abs. 2 S. 4 BetrVG), wobei die Delegation überwiegend als Stellvertretung eingeordnet wird.¹⁵⁴ Sowohl auf die Delegation als auch auf deren Widerruf hat der Arbeitgeber keinen Einfluss, so dass der Betriebsrat dem Verhandlungspartner des Arbeitgebers jederzeit das Mandat entziehen kann. Das mag der Konzeption des Stellvertretungsrechts entsprechen. Der Geschäftspartner trägt im Rechtsverkehr das Risiko des Widerrufs, zumal er sich nicht auf einen Vertreter einlassen muss.¹⁵⁵ Der Arbeitgeber hat jedoch keine vergleichbaren Handlungsalternativen. Vielmehr sind die Betriebspartner aufeinander angewiesen. Insofern gibt es gute Gründe, das Widerrufsrecht dahingehend zu beschränken, dass eine Delegation jederzeit, aber nur aus wichtigem Grund widerrufen werden

¹⁵³ Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.IV.2.

¹⁵⁴ Zur Parallele zum Stellvertretungsrecht GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 50 Rn. 65; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 50 Rn. 10; Richardi BetrVG/Annuß (Fn. 3), § 50 Rn. 54; aA Fitting (Fn. 57), § 50 Rn. 62a (betriebsverfassungsrechtliche Betrachtung). Vgl. auch BAG NZA 2010, 1433 Rn. 19.

¹⁵⁵ Vgl. zur Interessenlage bei der Stellvertretung MüKoBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 19, 23.

kann.¹⁵⁶ Der wichtige Grund muss sich aus dem Verhältnis zwischen dem Betriebsrat als Delegatar und dem Gesamtbetriebsrat ergeben oder kann auf einer grundlegenden Sachverhaltsänderung beruhen, die das ursprüngliche Mandat in Frage stellt.

Neben der Delegation auf eine höhere Ebene der Arbeitnehmervertretung wird eine Delegation des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats auf eine untere Ebene vorgeschlagen.¹⁵⁷ Die Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats beschränkt sich jedoch auf Fälle, in denen die untergeordneten Arbeitnehmervertretungen keine zielführende einheitliche Regelung herbeiführen können. Das spricht gegen eine solche Delegation nach unten. Zulässig ist allenfalls eine Gesamtbetriebsvereinbarung mit einer Öffnungsklausel, um Spezifika der einzelnen Betriebe zu berücksichtigen. Da diese Öffnungsklausel von der Vereinbarung der Betriebspartner abhängt, ist letztlich eine Vereinbarungslösung geschaffen worden. Eine Festlegung einzelner Gegenstände, bei denen solche Öffnungsklauseln zulässig sein sollen, können im Rahmen des Verhandlungsmodells vereinbart werden (→ C.II.3).

3. Zusammentreffen mehrerer Beteiligungsrechte auf unterschiedlichen Zuständigkeitsebenen

Die gesetzliche Zuständigkeitsordnung führt auch dann zu Friktionen, wenn für einen Regelungsgegenstand bzw. einen Sachverhalt mehrere Beteiligungsrechte bestehen, für die jeweils unterschiedliche Arbeitnehmervertretungen zuständig sind (zB Zuständigkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei Dienstkleidung,¹⁵⁸ Zuständigkeit für Interessenausgleich und Sozialplan nach § 112 Abs. 1 BetrVG¹⁵⁹). Die Ermittlung der Zuständigkeit erfolgt stets mit Rücksicht auf die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit, so dass sich die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung für alle Betriebe nicht bei allen Mitbestimmungstatbeständen gleichermaßen ergeben muss. Sofern es sich

¹⁵⁶ Im österreichischen Betriebsverfassungsrecht ist der Widerruf der Übertragung des Beteiligungsrechts auf den Zentralbetriebsrat zwar jederzeit, aber nur aus wichtigem Grund widerruflich (§ 114 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz).

¹⁵⁷ § 50 Abs. 3, 4 DGB-Entwurf, § 54 Abs. 3, 4 DGB-Entwurf; abl. nach geltendem Recht BAG NZA 2007, 399 Rn. 35; LAG Hessen BeckRS 2016, 116471; zustimmend Richardi BetrVG/Annuß (Fn. 3), § 50 Rn. 47; Fitting (Fn. 57), § 50 Rn. 28; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 50 Rn. 45; aA (Rahmenregelungen zulässig) WPK BetrVG/Roloff, 4. Aufl. 2009, § 50 Rn. 7; ähnlich Däubler DB 2017, 667 (669), Öffnung nur für solche Regelungen, die dem Arbeitgeber allein überlassen werden können.

¹⁵⁸ Vgl. BAG NZA 2017, 1615 Rn. 21; dazu Salamon NZA 2018, 832 f.

¹⁵⁹ Kritisch Annuß FS Kreuzt, 2010, 13 (19); Küttner/Isenhardt FS Bauer, 2010, 625 (631); ein An-sich-Ziehen der Sozialplanverhandlungen wegen des Gesamtkonzepts zulassend BAG NZA 2002, 688 (690); 2007, 1245 Rn. 28; zustimmend Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Bewegliche Mitbestimmung/Kolbe*, 2018, 75 (87).

um einen unteilbaren Regelungsgegenstand handelt, über den nur einheitlich entschieden werden kann, muss mit einer Mehrzahl von Arbeitnehmervertretungen verhandelt werden. Bereits gefundene Regelungen können durch nachfolgende Verhandlungen entwertet werden. Das führt letztlich zu einer unverhältnismäßigen Belastung bei der Durchführung der Arbeitnehmerbeteiligung.

Die Zuständigkeitsregelungen sollten zumindest dahingehend ergänzt werden, dass bei einheitlichen (unteilbaren) Regelungsgegenständen¹⁶⁰ eine einheitliche Zuständigkeit der jeweils höchstrangigen Arbeitnehmervertretung besteht. Diese Regelung kann ebenfalls dadurch ergänzt werden, dass ein Betriebspartner den anderen zum Widerspruch gegen die Annahme einer einheitlichen Regelung auffordern kann (→ B.IV.1). Das entlastet zugleich von den Unsicherheiten bei der Abgrenzung der Zuständigkeit.

Daraus ergibt sich aber keine Lösung für die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, da Interessenausgleich und Sozialplan unterschiedliche Regelungsgegenstände sind. Das Gesetz verknüpft in § 1 Abs. 5 KSchG zwar Interessenausgleich und Namensliste, aber nicht Interessenausgleich und Sozialplan, obwohl ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen ihnen besteht. Das Bedürfnis nach einer einheitlichen Verhandlung ergibt sich in diesem Fall aus der Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Angelegenheit iS eines Sachzusammenhangs,¹⁶¹ die wegen der Aufteilung auf zwei Mitbestimmungstatbestände nach dem gegenwärtigen Verständnis unterschiedlichen Arbeitnehmervertretungen zugeordnet werden können.

Die mit der einheitlichen Verhandlung verbundene Vereinfachung und Beschleunigung spricht ebenfalls für eine solche Gestaltung der Zuständigkeitsordnung. Die besondere Relevanz des Zeitablaufs bei Betriebsänderungen, insbesondere bei Sanierungen und Restrukturierungen, legt eine einheitliche Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretung nahe. Sofern das Gesetz beide Angelegenheiten verklammert, ist die Zuständigkeit einheitlich nach den bestehenden Regelungen zu ermitteln. Diese Zuständigkeitsregelung trägt wegen der betroffenen unternehmerischen Belange zur Herstellung einer praktischen Konkordanz der Interessen der Arbeitnehmer und des Wohls des Betriebes iS von § 2 Abs. 1 BetrVG bei.

¹⁶⁰ Für eine Beurteilung der Angelegenheit anhand des gesamten Lebenssachverhalts Salamon NZA 2018, 832 (836), was aber Unklarheiten in der Abgrenzung erhöht.

¹⁶¹ Vgl. H. Wißmann FS 25 Jahre Arge Arbeitsrecht im DAV, 2006, 1037 (1037f.) („Verhandlungspaket“).

