

C. Flexibilisierung der Betriebsverfassung – vereinbarte Arbeitnehmerbeteiligung

I. Von der gesetzlichen Arbeitnehmerrepräsentation zur vereinbarten Arbeitnehmerbeteiligung

Die Betriebsverfassung war als gesetzlich geregelte Interessenvertretung zunächst nur in geringem Umfang autonomer Gestaltung zugänglich. Zulässig waren ursprünglich punktuelle Verbesserungen der Organisation (§ 38 Abs. 1 S. 5, § 47 Abs. 4, § 55 Abs. 4 BetrVG) und eine Erweiterung der Beteiligungsrechte.²¹⁹ Eine Gestaltung der formalen Betriebsverfassung erlaubte § 3 BetrVG aF anfangs nur mit Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde.²²⁰ Erst die Reform des BetrVG von 2001 erweiterte die Gestaltungsmöglichkeiten und beseitigte den Zustimmungsvorbehalt. Die autonome Gestaltung muss stets eine wirksame und zweckdienliche bzw. sachgerechte Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen bewirken. Zusätzliche Arbeitnehmervertretungen müssen die Zusammenarbeit zwischen Betriebsräten bzw. zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern. Beides unterliegt gerichtlicher Kontrolle.²²¹

Die verhandelte Mitbestimmung für den Europäischen Betriebsrat sowie die unionsrechtlich harmonisierte Unternehmensmitbestimmung liefern heute ein Modell für eine weitergehende Gestaltbarkeit der Interessenvertretung. Dies war insbesondere für grenzüberschreitende Sachverhalte notwendig, um den Eigenarten des grenzüberschreitenden Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe und deren Arbeitnehmervertretung in den verschiedenen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen und eine adäquate Arbeitnehmerrepräsentation festzulegen. Ein Bedarf nach Gestaltbarkeit besteht aber auch bei inländischen Sachverhalten wegen der Vielgestaltigkeit der Arbeits- und Unternehmensorganisation, auf deren Eigenarten das gesetzliche Grundmodell keine Rücksicht nehmen kann (→ A.II).²²² Ein adäqua-

²¹⁹ BGH NZA 1988, 699; MHdB ArbR/Arnold, 6. Aufl. 2025, § 315 Rn. 20; DKW/Däubler (Fn. 61), Einl. Rn. 89ff.; Fitting (Fn. 57), § 1 Rn. 344; ausführlich Wietfeld ZfA 2026, Heft 2 (erscheint demnächst); aA Richardi BetrVG/Richardi/Picker (Fn. 3), Einl. Rn. 147f.

²²⁰ Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 14/5471, 33. Zur Historie K. Schmidt FS 100 Jahre Betriebsverfassung, 2020, 693 (694ff.).

²²¹ BAG NZA 2009, 1424 Rn. 22; 2013, 738 Rn. 32. Zur abschließenden Regelung in § 3 BetrVG Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 31; Krebber (Fn. 65), 345.

²²² Für eine Erweiterung der Gestaltbarkeit der Betriebsverfassung Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (122); Günther/Böglmüller NZA 2015, 1025 (1027f.);

tes gesetzliches Grundmodell für die betriebliche Mitbestimmung bleibt unverzichtbar. Es sichert die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung, so dass Verhandlungen nur dann notwendig sind, wenn die Betriebspartner eine Anpassung für eine sachgerechte Arbeitnehmervertretung für vorteilhaft halten.²²³

Da es sich bei der Betriebsverfassung um ein zwingendes, gesetzlich geregeltes Repräsentationsmodell handelt, ist der Umfang der Verhandlungsautonomie vom Gesetzgeber festzulegen²²⁴ und muss sich an der Funktion der Betriebsverfassung sowie den verfassungsrechtlich garantierten Rechten Dritter orientieren. Das EBRG erlaubt eine Vereinbarung über das zu errichtende Gremium, seine Zusammensetzung und Arbeitsweise sowie die Beteiligungsrechte in grenzüberschreitenden Angelegenheiten. Dabei sind Grundprinzipien (Kooperationsgebot, Vertraulichkeit, Schutz der Arbeitnehmervertreter, Rolle der Gewerkschaften) verbindlich vorgegeben²²⁵ und eine über die Unterrichtung und Beratung in grenzüberschreitenden Angelegenheiten hinausgehende Mitbestimmung kann nicht eingeführt werden.²²⁶