V. Vertrauensvolle Zusammenarbeit – Regelungsbedarfe zur Sicherung der Durchführung der Betriebsverfassung

1. Arbeitgeber als kompetenter Betriebspartner

Das Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG, Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 2002/14/EG) ist ein Grundprinzip der Betriebsverfassung. § 74 BetrVG gestaltet das Verhältnis der Betriebspartner im Sinne eines Kooperationsmodells aus, das durch regelmäßige Gespräche, eine parteipolitische Neutralität und die Friedenspflicht gekennzeichnet ist. Diese Regelungen beruhen auf der Prämisse, dass der Arbeitgeber bzw. sein Vertreter über die notwendigen Informationen und Kompetenzen zur Durchführung der Beteiligungsrechte verfügen. Bei Matrixorganisationen fehlt es teilweise hieran, weil die Steuerung des Betriebs nicht in der Linienorganisation durch den Betriebsleiter, sondern im Rahmen der Geschäftsbereiche durch einen oder mehrere Matrixmanager erfolgt, die ggf. nicht dem Unternehmen angehören bzw. vom Ausland aus Entscheidungen treffen. Diese Entscheidungen sind dem Vertragsarbeitgeber zwar zuzurechnen, weil der Matrixmanager als dessen Vertreter das Weisungsrecht ausübt. Das hat aber nicht zur Folge, dass er die Arbeitnehmerbeteiligung selbst kompetent durchführen kann. Zudem tendiert die Matrixorganisation zur Zentralisierung von Entscheidungen. Das reduziert die Entscheidungsspielräume im Betrieb und behindert die Arbeitnehmerbeteiligung.

Prinzipiell lässt sich aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit und den Beteiligungsrechten, die zur Information, zur Beratung oder zur gemeinsamen Entscheidung verpflichten, ableiten, dass sich der Arbeitgeber die notwendigen Informationen verschaffen muss.¹⁶² Zudem muss er die Kompetenz haben, die Erwägungen des Betriebsrats in den Entscheidungsprozess einfließen zu lassen.¹⁶³ In der Konsequenz muss der Arbeitgeber die von ihm organisierte Aufspaltung von Managementaufgaben und Wissen bei der Arbeitnehmerbeteiligung wieder zusammenführen, um deren Durchführung zu gewährleisten.¹⁶⁴

¹⁶² Dazu Schubert (Fn. 16), 135; vgl. allg. zur Vertretung des Arbeitgebers durch fachkompetenten Vertreter BAG AP BetrVG 1972 § 90 Nr. 2 (II.3); LAG Hessen BeckRS 1990, 30888849; zur Informationsverschaffung des Arbeitgebers mittels Auskunftspersonen Joost (Fn. 73), 248; ErfK/Kania (Fn. 74), BetrVG § 80 Rn. 30a; Kittner AuR 1995, 385 (394).

¹⁶³ BAG AP BetrVG 1972 § 90 Nr. 2 (II.3); LAG Hessen LAGE BetrVG 1972 § 90 Nr. 2; Joost (Fn. 73), 248; Kittner AuR 1995, 385 (394); zur Matrixorganisation Maschmann/Fritz Matrixorganisation/Berger (Fn. 88), Kap. 3 Rn. 427; Schubert (Fn. 16), 133 f.

¹⁶⁴ Maschmann/Fritz Matrixorganisation/Berger (Fn. 88), Kap. 3 Rn. 427 f.; vgl. auch Schubert (Fn. 16), 135.

Der Arbeitgeber muss an den Beteiligungsverfahren nicht notwendig selbst mitwirken, sondern kann (auch betriebsfremde) Vertreter mitwirken lassen.¹⁶⁵ Das Einsetzen eines Matrixmanagers als Vertreter ist jedoch nicht in jedem Fall zielführend. Sprachliche Barrieren, räumliche Distanz und kulturelle Distanz des Managers zu den in Deutschland bestehenden Mitbestimmungsverfahren sind wesentliche Hindernisse für die Verwirklichung der Betriebspartnerschaft. Die Verwirklichung der vertrauensvollen Zusammenarbeit im Beteiligungsverfahren muss grundsätzlich entsprechend der Organisation des Arbeitgebers erfolgen. Ein Verstoß gegen das Kooperationsgebot liegt vor, wenn der Arbeitgeber nicht die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nutzt, um die Beteiligungsrechte zu erfüllen. Ansonsten hätte er es in der Hand, die Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu vereiteln.¹⁶⁶

Diese Verpflichtung des Arbeitgebers bedarf der Klarstellung, um die Geltendmachung von Pflichtverletzungen zu erleichtern und Sanktionen nach § 23 Abs. 3 BetrVG zu ermöglichen. Der hierfür erforderliche grobe Verstoß liegt darin, dass die mangelnde Einsetzung eines informierten und kompetenten Betriebspartners die Durchführung der Arbeitnehmerbeteiligung unmöglich macht oder gravierend beeinträchtigt. In Fällen des § 87 Abs. 1 BetrVG bewirkt zudem die Unwirksamkeit des einseitigen Arbeitgeberhandelns eine effektive Sanktion.

2. Informations- und Informationsbeschaffungsansprüche

Der Betriebsrat hat zur Erfüllung seiner Aufgaben grundsätzlich weitreichende Auskunftsansprüche, die sich auf alle erforderlichen Informationen erstrecken. Ergänzend treten die Informationsrechte des Wirtschaftsausschusses hinzu, die sich nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG auf alle Vorgänge und Vorhaben erstrecken, die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens betreffen. Zusätzliche Informationsbedarfe bestehen vor allem bei Konzernsachverhalten. Der Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat kann sich nur an das Unternehmen halten und keine Informationen von der Konzernobergesellschaft verlangen.¹⁶⁷ Einen Informationsdurchgriff auf die Konzernobergesellschaft erlaubt das BetrVG im Gegensatz zu § 5 EBRG oder § 17

¹⁶⁵ Maschmann/Fritz Matrixorganisation/Berger (Fn. 88), Kap. 3 Rn. 427 Fn. 1269; DKW/Wedde (Fn. 61), Einl. Rn. 158; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, 349 Fn. 82; aA (nur betriebsangehörige Personen) GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 1 Rn. 94; ähnlich wohl Fitting (Fn. 57), § 1 Rn. 329.

¹⁶⁶ Kittner AuR 1995, 385 (394); dazu auch Schubert (Fn. 16), 134.

¹⁶⁷ LAG Köln BeckRS 2021, 13789; Bitsch NZA-RR 2015, 617 (619); DKW/Buschmann (Fn. 61), § 80 Rn. 102; Diller/Powietzka DB 2001, 1034; Fitting (Fn. 57), § 80 Rn. 57; GK-BetrVG/Weber (Fn. 2), § 80 Rn. 65.

Abs. 3a BetrVG nicht. Eine Rechtsfortbildung hat die Rechtsprechung bisher abgelehnt.¹⁶⁸ Auch die Richtlinie 2002/14/EG enthält dazu keine Regelung. Der Wirtschaftsausschuss kann dieses Defizit nicht beheben. Er hat kein Recht, sich beim Wirtschaftsausschuss anderer Unternehmen zu informieren.¹⁶⁹ Ein Konzernwirtschaftsausschuss ist bisher vom Gesetz nicht vorgesehen,¹⁷⁰ bestünde aber ohnehin erst mit der Errichtung des Konzernbetriebsrats.

Zusätzliche Informationsbedarfe entstehen bei Matrixorganisationen oder unternehmensübergreifendem agilen Arbeiten. Die Weisungsrechte nehmen häufig unternehmensfremde Manager wahr, so dass sich Informationen außerhalb der mitbestimmten Einheit sammeln. Fehlende Informationen lösen auch nicht in jedem Fall Rechtsfolgen aus (zB Unwirksamkeit der Weisung), die zur Information der Arbeitnehmervertreter anhalten. Der Betriebsrat kann die Informationen auch nicht durch die Befragung von Auskunftspersonen beschaffen. § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG beschränkt sich auf betriebsangehörige Arbeitnehmer. Zumindest ist streitig, ob er auch unternehmensangehörige Personen oder leitende Angestellte erfasst.¹⁷¹

Dieses Informationsdefizit sollte durch mehrere Maßnahmen beseitigt werden. Bei Informationsdefiziten für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats sollte der Gesamtbetriebsrat, ebenso wie im EBRG, einen direkten Anspruch gegen die Konzernobergesellschaft haben, um die notwendigen Informationen zur Errichtung des Konzernbetriebsrats zu erhalten. Befindet sich diese im Ausland, muss sich der Anspruch gegen die inländische Teilkonzernspitze richten. Zur Ermittlung der Teilkonzernspitze kann der Wirtschaftsausschuss nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG die notwendigen Informationen verlangen. Fehlt es an einer solchen Teilkonzernspitze und ist dennoch ein Konzernbetriebsrat zu bilden (→ B.II.3.b), ist der inländische Vertreter der Konzernobergesellschaft bzw. die Leitung des größten inländischen Unternehmens (→ B.II.3.b) zur Information verpflichtet. Für eine Inpflichtnahme der ausländischen Konzernobergesellschaft in der EU bedarf es einer unionsrechtlichen Regelung.¹⁷²

¹⁶⁸ LAG Köln BeckRS 2021, 13789; Bitsch NZA-RR 2015, 617 (619); Diller/Powietzka DB 2001, 1034; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 106 Rn. 150, 153f.; Rentsch, Die rechtzeitige Unterrichtung der betrieblichen Arbeitnehmervertretung, 2015, 164f.; aA DKW/Däubler (Fn. 61), § 106 Rn. 91f.; Fischer AuR 2002, 7 (8f.); einen allgemeinen Rechtsgedanken sieht GK-BetrVG/Weber (Fn. 2), § 80 Rn. 64.

¹⁶⁹ Vgl. zum Unterrichtungspflichtigen GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 106 Rn. 149.

¹⁷⁰ Zur Gesetzeshistorie GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 106 Rn. 2ff.

¹⁷¹ DKW BetrVG/Buschmann (Fn. 61), § 80 Rn. 145; Richardi BetrVG/Thüsing (Fn. 3), § 80 Rn. 99; aA Fitting (Fn. 57), § 80 Rn. 89; Hanau RdA 2001, 65 (72); Oetker NZA 2003, 1233 (1235).

¹⁷² Schubert (Fn. 16), 145.

Darüber hinaus sollte für Konzerne die fakultative Errichtung eines Konzernwirtschaftsausschusses gesetzlich vorgesehen werden. Bei der Reform des BetrVG 2001 wurde dies noch abgelehnt.¹⁷³ In der Praxis bilden Konzernbetriebsräte häufig ersatzweise einen Ausschuss, der mit den Aufgaben betraut ist, die sonst ein Konzernwirtschaftsausschuss wahrnähme.¹⁷⁴ Das dokumentiert einen Bedarf, dem nun auch das Gesetz Rechnung tragen sollte.¹⁷⁵

Schließlich empfiehlt es sich, § 80 Abs. 2 BetrVG dahingehend zu überarbeiten, dass auch unternehmens- und konzernangehörige Arbeitnehmer einschließlich der leitenden Angestellten erfasst sind. Bei unternehmensübergreifenden Matrixorganisationen oder agiler Arbeit ergeben sich Informationsdefizite aus dem fehlenden Wissen des Vertragsarbeitgebers bzw. Betriebsleiters und den Anforderungen an die Beschaffung von Informationen bei Dritten.¹⁷⁶ § 80 Abs. 2 BetrVG sollte um einen Informationsverschaffungsanspruch gegen den inländischen Arbeitgeber ergänzt werden.¹⁷⁷ Eine Informationspflicht der Konzernobergesellschaft (oder anderer konzernangehöriger Gesellschaften), deren Sitz nicht in Deutschland belegen ist, kann das deutsche Recht wegen des Territorialitätsprinzips nicht auferlegen. Eine Inpflichtnahme wäre in der EU nur bei einer entsprechenden Ergänzung des Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 2002/14/EG möglich.

Bei der Erfüllung der Informationspflicht muss der Vertragsarbeitgeber, der dem Matrixmanager seine Weisungsrechte überträgt, diesen auch zur Erfüllung seiner Pflichten heranziehen.¹⁷⁸ Die Übertragung der Weisungsrechte kann von der Weitergabe der Informationen abhängig gemacht werden. Auch unabhängig davon muss sich der Vertragsarbeitgeber das Wissen des Matrixmanagers zurechnen lassen (analog § 166 BGB). Erfüllt er seine Informationspflichten nicht, so kann daran eine Sanktion nach § 23 Abs. 3 BetrVG anknüpfen, wenn entsprechende Vorkehrungen nicht getroffen wurden. Eine weitergehende Regelung, die die Delegation von Weisungsrechten auf unternehmensfremde Dritte von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig machen, greift indes unverhältnismäßig in die Organisations-

¹⁷³ Dazu GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 106 Rn. 3.

¹⁷⁴ DKW BetrVG/Däubler (Fn. 61), § 106 Rn. 19; Fitting (Fn. 57), § 106 Rn. 4; vgl. auch GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 106 Rn. 30; zur Unzulässigkeit eines Konzernwirtschaftsausschusses BAG AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 7; Richardi BetrVG/Annuß (Fn. 3), § 106 Rn. 9; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), § 106 Rn. 26 mwN.

¹⁷⁵ Ebenso § 106 Abs. 1 DGB-Entwurf.

¹⁷⁶ Keine Informationsbeschaffungspflicht des Arbeitgebers Fitting (Fn. 56), § 80 Rn. 59; ErfK/Kania (Fn. 74), BetrVG § 80 Rn. 19, 24; Richardi BetrVG/Thüsing (Fn. 3), § 80 Rn. 64; offenlassend BAG NZA 2003, 1348 (1352).

¹⁷⁷ Schubert (Fn. 16), 144 f.

¹⁷⁸ Wisskirchen/Block NZA-Beilage 2017, 90 (94); vgl. auch Windbichler (Fn. 165), 83, 352.

hoheit des Unternehmens ein und sollte daher nicht gesetzlich geregelt werden.

Bei virtuellen und agilen Betrieben ist die Kooperation der Betriebspartner dadurch erschwert, dass die Zuordnung virtueller oder agiler Teams zu einem Betrieb oder Betriebsteil unklar ist. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit sollte dahingehend ausgestaltet werden, dass Änderungen der Organisation, die den Fortbestand des Betriebes betreffen, dem Betriebsrat vor der Durchführung mitzuteilen sind. Diese Informationen erhält zwar bereits der Wirtschaftsausschuss, sie sind aber auch bei Unternehmen erforderlich, die noch nicht den Schwellenwert des § 106 Abs. 1 BetrVG überschreiten. Zum Teil wird gefordert, dass diese Information mindestens sechs Monate vor der geplanten Änderung dem Betriebsrat und einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft mitgeteilt wird.¹⁷⁹ Dieser zeitliche Vorlauf wird den Abläufen der Organisationsmaßnahmen jedoch nicht gerecht, zumal der Arbeitgeber über diese allein entscheiden darf. Daher kann dem Arbeitgeber nicht aufgegeben werden, Organisationsmaßnahmen zu verschieben. Die Betriebsverfassung ist organisationsakzessorisch und eine solche Verpflichtung stellt eine unverhältnismäßige Einschränkung dar.

3. Kontrolle des Betriebsrats durch den Arbeitgeber? – Beschlussmängel und Vertrauensschutz

a) Reform des Beschlussmängelrechts und des Vertrauensschutzes

Die Willensbildung des Betriebsrats als Kollegialorgan erfolgt durch Beschluss und legitimiert sein Handeln nach außen. Verfahrensmängel bei Betriebsratsbeschlüssen sind – anders als Fehler bei der Form oder beim Inhalt von Betriebsvereinbarungen – weder für den Arbeitgeber noch für die repräsentierten Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar und verhinderbar, sie haben aber gravierende Auswirkungen auf die mitbestimmten Maßnahmen und Kollektivverträge. Alle Verstöße gegen wesentliche Verfahrensvorschriften führen nach der Rechtsprechung zur Nichtigkeit des Beschlusses.¹⁸⁰ Dieser kann allenfalls durch rechtzeitige Wiederholung bestätigt werden, oder das Handeln des Betriebsratsvorsitzenden kann genehmigt werden.¹⁸¹ Dazu muss aber der Betrieb noch bestehen, der Beschluss muss nach-

¹⁷⁹ Vgl. § 1 Abs. 4 DGB-Entwurf.