Auch das BetrVG muss einen solchen Rahmen vorgeben. Dazu sollten die Grundprinzipien der Betriebsverfassung, die Stellung der Betriebsratsmitglieder und ihr Schutz gehören, um das Konzept der Betriebsverfassung abzusichern.²²⁷ Das Wahl- und das Beschlussverfahren als Legitimationsverfahren (einschließlich der Amtszeit) sollten ebenfalls einer Vereinbarung entzogen sein. Die Verhandlungslösung zielt primär auf eine Anpassung der Betriebsverfassung an die Eigenarten des Betriebes, Unternehmens oder Konzerns, auf deren Ergänzung und auf das Verhältnis der Repräsentations-

Henssler FS Kittner, 2021, 146 (152f.); Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 93f.; Schubert (Fn. 16), 66ff.

²²³ Vgl. zur autonomen Gestaltung bei Matrixorganisationen zB Maschmann/Fritz Matrixorganisationen/Berger (Fn. 88), 3. Kap. Rn. 433ff.; Kort BB 2021, 1204 (1207f.); Schubert (Fn. 16), 56ff.

²²⁴ Vgl. zu den Vorgaben für die Übertragung von Regelungsbefugnissen BVerfGE 64, 208 (214ff.). Zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch § 3 BetrVG BAG NZA 2009, 1424 Rn. 19f.; Annuß NZA 2002, 290 (291f.); GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 3 Rn. 69; Frieze ZfA 2003, 237 (248); aA Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, 307ff.; ebenso Picker RdA 2001, 257 (279ff.).

²²⁵ HWK/Giesen, Arbeitsrecht-Kommentar, 11. Aufl. 2024, EBRG Rn. 54; Schubert in Schubert/Schmitt EAS B 8300 Rn. 169; aA zu § 35 EBRG DKW/Däubler (Fn. 61), § 18 EBRG Rn. 11.

²²⁶ Fitting (Fn. 57), EBRG Rn. 64a; GK-BetrVG/Oetker (Fn. 2), Bd. I Anh. 2 EBRG § 17 Rn. 9; Schubert in Schubert/Schmitt EAS B 8300 Rn. 199f. mwN; aA NK-EBRG/Blanke/Kunz, 3. Aufl. 2019, § 17 Rn. 23; DKW/Däubler (Fn. 61), EBRG § 18 Rn. 13.

²²⁷ So zu den Grundprinzipien der Betriebsverfassung Franzen NZA 2008, 250 (254).

ebenen zueinander. Nicht kollektivvertraglich regelbar ist das Verhältnis der Betriebsverfassung zur Tarif- und Privatautonomie, das grundrechtlich determiniert ist. Auch die Bindung an das zwingende Recht und § 75 BetrVG sind zentrale Vorgaben für das Verhältnis zu den Arbeitnehmern und Teil des vereinbarungsfesten Kerns des BetrVG.

Eine autonome Gestaltung kommt zum einen hinsichtlich der formalen Betriebsverfassung in Betracht. Sie kann die Gremien der Arbeitnehmervertretung, die repräsentierte Organisationseinheit und Zuständigkeitsabgrenzung erfassen. Gestaltungsspielräume bestehen zum anderen bei der materiellen Betriebsverfassung. Das BetrVG erlaubt bisher keine Verschlechterung der Beteiligungsrechte, sondern allenfalls eine Erweiterung auf der Grundlage von § 77 Abs. 3, 4 BetrVG.²²⁸ Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn das BetrVG eine Regelungskompetenz hierfür einräumt. Die Richtlinien des Unionsrechts ziehen hierfür aber eine Untergrenze.

Rechtlicher Gestaltungsbedarf besteht derzeit vor allem im Bereich der formalen Betriebsverfassung, um der veränderten Organisation infolge der Digitalisierung und Globalisierung adäquat Rechnung zu tragen. Daher konzentrieren sich die Vorschläge auf solche Vereinbarungen. Bei der Gestaltung muss der Gesetzgeber zwar den skizzierten Rahmen setzen, er kann aber mit kleinen Generalklauseln arbeiten.²²⁹ Als Regelungsgegenstände sollten angesichts der bereits deutlich gewordenen Regelungsbedarfe angeführt werden: (1) andere Arbeitnehmervertretungen, (2) zusätzliche Arbeitnehmervertretungen, (3) Abgrenzung der repräsentierten Organisationseinheit und (4) Regelung von Zuständigkeiten (einschließlich der Zuordnung von Beteiligungsrechten).

In jedem Fall muss die Vereinbarung eine wirksame und geeignete Arbeitnehmervertretung mit Rücksicht auf die Schutz- und Teilhabefunktion der Betriebsverfassung darstellen. Diese darf weder dazu führen, dass Arbeitnehmer, die nach dem gesetzlichen Modell repräsentiert worden wären, nicht erfasst sind²³⁰ oder dass Beteiligungsrechte entfallen. Zudem muss sichergestellt sein, dass die Repräsentationsorgane bei den Entscheidungsträgern verortet sind (vgl. §§ 47, 54 BetrVG) und eine klare Funktionsabgrenzung zwischen verschiede-

²²⁸ Siehe Fn. 222.

²²⁹ Zur erforderlichen Festlegung des wesentlichen Inhalts der Vereinbarung BVerfGE 64, 208 (215); aA Giesen (Fn. 225), 223 f., der eine bis in die Einzelheiten konkrete gesetzliche Regelung verlangt.

²³⁰ Ähnlich § 17 S. 2 EBRG, der verlangt, dass die Vereinbarung alle in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer erfasst; s. auch Friese ZfA 2003, 237 (257) unter Verweis auf § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 50 Abs. 1 Satz 2, § 58 Abs. 1 Satz Hs. 2 BetrVG.

nen Repräsentationsorganen besteht (vgl. §§ 50, 58 BetrVG). Relevant ist auch die räumliche Nähe zwischen Belegschaft und Repräsentationsorgan, während die kostengünstigere Gestaltung kein Kriterium ist.²³¹ Die Gestaltung, die eine Modifikation des BetrVG bewirkt, bleibt auf dessen Anwendungsbereich beschränkt. In grenzüberschreitenden Angelegenheiten in der EU ist das EBRG maßgebend. Weitergehende Vereinbarungen sind nur als schuldrechtliche Abreden möglich.

In jedem Fall werden die Sozial- bzw. Betriebspartner prüfen müssen, ob die Besonderheiten der Organisation, auf die eine abweichende Vereinbarung reagiert, eine gewisse Dauerhaftigkeit haben.²³² Vereinbarungen, die an einer Organisation anknüpfen, die alsbald wegfällt, sind wegen Zweckfortfalls nichtig (§ 275 Abs. 1 BGB analog).²³³ Folgerichtig bedarf es auch einer Erweiterung der Regelung zum Übergangsmandat im BetrVG.²³⁴ Sofern die Organisationseinheit, für die eine Arbeitnehmervertretung vereinbart wurde, nicht mehr besteht, muss die Arbeitnehmervertretung fortbestehen, soweit die Organisationseinheit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfüllt und nicht in einen Betrieb eingegliedert wurde, in dem ein Betriebsrat besteht.