¹⁸⁰ BAG NZA 1985, 254 (255); 2008, 369 Rn. 12; 2014, 551 Rn. 23; 2021, 1417 Rn. 40; Fitting (Fn. 57), § 33 Rn. 10a, 54; GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 33 Rn. 52 jeweils mwN.

¹⁸¹ BAG NZA-RR 2011, 415 Rn. 36 f.; NZA 2015, 368 Rn. 15; 2022, 984 Rn. 33; 2025, 649 Rn. 15.

holbar sein¹⁸² und der Betriebsrat darf seine Meinung nicht geändert haben.

Ein Vertrauensschutz ist nicht explizit geregelt und die Rechtsprechung gewährt diesen uneinheitlich und nur in engen Grenzen. Während die Sphärentheorie für Kündigungen vor Ablauf der Anhörungsfrist nach § 102 Abs. 2 S. 1, 3 BetrVG einen weitreichenden Vertrauensschutz gewährt,¹⁸³ anerkennt die Rechtsprechung beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen keine Anscheinsvollmacht des Betriebsratsvorsitzenden.¹⁸⁴ Dabei verweist das BAG auch darauf, dass es sich bei der Betriebsvereinbarung um einen Normenvertrag handelt.¹⁸⁵ Nur im Einzelfall wird Vertrauensschutz gewährt.

Das setzt den Arbeitgeber und die von der Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmer erheblichen Rechtsunsicherheiten aus. Darüber hilft nicht hinweg, dass der Arbeitgeber einen Anspruch auf die Sitzungsniederschrift hat.¹⁸⁶ Diese gewährt ohnehin keine vollständige Information über etwaige Verfahrensfehler. Zudem lässt diese Rechtslage beim Arbeitgeber das Bedürfnis nach einer Kontrolle der Beschlussfassung des Betriebsrats entstehen. Das widerspricht grundlegend dem Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG. Jeder Betriebspartner kümmert sich grundsätzlich selbst um die Erfüllung seiner Pflichten und der jeweils andere Betriebspartner darf sich darauf auch verlassen. Die Betriebspartner müssen sich nicht auf formelle Fehler bei der Durchführung der Betriebsvereinbarung hinweisen;¹⁸⁷ erst recht ist keine Kontrolle oder Überwachung zulässig oder geboten.

Die durch Beschlussmängel ausgelöste Rechtsunsicherheit sollte auf zwei Ebenen reduziert werden: (1) bei der Bestimmung der Nich-

¹⁸² Vgl. § 99 Abs. 3 S. 1, § 102 Abs. 1, 2 S. 1, 3 BetrVG. Keine Nachholbarkeit bei Beschlüssen über die Teilnahme an Schulungen gem. § 37 Abs. 6, 7 BetrVG BAG NZA 2025, 649 Rn. 39.

¹⁸³ ZB BAG NZA 2003, 927; 2006, 990 Rn. 21; hierfür sei die Frist in § 102 Abs. 2 S. 1, 3 BetrVG maßgebend BAG NZA 2022, 984 Rn. 31 ff.

¹⁸⁴ BAG NZA 2022, 984 Rn. 24 ff.; ebenso WPK BetrVG/Kreft (Fn. 157), § 26 Rn. 18; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 2), § 77 Rn. 11; DKW BetrVG/Wedde (Fn. 61), § 26 Rn. 22; aA Buchner DB 1976, 532 (535); Dietz RdA 1968, 439 (442); Fitting (Fn. 57), § 26 Rn. 32 f.; GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 26 Rn. 50 f.; Richardi BetrVG/Thüsing (Fn. 3), § 26 Rn. 51; Wietfeld ZfA 2022, 72 ff.; für eine Vertrauenshaftung sui generis Helmbold, Betriebsratsbeschluss und Arbeitgeberisiko, 2024, 178 ff.

¹⁸⁵ BAG NZA 2022, 984 Rn. 28 ff.

¹⁸⁶ Nach § 29 Abs. 4, § 34 Abs. 2 S. 1 BetrVG oder infolge eines Auskunftsanspruchs s. BAG NZA 2022, 984 Rn. 40; zum Nachweis der Vertretungsmacht Raab ZfA 2022, 149 (197 ff.).

¹⁸⁷ GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 2 Rn. 11; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 48 Rn. 53; aA DKW BetrVG/Wedde (Fn. 61), § 33 Rn. 13; für den Personalrat BAG AP LPVG Hessen § 8 Nr. 1; BVerwG NVwZ-RR 1989, 259 (260); BVerwGE 81, 288 (290 f.) (Pflicht des Personalrats zum Hinweis auf formale Fehler; kein Recht auf Beanstandung, wenn Hinweis unterbleibt).

tigkeitsgründe für Betriebsratsbeschlüsse und (2) durch einen Vertrauensschutz zugunsten des Arbeitgebers, solange er den Beschlussmangel nicht kennt oder kennen muss. Eine einseitige Konzentration auf die Erweiterung des Vertrauensschutzes¹⁸⁸ wird dem Umstand nicht gerecht, dass der Betriebsrat als Repräsentant der Arbeitnehmer agiert und normativ wirkende Kollektivverträge schließen kann. Der ordnungsgemäße Betriebsratsbeschluss hat somit Bedeutung für die Legitimation des nach außen handelnden Betriebsratsvorsitzenden.

Die Nichtigkeit der Beschlüsse von Kollegialorganen ist in der Rechtsordnung uneinheitlich geregelt. Das Kapitalgesellschaftsrecht kennt ein Beschlussmängelrecht, das nur bei gravierenden Rechtsverletzungen zur Nichtigkeit führt und bei anderen Rechtsverstößen die Anfechtung erlaubt, während Verstöße gegen Ordnungsvorschriften unerheblich sind (§§ 241 ff. AktG). Rechtsverstöße können zudem nur befristet geltend gemacht werden (vgl. § 242 Abs. 2 S. 1, § 246 Abs. 1 AktG). Für Vereine plädiert die Literatur für die Übernahme dieser Abstufung, während die Rechtsprechung bei allen wesentlichen Beschlussmängeln die Nichtigkeit annimmt.¹⁸⁹ Bei Betriebsräten sieht das BAG derzeit alle wesentlichen Verfahrensmängel als Beschlussmängel an, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führen, wobei in manchen Fällen die Beanstandung des Verfahrensfehlers durch das Betriebsratsmitglied vorausgesetzt wird.¹⁹⁰ Einschränkungen durch Kausalitätserwägungen sind wenig zielführend, weil sich selten sicher feststellen lässt, dass ohne die Rechtsverletzung derselbe Beschluss zustande gekommen wäre.

Bei den Verfahrensvorschriften für die Beschlussfassung lässt sich zwischen (1) den Ordnungsvorschriften, (2) den Regeln, die primär dem Schutz der Willensbildung des einzelnen Betriebsratsmitglieds dienen (zB Vorgaben zur Ladung und Tagesordnung) und (3) Regelungen, die die Legitimation des Betriebsrats sicherstellen, unterscheiden. Das Gesetz sollte dementsprechend eine abgestufte Regelung vorsehen. Nur diejenigen Verfahrensfehler, die die Legitimation des Beschlusses als Willenserklärung des Betriebsrats in Frage stellen, sollten zur Unwirksamkeit führen. Deren Geltendmachung kann befristet werden (zB zwei Jahre). Fehler, die lediglich dem Schutz der Willensbildung des Betriebsratsmitglieds dienen, sollten lediglich bei einer Anfechtung durch das Betriebsratsmitglied nach Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen. Die Anfechtung ist zu befristen. Letzt-

¹⁸⁸ So aber Helmbold, Betriebsratsbeschluss und Arbeitgeberrisiko, 2024.

¹⁸⁹ BGH NJW 1971, 879 (880); 2008, 69 (72); Erman/Westermann, BGB, 17. Aufl. 2023, § 32 Rn. 6 mwN; für eine Analogie zu den §§ 241 ff. AktG MüKoBGB/Leuschner, 10. Aufl. 2025, § 32 Rn. 65 f.; K. Schmidt AG 1977, 243 (249 ff.).

¹⁹⁰ BAG NZA 2015, 370 Rn. 51.

lich verwirkt das Betriebsratsmitglied den Anfechtungsgrund, je länger es nach der Beschlussfassung zuwartet.¹⁹¹

Mit Rücksicht auf § 2 Abs. 1 BetrVG als Grundprinzip der Betriebsverfassung sollte zudem ein Vertrauensschutz für den Fall geregelt werden, dass der Betriebsratsbeschluss infolge eines Verfahrensmangels unwirksam ist. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit sollte es den Betriebspartnern grundsätzlich erlauben, sich auf die rechtskonforme Geschäftsführung des jeweils anderen Betriebspartners zu verlassen. Die Geschäftsführung und insbesondere die Beschlussfassung des Betriebsrats sollten vom Arbeitgeber nicht überwacht werden (müssen und dürfen). Erst recht sollte keine Intervention des Arbeitgebers möglich sein. Im Gegenzug bedarf der Arbeitgeber aber eines Vertrauensschutzes. Er muss sich darauf verlassen dürfen, dass der Betriebsratsbeschluss dem Verfahren nach wirksam zustande gekommen ist. Diese Konzeption verfolgt das österreichische Betriebsverfassungsrecht seit mehr als 40 Jahren, indem es darauf verweist, dass der Betriebsinhaber zu Nachforschungen über die Willensbildung des Betriebsrats weder berechtigt noch verpflichtet ist.¹⁹²

Das muss auch bei Betriebsvereinbarungen gelten, die Drittwirkung für Arbeitnehmer entfalten. Der Betriebsrat ist Repräsentant der Arbeitnehmer. Sie haben ihn gewählt und können bei Pflichtverletzungen seine Auflösung beantragen. Daher müssen sie grundsätzlich die Folgen seines Handelns tragen. Zudem kann sich der Vertrauensschutz gleichermaßen zugunsten wie zulasten der Arbeitnehmer auswirken, so dass es sich hier nicht um eine den Arbeitgeber einseitig bevorzugende Konzeption handelt. Bei Inhaltsmängeln oder Formmängeln von Betriebsvereinbarungen kommt ein Vertrauensschutz indes nicht in Betracht. Diese Regelungen dienen dem Drittschutz. Zudem hat der Arbeitgeber an diesen Mängeln mitgewirkt, so dass ein Vertrauensschutz schon deshalb nicht gerechtfertigt ist.

Der Vertrauensschutz zugunsten des Arbeitgebers scheidet ebenfalls aus, wenn der Arbeitgeber den Verfahrensmangel kannte oder kennen musste. Dabei sind keine besonderen Nachforschungsobliegenheiten aufzustellen, weil diese der vertrauensvollen Zusammenarbeit widersprechen. Nur evidente Verfahrensmängel muss der Arbeitgeber kennen.¹⁹³ Insbesondere bei spontanen Erklärungen des

¹⁹¹ Vgl. die Parallele in § 626 Abs. 2 S. 1 BGB s. BAG NZA 2007, 744 Rn. 17; 2014, 529 Rn. 23.

¹⁹² OGH DRdA 1993, 122 (123); 2009, 149; 17.5.2018 – 9ObA 42/18v jeweils mwN; vgl. auch Bydlinski JBl. 1962, 577 (581); Marhold/Brameshuber/Friedrichs (Fn. 146), 674; Schwarz DRdA 1985, 431 f.

¹⁹³ ZB unmittelbare Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden auf die Information über die beabsichtigte Kündigung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber.

Betriebsratsvorsitzenden ist ein Vertrauensschutz ausgeschlossen.¹⁹⁴ In Zweifelsfällen besteht die Kenntnis des Arbeitgebers erst mit der rechtskräftigen Entscheidung über die Unwirksamkeit des Beschlusses. Ab diesem Zeitpunkt kann der Arbeitgeber hierauf reagieren. Der gleiche Vertrauensschutz muss im Gegenzug auch bei Beschlussmängeln des Arbeitgebers gelten.

b) Erweiterung der Sphärentheorie nach § 102 Abs. 1 BetrVG

Über die Verfahrensmängel bei Betriebsratsbeschlüssen hinaus bedarf die Sphärentheorie in einem weiteren Punkt einer Ergänzung. Bei der Kündigung eines Arbeitnehmers kann sich im Kündigungsschutzverfahren vor den Arbeitsgerichten der Kündigungsgrund als nicht ausreichend erweisen. Sofern der Arbeitgeber weitere Kündigungsgründe hat, die er wegen ihrer vermeintlichen Unerheblichkeit im Anhörungsverfahren nicht benannt hat, kann er diese im Prozess nicht nachschieben, sondern muss eine neue Kündigung aussprechen.¹⁹⁵ Das Anhörungsrecht nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist jedoch ein Beteiligungsrecht, das primär auf kommunikative Einflussnahme setzt, ohne dass die Kündigung verhindert werden kann. Die Unmöglichkeit des Nachschiebens von Gründen im Falle einer ansonsten korrekten Anhörung geht über deren Ziel hinaus. Will man ein Nachschieben der Kündigungsgründe zulassen, muss der Arbeitgeber allerdings den Betriebsrat informieren, damit dieser noch sein Widerspruchsrecht zum Schutz des Arbeitnehmers ausüben kann.¹⁹⁶ Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats muss so gestaltet sein, dass er beim Nachschieben von Kündigungsgründen nachträglich widersprechen darf. Das verhindert eine Schlechterstellung des Arbeitnehmers, vermeidet aber die Unwirksamkeit der ursprünglichen Kündigung, wenn die Änderung des Kündigungsgrundes bspw. in Reaktion auf die Stellungnahme des Betriebsrats oder auf den Prozess vor dem Arbeitsgericht erfolgt. Dem Arbeitgeber wäre zwar ein Selbstschutz durch die Angabe aller in Betracht kommenden Kündigungsgründe grundsätzlich möglich. Das nimmt ihm aber die Auswahlentscheidung (subjektive Determination) oder verpflichtet zur Selbstbindung, die in dieser Form vom Gesetz nicht vorgesehen ist.

¹⁹⁴ So auch die österreichische Judikatur, s. OGH 22.10.2010 – 9ObA100/10m; 15.5.2019 – 9ObA34/19v.

¹⁹⁵ Vgl. zB BAG NZA 1981, 2316; 2016, 287; für eine Beschränkung der Unterrichtung nach § 102 BetrVG auf die Benennung des zu kündigenden Arbeitnehmers Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.VII.1.a.

¹⁹⁶ Ohne diese Einschränkung Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.VII.1.a.

VI. Betriebsverfassung als Kooperationsmodell – Bewältigung von Konflikten und Eilfällen

1. Keine allgemeine Eilfallregelung

Die Ausgestaltung von Beteiligungsrechten muss die Interessen der Arbeitnehmer iS der Schutz- und Teilhabefunktion der Betriebsverfassung verwirklichen, aber in ihrer Durchführung auch dem Wohl des Betriebs dienen (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Dem steht eine Verzögerung der Betriebsführung durch Arbeitnehmerbeteiligung nicht generell entgegen. Sofern sich aus der Angelegenheit selbst oder aus der Dauer des Beteiligungsverfahrens ein besonderes Eilbedürfnis ergibt, kann aber ein Bedarf nach vorläufigen Maßnahmen bestehen. Eilfälle sind im BetrVG nur rudimentär erfasst. Fristen für das Handeln des Betriebsrats bestehen nur bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 Abs. 3 S. 1, § 102 Abs. 2 S. 1–3 BetrVG). Bei einer Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat erlaubt § 100 BetrVG eine vorläufige Maßnahme, wenn diese aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Daneben ist nur dem Kapitän eines Schiffes eine vorläufige Regelung erlaubt (§ 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG). Im Übrigen bestehen keine Fristen für die Durchführung der Arbeitnehmerbeteiligung oder die Schlichtung durch die Einigungsstelle.