Am Dringendsten ist derzeit eine Gestaltbarkeit der formalen Betriebsverfassung über den Status quo des BetrVG hinaus. Hierzu ist eine Reform des § 3 BetrVG erforderlich, der sich nicht auf die Arbeitnehmervertretungen und die repräsentierten Organisationseinheiten beschränkt, sondern auch die Abgrenzung der Organisationseinheiten und die Regelung der Zuständigkeit erfassen sollte. Unabhängig davon, sollte auch eine Gestaltbarkeit des materiellen Betriebsverfassungsrechts diskutiert werden, um eine umfassendere Gestaltung der Beteiligungsrechte zu ermöglichen. Zudem bedarf der weite Tarifvorbehalt einer Reform. Die Regelung der Betriebsverfassung sollte – ebenso wie bei der Europäischen Betriebsverfassung – (auch) Sache der Betriebspartner sein. Wegen der besonderen Verzahnung von Sozialpartnerschaft und Betriebspartnerschaft steht das BetrVG abweichenden Vereinbarungen der Sozialpartner offen.

²³¹ Friese ZfA 2003, 237 (257).

²³² Darauf verweist auch Wisskirchen/Block NZA-Beilage 2017, 90 (94).

²³³ Vgl. Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 86; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 3 Rn. 61 f.; vgl. auch BAG NZA-RR 2012, 186 Rn. 43; NZA 2023, 1414 Rn. 30; K. Schmidt Jahrbuch Arbeitsrecht 49 (2012), 79 (89); Schubert (Fn. 16), 76.

²³⁴ Siehe auch § 21a DGB-Entwurf.

II. Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeiten nach § 3 BetrVG

1. Arbeitnehmervertretungen und deren repräsentierte Organisationseinheit

a) Andere Arbeitnehmervertretungen – Reform des § 3 Abs. 1 Nr. 1–3, Abs. 5 BetrVG

Die Ausgestaltung der Betriebsverfassung beschränkt sich bisher auf die Vereinbarung zusätzlicher Arbeitnehmervertretungen iS einer Ergänzung des gesetzlichen Repräsentationsmodells (§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 5 BetrVG) und anderer Arbeitnehmervertretungen iS einer Ersetzung durch ein anderes Repräsentationsmodell (§ 3 Abs. 1 Nr. 1–3 BetrVG). Die Tatbestände in § 3 Abs. 1 BetrVG gehen auf die Veränderungen der Unternehmensorganisation in den 1980er und 1990er Jahren zurück (zB Spartenorganisation, fraktale Fabrik, Unternehmensnetzwerke), erfassen neuere Veränderungen der Arbeits- und Unternehmensorganisation wie die Matrixorganisation aber nicht spezifisch.²³⁵

Fortbestehen sollte § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der unternehmenseinheitliche Betriebsräte und somit eine Beseitigung der Betriebsebene erlaubt. Damit geht eine Vertretungsebene verloren. Dies kommt bei einer Zentralisierung von Entscheidungsbefugnissen in Betracht, es darf aber nicht zu einer erheblichen Verschlechterung der Interessenvertretung nach dem gesetzlichen Modell kommen.²³⁶ Die Regelung erlaubt es nicht, Arbeitnehmervertretungen für einzelne Arbeitnehmergruppen oder Untereinheiten des Betriebs vorzusehen. Hierfür besteht kein so wesentlicher Bedarf, weil die Aufteilung in Betriebs- teile bzw. die Verselbständigung von Arbeitsgruppen bei der Arbeitnehmerbeteiligung (vgl. § 28a BetrVG) bereits möglich ist. Zur Vervollständigung des Regelungskanons ist eine Ergänzung der Norm aber möglich.

Mehr Gestaltungsspielraum ist vor allem bei Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation erforderlich.²³⁷ § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erlaubt keine Gestaltung unternehmensübergreifender Gremien,²³⁸ so dass auf die abweichende Struktur und die Zentralisie-

²³⁵ Kort BB 2021, 1204 (1207f.); Schubert (Fn. 16), 58 ff.; generell für eine Erweiterung der Gestaltbarkeit der Betriebsverfassung K. Schmidt FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 693 (703).

²³⁶ Witschen RdA 2016, 38 (44).

²³⁷ Schubert (Fn. 16), 66 ff.