Im Gegensatz dazu berücksichtigt das Personalvertretungsrecht die Zeitabhängigkeit der Mitwirkung und Mitbestimmung umfassend. Zum einen sind Zustimmungen innerhalb von 10 Tagen zu erklären (§ 70 Abs. 3 S. 1 BPersVG). Die Einigungsstelle soll innerhalb von zwei Monaten zu einem Ergebnis kommen (§ 74 Abs. 1 BPersVG) und die Dienststellenleitung darf vorläufige Regelungen vornehmen, wenn die Angelegenheit nach der Natur der Sache keinen Aufschub duldet (§ 76 BPersVG). Die „Unaufschiebbarkeit“ ist dabei nicht mit der „Eilbedürftigkeit“ gleichzusetzen.¹⁹⁷ Sie verlangt eine „größere Dringlichkeit“, da die Dienststellenleitung in „eiligen Fällen“ nach § 69 Abs. 2 S. 4, Abs. 3 S. 4 BPersVG die Fristen der Personalratsbeteiligung (auf drei Tage) abkürzen kann. § 80 Abs. 2 BPersVG sieht speziell für Dienstpläne über die tägliche Arbeitszeit vor, dass sich diese auf die Festlegung von Grundsätzen beschränken, soweit für einzelne Beschäftigtengruppen die Arbeitszeit unvorhersehbar, unregelmäßig oder kurzfristig festgelegt werden muss. Dadurch trägt das BPersVG dem berechtigten Interesse an der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung Rechnung.

¹⁹⁷ BVerwG PersV 1996, 326; Richardi/Dörner/Weber/Annufß PersVR/Weber, 6. Aufl. 2024, § 76 Rn. 4.

Vergleichbare Regelungen sind grundsätzlich auch für privatrechtliche Unternehmen erforderlich, deren rechtlich geschützte Interessen an der Unternehmensführung betroffen sind. Das gilt aber nicht für alle Beteiligungsrechte in gleicher Weise. Während die unternehmerische Entscheidung bei Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan besonderes Gewicht hat, besteht bei sozialen und personellen Angelegenheiten ein höherer Schutzbedarf der Arbeitnehmer. Anders als in der öffentlichen Verwaltung sollte daher keine allgemeine Regelung für unaufschiebbare Fälle vorgesehen werden, sondern im Sinne einer praktischen Konkordanz der kollidierenden verfassungs- und unionsrechtlich geschützten Rechtspositionen abgestuft werden. Die mitbestimmte Angelegenheit und die Art des Beteiligungsrechts machen eine differenzierte Lösung erforderlich. Eine einheitliche Befristung der Beteiligungsrechte wird weder den sehr unterschiedlich langen Beteiligungsverfahren noch dem unterschiedlichen Gewicht der Belange des Betriebsrats, der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers gerecht.

2. Eilfälle bei der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG

§ 87 Abs. 1 BetrVG sieht bisher keine Eilfallregelung vor. Einem einseitigen Handeln des Arbeitgebers steht bei dieser Mitbestimmung die Theorie der notwendigen Mitbestimmung entgegen, die einer Weisung des Arbeitgebers ohne vorherige Mitbestimmung die Wirksamkeit versagt.¹⁹⁸ Zudem kann der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht mit einem Unterlassungsanspruch durchsetzen.¹⁹⁹ Beide Durchsetzungsmechanismen hat die Rechtsprechung entwickelt, so dass bereits deshalb keine gesetzliche Regelung zu Eilfällen vorliegt. Dagegen war § 100 BetrVG eine kompensatorische Maßnahme, weil das BetrVG 1972 für die Betriebsräte in personellen Angelegenheiten erstmals ein Zustimmungsverweigerungsrecht mit gerichtlicher Zustimmungsersetzung vorsieht, so dass eine Regelung für vorläufige Maßnahmen geschaffen wurde, um das Zustimmungserfordernis abzumildern.²⁰⁰

Zur Bewältigung von Eilfällen in Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG kommt aber keine Befristung des Mitbestimmungsrechts in Betracht.²⁰¹ Die Ursachen für die Eilbedürftigkeit oder für die Dauer des Verfahrens sind sehr vielfältig. Während lange Verfahren beim betrieblichen Eingliederungsmanagement in der Regel mit dem Hei-

¹⁹⁸ BAG AP BetrVG § 56 Nr. 2, 4; Fitting (Fn. 57), § 87 Rn. 599 ff.; Hueck/Nipperdey (Fn. 1), 1389 ff.; DKW/Klebe (Fn. 61), § 87 Rn. 5; GK-BetrVG/Wiese (Fn. 2), § 87 Rn. 102 ff. jeweils mwN.

¹⁹⁹ StRspr, seit BAG NZA 1995, 40; bestätigend BAG NZA 1997, 274; 2021, 959.

²⁰⁰ Vgl. § 61 BetrVG 1952 und Begr. RegE BT-Drs. VI/1786, 52.

²⁰¹ Anders Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.II.2.

lungsverlauf zusammenhängen, hat bei der Mitbestimmung über die Gefährdungsbeurteilung häufig der notwendige Rückgriff auf externen Sachverstand eine verzögernde Wirkung. Zudem ergibt sich bei manchen Angelegenheiten wegen ihres Gegenstands eine Eilbedürftigkeit (zB bei kurzfristigen Änderungen von Dienst- und Schichtplänen, bei Überstundenanordnungen). Unabhängig davon können Konflikte zwischen den Betriebspartnern oder Koppelungsgeschäfte Verfahren verzögern.

Die Interessen des Arbeitgebers in eilbedürftigen Fällen lassen sich bei der Mitbestimmung zum Teil mit Rahmenvereinbarungen befriedigen. Ob eine solche rechtzeitig vor dem Eilfall zustande kommt, hängt aber nicht allein von dessen Handeln ab. Zudem wird die Erzwingbarkeit solcher Rahmenvereinbarungen zumindest nicht einheitlich beurteilt.²⁰² Auch der Verweis auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit genügt für die Bewältigung von Eilfällen nicht. Gerade wegen der Bedeutung der Beteiligungsrechte sollte hier eine explizite gesetzliche Regelung erfolgen, die dem Arbeitgeber unter engen Voraussetzungen eine vorläufige Maßnahme erlaubt. Im Grundsatz müssen solche Maßnahmen reversibel sein und dürfen die Hauptsache nicht vorwegnehmen. Bei Sachverhalten, die sich mit Zeitablauf erledigen (zB Überstundenanordnung), ist dies unmöglich; das gilt aber auch bei vorläufigen personellen Einzelmaßnahmen nach § 100 BetrVG, die der Arbeitgeber einseitig vornehmen darf und nur für die Zukunft beseitigen kann.

In jedem Fall muss der Arbeitgeber ebenso wie bei § 100 Abs. 1 BetrVG ein dringendes Erfordernis aus sachlichem Grund für die vorläufige Regelung haben.²⁰³ Ein solches Erfordernis lässt sich nicht unter Verweis auf die Dauer des Verfahrens widerleglich vermuten, weil hierfür keine hinreichende Tatsachengrundlage oder eine Schematisierbarkeit der Tatsachen- und Interessenlage besteht. Der Betriebsrat muss zudem die Möglichkeit haben, gegen die vorläufige Maßnahme mit seinem Unterlassungsanspruch im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen. Damit dies effektiv möglich ist, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat von der Maßnahme unterrichten. Sofern eine Schlichtung durch die Einigungsstelle erfolgt, kann nur noch der Einigungsstellenvorsitzende vorläufige Regelungen vornehmen (→ B.VI.4).

Diese Konzeption vermeidet eine Schwäche des Verfahrens nach § 100 BetrVG. Auf den Widerspruch des Betriebsrats gegen die vor-

²⁰² Nicht erzwingbar: Oberthür/Seitz Betriebsvereinbarungen/Oberthür, 3. Aufl. 2021, Rn. 8; so für den vorsorglichen Sozialplan BAG NZA 1998, 216; anders für die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG BAG NZA 1986, 526 (529); 1987, 248 (249); 1989, 109 (110).

²⁰³ Für vorläufige Maßnahmen durch den Arbeitgeber auch Franzen FS Henssler, 2023, 123 (132f.); Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.II.1.

läufige Maßnahme muss der Arbeitgeber lediglich innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht einen Antrag stellen, um diese aufrechtzuhalten. Würde man dieses Verfahren auf § 87 BetrVG übertragen, dann wären besonders eilbedürftige Angelegenheiten ggf. schon erledigt. Zudem kommt die Überprüfung des dringenden Erfordernisses im Beschlussverfahren zu spät, um das Beteiligungsrecht effektiv zu schützen.

Zum Teil wird vorgeschlagen, vorläufige Maßnahmen des Arbeitgebers bei der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG zuzulassen, wenn ein Rechtsmissbrauch infolge eines Koppelungsgeschäfts vorliegt.²⁰⁴ Dieser Vorschlag ist bei Eilfällen nur bedingt praktikabel. Die Beweislast hinsichtlich des Koppelungsgeschäfts liegt beim Arbeitgeber und die Auseinandersetzung über dessen Vorliegen dauert im Zweifel zu lange. Will man dem Arbeitgeber vorläufige Maßnahmen erlauben, lässt sich auch in diesen Fällen auf die Eilbedürftigkeit verweisen, so es einer ergänzenden Fallgruppe bei Rechtsmissbrauch nicht bedarf.

Um die hier vorgeschlagene Durchbrechung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zu begrenzen und die Rechte des Betriebsrats zu schützen, sollte eine klarstellende Regelung zur Zulässigkeit und Erzwingbarkeit von Rahmenvereinbarungen in das BetrVG aufgenommen werden. Diese erlaubt eine antizipierte Eilfallregelung und stellt eine Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter sicher. Solche Rahmenvereinbarungen werden von der Rechtsprechung grundsätzlich gebilligt, wenn das Mitbestimmungsrecht nicht in seiner Substanz preisgegeben wird.²⁰⁵ Die Abgrenzung nach dieser Formel hat im Einzelfall geschwankt.²⁰⁶ Zum Teil wurde daher vorgeschlagen, dass ein unzulässiger Verzicht des Betriebsrats auf das Beteiligungsrecht bereits dann nicht vorliege, wenn er über die Angelegenheiten verhandelt hat, selbst wenn dem Arbeitgeber ein einseitiges Bestimmungsrecht eingeräumt werde.²⁰⁷ Sofern bereits das Gesetz dem Arbeitgeber in besonders eilbedürftigen Fällen das Recht auf vorläufige Maßnahmen gibt, muss eine solche Abrede auch in einer Rahmenvereinbarung zulässig sein.

²⁰⁴ Henssler FS Hanau, 1999, 413 (423 ff.).

²⁰⁵ BAG NZA 1986, 526 (529); 1987, 248 (249); 1989, 109 (110); aus neuerer Zeit BAG NZA 1999, 662 (663); grundlegend Säcker/Oetker RdA 1992, 16 ff.; vgl. auch Blomeyer SAE 1987, 279 ff.; generell abl. Trümner FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, 395 (402 f.).

²⁰⁶ Zulässig, wenn dem Arbeitgeber eine Freiheit eingeräumt wird, die einem mitbestimmungsfreien Zustand nahekommt, so BAG NZA 1986, 526 (529); 1987, 248 (249); restriktiver BAG NZA 2005, 892 (893 f.); ähnlich BAG NZA 2003, 1155 (1158 f.), wonach der Arbeitgeber nicht das alleinige Gestaltungsrecht über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit haben dürfe.

²⁰⁷ Jousen RdA 2005, 31 (36 ff.), der die zu starke Fokussierung auf das Ergebnis statt auf den Vorgang der Mitbestimmung kritisiert.

3. Eilbedürftigkeit von Interessenausgleichs- und Sozialplanverfahren

Eine besondere Interessenlage besteht bei Verhandlungen über einen Interessenausgleich nach §§ 111 f. BetrVG, die vor der Durchführung der Betriebsänderung abgeschlossen sein müssen. Die Verhandlungen der Betriebspartner verzögern die Betriebsänderung vor allem bei Einigungsstellenverfahren erheblich, was die Unternehmensführung des Arbeitgebers in besonderem Maße betrifft. Die wirtschaftliche Relevanz mag nicht bei allen in § 111 S. 3 BetrVG genannten Betriebsänderungen gleich hoch sein, eine genauere Differenzierung nach Belastungsintensität wäre aber nur im Einzelfall zu ermes- sen und von einer Vielzahl von Faktoren abhängig, so dass es einer Schematisierung bedarf.

1997 waren die Interessenausgleichsverhandlungen auf drei Monate befristet worden.²⁰⁸ Die Regelung wurde kurz darauf von der neuen, SPD-geführten Bundesregierung wieder aufgehoben.²⁰⁹ Dennoch bleibt die Planbarkeit einer Betriebsänderung ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers. Die Verhandlungen einschließlich des Einigungsstellenverfahrens erstrecken sich nicht selten auf einen Zeitraum von 12 bis 18 Monaten. Die daraus resultierende temporäre Handlungsunfähigkeit des Arbeitgebers hat Einfluss auf dessen wirtschaftliche Lage. Zudem kann sich daraus ein Standortnachteil bei Unternehmen und Konzernen mit Betrieben bzw. Unternehmen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ergeben. Die EU hatte die Rahmenrichtlinie 2002/14/EG auch erlassen, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.²¹⁰ Gerade die zeitliche Verzögerung ist eine erhebliche wirtschaftliche Belastung, die bei der Ausgestaltung des Beteiligungsrechts Berücksichtigung finden muss.

Abhilfe sollte auf zwei Wegen erfolgen: Zum einen sollte eine Frist für die Verhandlungen vorgesehen werden, die aber großzügiger zu bemessen ist als die frühere Regelung, die drei Monate für die Verhandlungen einschließlich des Einigungsstellenverfahrens festlegte. Die Einigung durch die Betriebspartner bedarf bei Betriebsänderungen regelmäßig einer Vorbereitung, so dass allein für die Einigung außerhalb der Einigungsstelle eine Frist von drei Monaten vorzusehen ist. Diese Frist beginnt erst ab der vollständigen Information des zuständigen Gremiums über die Betriebsänderung. Dies erzeugt für den

²⁰⁸ Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz v. 25.9.1996, BGBl. I 1476 (1478).

²⁰⁹ Arbeitsrechtliches Korrekturgesetz v. 19.12.1998, BGBl. I 3843 (3850); für deren Wiedereinführung zB Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.I; Hensler FS I. Schmidt, 2021, 147 (154).

²¹⁰ Vgl. Erwgr. 12 Richtlinie 2002/14/EG.

Arbeitgeber einen Anreiz, den Betriebsrat möglichst frühzeitig über die Betriebsänderung zu informieren. Das wirkt dem häufigen Vorwurf entgegen, dass der Arbeitgeber zu spät über die Betriebsänderung unterrichtete.

Zum anderen bedarf es einer Reform des Einigungsstellenverfahrens. Die Einsetzung und die Arbeit der Einigungsstelle sollte generell vereinfacht und beschleunigt werden (→ B.VI.4). Für die Verhandlungen über den Interessenausgleich sollte eine Soll-Vorschrift ergänzt werden, die für die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens zeitlich einen Richtwert vorgibt. Die Überschreitung dieses Richtwerts hat zur Folge, dass der Interessenausgleich hinreichend versucht wurde und die Betriebsänderung durchgeführt werden kann. Dieser Richtwert sollte drei Monate ab der Einigung über die Errichtung der Einigungsstelle bzw. ab dem Antrag auf deren Errichtung beim Arbeitsgericht betragen. Der Arbeitgeber kann nach Ablauf der Frist weiter den Einigungsversuch abwarten. Die Frist soll die Durchführung der Betriebsänderung planbar machen und die wirtschaftliche Belastung durch das Beteiligungsverfahren begrenzen.