²³⁸ BAG NZA 2013, 738 Rn. 35; Maschmann/Fritz, Matrixorganisationen/Berger (Fn. 88), 3. Kap. Rn. 434.

zungstendenz der Matrixorganisation bei der Ausübung der fachlichen und disziplinarischen Leitungsmacht nicht reagiert werden kann.²³⁹ § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erlaubt zwar die Bildung von Spartenbetriebsräten. Als Sparten gelten aber nur produkt- und projektbezogene Geschäftsbereiche.²⁴⁰ Das erfasst nicht ohne weiteres die Funktionsbereiche in einer Matrixorganisation.²⁴¹ Selbst eine weite Auslegung des Begriffs führt nur zur Einbeziehung divisionaler objektbezogener Organisationsstrukturen (zB Gliederung nach Funktionen, Absatzmärkten, Regionen)²⁴² und erfasst die Funktionsbereiche einer Matrix nicht zweifelsfrei. Zudem kennen Spartenorganisationen keine vergleichbare Aufspaltung von fachlichem und disziplinarischem Weisungsrecht. Spartenbetriebsräte ermöglichen insofern keine sachgerechte Arbeitnehmerrepräsentation.

§ 3 Abs. 1 BetrVG sollte eine Repräsentation der Arbeitnehmer in den Funktions- oder Geschäftsbereichen der Matrixorganisation erlauben, sofern dort Leitungsmacht in sozialen und personellen Angelegenheiten in erheblichem Maße verortet ist, so dass ein Schutz- und Teilhabebedarf besteht.²⁴³ Nachteilig kann dabei die räumliche Entfernung bzw. die Grenzüberschreitung innerhalb eines Geschäftsbereichs sein. Sofern jedoch Arbeitnehmervertretungen in Teilen solcher Einheiten vorgesehen sind, lassen sich Arbeitnehmerinteressen – ebenso wie bei den Betriebsteilen – zweckmäßig repräsentieren. Insofern bedarf es, ebenso wie bei § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, eines Gestaltungsspielraums für die Erfassung von geeigneten Organisationseinheiten innerhalb der Funktions- und Geschäftsbereiche. Die Tatbestände sind nicht zu eng zu fassen, damit auch Vereinbarungen bei teiltintegrierten Matrixorganisationen möglich sind. In jedem Fall setzt die Ausgestaltung der Arbeitnehmervertretungen für die Organisationsseinheiten voraus, dass in diesen Einheiten Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten besteht. Ansonsten ist keine sachgerechte Arbeitnehmervertretung möglich.

Dieser Regelungsbedarf entfällt nicht durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Die Norm wird eng ausgelegt, so dass alternative Arbeitnehmer-

²³⁹ Maschmann FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (471); zur Zentralisierung Schubert (Fn. 16), 41 f.

²⁴⁰ GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 3 Rn. 12, der aber für eine weitergehende Auslegung eintritt.

²⁴¹ Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 39; Kort BB 2021, 1204 (1207 f.); Maschmann FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (471 f.); DKW BetrVG/Trümner (Fn. 61), § 3 Rn. 64.

²⁴² GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 3 Rn. 12; Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 3 Rn. 26; aA Bauer/Herzberg NZA 2011, 713 (718); Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 39; DKW BetrVG/Trümner (Fn. 61), § 3 Rn. 64.

²⁴³ Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), B.I.3.a; Henssler FS Kittner, 2021, 147 (152); Schubert (Fn. 16), 67.

vertretungen nur zulässig sind, wenn das BetrVG aufgrund besonderer Umstände keine sachgerechte Arbeitnehmervertretung ermöglicht.²⁴⁴ Daher ist unsicher, ob die Betriebsverfassung in Sonderfällen wie Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften oder Unternehmensnetzwerken durch Vereinbarungen gestaltet werden kann.²⁴⁵ Das gilt auch für die Erfassung einer unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit außerhalb von Konzernsachverhalten.²⁴⁶ Zur Verbesserung der Gestaltungsmöglichkeiten sollte § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erweitert bzw. um eine neue Nummer ergänzt werden. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kann in der vorliegenden Form fortgeführt werden, um keine Generalklausel zu schaffen. Allerdings muss die gerichtliche Kontrolle die Sachnähe und den Beurteilungsspielraum der kollektiven Akteure hinreichend berücksichtigen (→ C.II.4).