4. Überarbeitung des Einigungsstellenverfahrens

Das Kooperationsmodell der Betriebsverfassung sieht für den Konfliktfall eine Schlichtung durch die Einigungsstelle vor. Die Errichtung und die Verhandlung vor der Einigungsstelle sind in der Praxis relativ zeit- und kostenaufwendig. Der Zeitaufwand erhöht sich in nicht unerheblichem Maße durch Rechtsstreitigkeiten rund um die Errichtung der Einigungsstelle, wenn sich die Betriebspartner nicht auf den Vorsitzenden oder die Zahl der Beisitzer einigen. Ein solches Verfahren vor den Arbeitsgerichten, einschließlich des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesarbeitsgericht, kann sechs bis neun Monate in Anspruch nehmen.²¹¹ Die Kosten der Einigungsstelle steigen insbesondere dadurch, dass der Vorsitzende und die externen Beisitzer einen Honoraranspruch haben. Eine Kostenordnung hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales trotz Ermächtigung bisher nicht erlassen.²¹²

Zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen, aber auch allgemein wurden bereits eine Reihe von Reformvorschlägen für das

²¹¹ Kritisch zur Verfahrensdauer Bauer ZIP 1996, 117 (118); Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (150 f.); Kramer NZA 2005, 135 (139 f.).

²¹² Kritisch Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (154 ff.); Kramer NZA 2005, 135 (139 f.); s. auch Bauer NZA 1992, 433 ff., der aber später relativiert s. Bauer/Röder FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 41 (58); ähnlich Kania FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 277 (286 f.).

Einigungsstellenverfahren vorgelegt.²¹³ Entscheidend für die Überarbeitung des Einigungsstellenverfahrens ist nicht allein die Beschleunigung oder die Kostenersparnis. In jedem Fall muss eine funktions-tüchtige Einigungsstelle gewährleistet sein, deren Spruch von den Betriebspartnern wegen des Vertrauens in die Personen und das Verfahren akzeptiert werden kann. Auch wenn dem Spruch der Einigungsstelle ersetzende Wirkung zukommt, kann er den Konflikt zwischen den Betriebspartnern nicht befrieden, wenn Unzufriedenheit mit dem Einigungsstellenverfahren bzw. dessen Ergebnis besteht. Dabei sind Sachkunde und Vertrauen in die handelnden Personen von besonderer Bedeutung.

Zur Vereinfachung und Beschleunigung des Einigungsstellenverfahrens ist insbesondere im Fall der erzwingbaren Mitbestimmung eine Errichtung von Einigungsstellen auf Antrag einer Partei bei den Arbeitsgerichten zu erwägen.²¹⁴ Für die Einsetzung des Vorsitzenden durch das Arbeitsgericht sollte die gleiche Frist wie in § 100 Abs. 1 S. 6 ArbGG gelten. Eine solche schnelle Besetzung der Position des Einigungsstellenvorsitzenden ist vor allem mit Arbeitsrichtern möglich. Es ist zu erwägen, ob bei den Arbeitsgerichten eine Liste von Einigungsstellenvorsitzenden zu führen ist, in das sich auch andere Personen mit der Befähigung zum Richteramt eintragen lassen können. Um den gewünschten Beschleunigungseffekt zu erreichen, muss das Verfahren aber zeitnah beginnen, was nur möglich ist, wenn der eingesetzte Einigungsstellenvorsitzende dafür Zeit hat. Insofern muss die Einsetzung vom designierten Vorsitzenden abgelehnt werden können, falls die zeitgerechte Durchführung des Verfahrens nicht möglich ist. Das verzögert die Errichtung der Einigungsstelle. Das spricht eher für eine Besetzung dieser Einigungsstellen mit Arbeitsrichtern. Zum Erhalt der Gestaltungsmöglichkeiten für die Betriebspartner und mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der professionellen Schlichter bleibt es stets möglich, eine Einigungsstelle außerhalb des Arbeitsgerichts zu errichten.

Für die Einigungsstelle beim Arbeitsgericht sollte der Vorsitzende alle weiteren verfahrensleitenden Entscheidungen treffen. Er legt die Zahl der Beisitzer fest und setzt den Betriebspartnern eine Frist für deren Benennung. Dabei kann der Vorsitzende vorgeben, dass mindestens ein Beisitzer betriebsangehörig ist. Das dient weniger der Kostenersparnis, sondern der Nähe des Beisitzers zum Betrieb, Unternehmen oder Konzern. Eine weitergehende Beschränkung der Auswahl der Beisitzer (zB auf den Kreis der ehrenamtlichen Richter

²¹³ Bauer NZA 1992, 433 ff.; Bauer ZIP 1996, 117 ff.; Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 ff.; Kramer NZA 2005, 135 ff.; für eine differenzierende Lösung nach Unternehmensgröße Kania FS 100 Jahre Betriebsverfassung, 2020, 277 (287 f.).

²¹⁴ Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (151 f.).

oder eine Beisitzerliste aus Vertretern der Sozialpartner) empfiehlt sich hingegen nicht. Auf diesem Weg lässt sich nicht sicherstellen, dass die Beisitzer die Interessen der Betriebspartner angemessen repräsentieren und dass sie über die notwendige Sachnähe und Sachkunde verfügen. Selbstgewählte Beisitzer erhöhen das Vertrauen in die Arbeit der Einigungsstelle und stärken deren Fähigkeit zur Konfliktlösung. Ergänzend sollte jeder Betriebspartner das Recht haben, einen Beisitzer der Gegenseite ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Das erlaubt es, persönliche Konflikte aus der Einigungsstelle herauszuhalten und die Einigungschancen zu verbessern.

Das Verfahren der Einigungsstelle sollte nicht befristet werden, weil der Verfahrensumfang je nach Angelegenheit stark variiert, so dass eine Frist dysfunktional wirkt (anders zum Interessenausgleich → B.VII.3).²¹⁵ Sofern eine besondere Eilbedürftigkeit aus sachlichen Gründen besteht, sollte der Vorsitzende der Einigungsstelle vorläufige Regelungen bestimmen dürfen.²¹⁶ Für das Einigungsstellenverfahren bei den Arbeitsgerichten sind die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers und eine Kostenordnung zu regeln. Insoweit sollten unternehmensangehörige Beisitzer, ebenso wie es § 76a Abs. 2 BetrVG vorsieht, keine Vergütung erhalten, sondern eine Entgeltfortzahlung analog § 37 Abs. 2, 3 BetrVG.

Entscheiden sich die Parteien für die Errichtung einer Einigungsstelle außerhalb der Arbeitsgerichte, so bedarf es einer effektiveren Lösung der Konflikte um die Besetzung der Einigungsstelle. Zur Beschleunigung ist eine Streichung des Beschwerdeverfahrens nach § 100 Abs. 2 ArbGG zu erwägen.²¹⁷ Auch bei Schiedsgerichten ist die Benennung eines Schiedsrichters nach § 1035 Abs. 3 ZPO unanfechtbar (§ 1065 Abs. 1 S. 2, § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), um die Konstituierung zu beschleunigen. Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch nach Art. 103 Abs. 1 GG und der Schutz des Rechtswegs nach Art. 19 Abs. 4 GG²¹⁸ machen es zwar erforderlich, die Einsetzung des Einigungsstellenvorsitzenden oder die Bestimmung der Zahl der Beisitzer überprüfen zu können. Die verfassungsrechtlich gebotene rechtliche Überprüfung kann aber im Verfahren gegen den Spruch der Einigungsstelle erfolgen.

²¹⁵ Ähnlich Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (154).

²¹⁶ Ebenso Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (154).

²¹⁷ Dafür auch Bauer ZIP 1996, 117 (119); Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (151); ebenso I. Schmidt nach dem Diskussionsbericht von Henssler NZA-Beilage 2020, 3 (9).

²¹⁸ Vgl. zum Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG BVerfGE 107, 395 (403 f.); differenzierend v. Münch/Kunig, GG/Ernst, 8. Aufl. 2025, Art. 19 Rn. 137; Maunz/Dürig, GG/Schmidt-Aßmann, 92. EL 2020, Art. 19 IV Rn. 98 ff., wonach die nicht spruchrichterliche Tätigkeit von Art. 19 Abs. 4 GG erfasst ist.