Ein weiteres Gestaltungshindernis besteht darin, dass derzeit nicht klar ist, ob die Sozial- und Betriebspartner – wie es § 3 Abs. 5 BetrVG auszudrücken scheint – nur die unterste Ebene (Betriebs Ebene) gestalten können, indem an die Stelle des Betriebs eine andere Organisationseinheit tritt.²⁴⁷ Insoweit bedarf es einer Änderung des § 3 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG sowie des § 3 Abs. 5 BetrVG dahingehend, dass sich die Gestaltung auf alle Ebenen der Arbeitnehmerrepräsentation erstrecken kann.²⁴⁸ Gerade bei abweichenden, unternehmensübergreifenden Strukturen wie einer Matrixzelle ist ein Gesamtbetriebsrat auf Unternehmensebene keine zielführende Arbeitnehmervertretung. Vielmehr bedarf es eines Gremiums, das die Angelegenheiten behandelt, die zB mehrere Geschäfts- oder Funktionsbereiche betreffen.

b) Zusätzliche Arbeitnehmervertretungsgremien

Gestaltungsbedarfe bestehen schließlich bei der Errichtung zusätzlicher Arbeitnehmervertretungsgremien, die mit den Gremien nach dem gesetzlichen Modell kombiniert werden. Diese lassen sich nicht vollständig durch die bisherigen Regelungen in § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG befriedigen.²⁴⁹ Arbeitsgemeinschaften (Nr. 4) sind keine Or-

²⁴⁴ BAG NZA 2013, 738 Rn. 38 ff.; zu engen Auslegung Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 3 Rn. 39.

²⁴⁵ Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 48; Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (119).

²⁴⁶ Plander NZA 2002, 483 (485); Schubert (Fn. 16), 64; Wisskirchen/Block NZA-Beilage 2017, 90 (93).

²⁴⁷ Für ein weites Verständnis ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 3 Rn. 5; Maschmann FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 463 (473); aA Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (120); Krebber (Fn. 65), 338 f.; Thüsing ZIP 2003, 693 (703 f.).

²⁴⁸ Vgl. § 3 Abs. 1 DGB-Entwurf; Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 7), 107 (121).

²⁴⁹ Zur Matrixorganisation Schubert (Fn. 16), 65 f. Vgl. zum Beispiel eines Industrieparks Wisskirchen/Block NZA-Beilage 2017, 90 (94).

gane der Arbeitnehmerbeteiligung, und zusätzliche Vertretungen der Arbeitnehmer (Nr. 5) sollen nur die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern. Bei Matrixorganisationen erlaubt dies neben der Arbeitnehmervertretung des Geschäftsbereichs bzw. Funktionsbereichs einen Koordinierungsausschuss, wenn an einem Standort mehrere Geschäfts- oder Funktionsbereiche angesiedelt sind.²⁵⁰ Auch bei Unternehmenskooperationen hat das Koordinierungsgremium eine unterstützende Funktion. § 3 Abs. 1 BetrVG erlaubt aber bisher nicht, diesem die für eine Unternehmenskooperation wesentlichen Beteiligungsrechte zu übertragen. Dies ist auch nicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zulässig. Insofern ist zumindest eine Erweiterung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG dahingehend vorzunehmen, dass für Unternehmenskooperationen eine Übertragung von Beteiligungsrechten auf eine Arbeitsgemeinschaft erlaubt.²⁵¹ Auch in diesem Fall muss gelten, dass die Beteiligungsrechte für alle Arbeitnehmer fortbestehen müssen.

2. Vereinbarungen über die Abgrenzung von Betrieben und Betriebsteilen

Ein allgemeines Defizit des § 3 Abs. 1 BetrVG besteht darin, dass er sich auf die Regelung der Arbeitnehmervertretung bezieht. Daher bestehen mindestens Zweifel, ob die Betriebs- und Sozialpartner die Möglichkeit haben, die Abgrenzung von Betrieben oder Betriebsteilen zu regeln. Einen vergleichbaren Zuordnungstarifvertrag sah § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG aF vor. Spezifische Probleme agiler, mobiler oder virtueller Arbeit und deren Organisation lassen sich dadurch lösen. Zudem können die Unsicherheiten bei der Abgrenzung von Betrieben und Betriebsteilen, die die Umsetzung der Betriebsverfassung behindern, dadurch beseitigt werden.

Auch die Zuordnung von agilen oder virtuellen Teams zu einem bestimmten Betrieb, die in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet, lässt sich durch solche Vereinbarungen bewältigen. Das gilt erst recht, wenn diese betriebs- und unternehmensübergreifend mit Arbeitnehmern besetzt sind. Grundsätzlich erfolgt die Zuordnung der Teams anhand derselben Kriterien, die zur Abgrenzung von Betrieben dienen. Die erforderliche Gesamtwürdigung macht eine Tatsachenentscheidung der Gerichte erforderlich, die schwer vorhersehbar ist. Das Risiko der Fehleinschätzung gefährdet nicht nur die Errichtung von Betriebsräten, sondern verursacht auch Streitigkeiten in der Folgezeit. Zudem hat diese Zuordnung auch Folgen für die Betriebs-

²⁵⁰ Schubert (Fn. 16), 70.

²⁵¹ Zum Ergänzungsbedarf Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 94; Schubert (Fn. 16), 68; ebenso Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (125).

zugehörigkeit der Arbeitnehmer und damit für die Bestimmung der Zuständigkeit des Betriebsrats für das Wahlrecht.

Für eine sachgerechte und effektive Arbeitnehmervertretung ist es daher zielführend, eine Vereinbarung über die Abgrenzung von Betrieben und Betriebsteilen zu ermöglichen. Dabei können die Vereinbarungen auf konkrete Organisationseinheiten bezogen sein. Denkbar ist auch die Festlegung allgemeiner Kriterien für die Zuordnung der Teams zu einzelnen Betrieben (zB Arbeitsort der Mehrzahl der Teammitglieder). Grundsätzlich ist die Entscheidung über die Organisation zwar Sache des Arbeitgebers und die Betriebsverfassung ist organisationsakzessorisch. A maiore ad minus sollte der Arbeitgeber aber die Möglichkeit haben, die betriebsverfassungsspezifische Organisation mit dem Sozial- oder Betriebspartner zu vereinbaren. Sofern solche Vereinbarungen nicht erstreikbar oder erzwingbar sind (→ C.IV), bewirkt diese Gestaltungsoption keinen unangemessenen Eingriff in die Rechte des Arbeitgebers.

3. Regelung der Zuständigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Gremien

Ein Gestaltungsbedarf besteht auch hinsichtlich der Zuständigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Gremien. Das resultiert nicht nur aus den Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung der Zuständigkeitsregeln (→ B.IV.1). Bei Arbeitnehmern, die unternehmensübergreifend eingesetzt werden, kann die Notwendigkeit bestehen, die Verteilung der Zuständigkeit zwischen dem Betriebsrat im Betrieb des Vertragsarbeitgebers und im Einsatzbetrieb zu klären (→ B.I). Schließlich sollte die Möglichkeit eröffnet werden, den anderen und den zusätzlichen Arbeitnehmervertretungen Zuständigkeiten durch Vereinbarung zuzuordnen, um diese aufeinander abzustimmen (→ C.II.1.b). Ein Gestaltungsbedarf entsteht auch bei einer starken Zentralisierung der Entscheidungen, insbesondere in der Matrixorganisation, die eine Ausdifferenzierung auf Betriebsebene nicht zulässt.

Ein gestaltendes Einwirken auf die Zuständigkeitsverteilung ist nach bisherigem Recht nur in eingeschränktem Maße möglich. Zum einen kann der Arbeitgeber die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit betriebs-, unternehmens- oder konzernbezogen dimensionieren, mit der Folge, dass jeweils eine andere Arbeitnehmervertretung zuständig ist. Zum anderen kann der Betriebsrat bzw. der Gesamtbetriebsrat das Beteiligungsrecht an den Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat delegieren (§ 50 Abs. 2, § 58 Abs. 2 BetrVG).

Den Sozial- und Betriebspartnern sollte eine weitergehende Gestaltung der Zuständigkeit ermöglicht werden.²⁵² Das gilt sowohl für die

²⁵² Ähnlich Franzen NZA 2008, 250 (254); Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.IV.2.

Verteilung der Beteiligungsrechte zwischen Gremien als auch für die Zuständigkeit zwischen Betriebsrat, Gesamt- und Konzernbetriebsrat. Solche Vereinbarungen können sich auf einzelne oder eine Mehrzahl von Angelegenheiten bzw. Beteiligungsrechten beziehen. Eine Ausnahme ließe sich für personelle Einzelmaßnahmen wegen der notwendigen Arbeiternähe erwägen.²⁵³ Allerdings erlaubt § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG schon jetzt, dass ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat gebildet wird, was zwangsläufig zu einer vom gesetzlichen Grundmodell abweichenden Verortung der zuständigen Arbeitnehmervertretung führt. In allen Fällen muss eine wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung sichergestellt sein. Insbesondere dürfen keine Beteiligungsrechte verloren gehen oder funktionslos werden.

4. Qualitative Anforderungen an die Gestaltung und gerichtliche Kontrolle

Die vereinbarte Mitbestimmung nach § 3 BetrVG unterliegt einer gerichtlichen Kontrolle.²⁵⁴ So erlaubt § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zwar die Bildung des Betriebsrats auf Unternehmensebene, diese Abweichung ist jedoch genau zu begründen.²⁵⁵ Darüber hinaus verlangt § 3 Abs. 1 BetrVG eine sachgerechtere Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen (Nr. 1) oder Betriebsratsaufgaben (Nr. 2) bzw. eine wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer (Nr. 3). Sofern man die Gestaltung der zusätzlichen Gremien (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG) auf die Übertragung von Beteiligungsrechten erweitert, sind vergleichbare Anforderungen zu stellen.

Diese qualitativen Anforderungen begrenzen neben den indisponiblen Vorgaben die Gestaltungsmöglichkeiten der Sozial- und Betriebspartner und tragen somit dazu bei, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Delegation der Rechtssetzungsmacht zu genügen. Insoweit reicht es jedoch aus, allgemein vorzugeben, dass die Interessenvertretung wirksam und zweckmäßig sein und sicherstellen muss, dass die Arbeitnehmer durch die Vereinbarung ihre Interessenvertretung nicht verlieren und die Beteiligungsrechte fortbestehen.

Eine Beschränkung auf die sachgerechtere Gestaltung, wie es § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2 BetrVG fordert, ist mit Rücksicht auf die Sachnähe der

²⁵³ Vgl. mit anderem Ansatz Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), D.IV.2.

²⁵⁴ BAG NZA 2001, 1149 (1151); 2013, 738 Rn. 41; 2020, 881 Rn. 16; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 3 Rn. 8; Friese ZfA 2003, 237 (257); Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 3 Rn. 101. Zur Konkretisierungsbedürftigkeit der Regelung BAG NZA 2009, 1424 Rn. 22; vgl. auch Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), B.I.3.a. Für ein weites Gestaltungsermessen der Sozialpartner Friese ZfA 2003, 237 (257); DKW BetrVG/Trümner (Fn. 61), § 3 Rn. 216.

²⁵⁵ ZB Entscheidungen primär auf Unternehmensebene, Vermeidung von Lücken in der Arbeitnehmerrepräsentation, Erreichen von Schwellenwerten.

Sozial- und Betriebspartner indes nicht notwendig. Ihre widerstreitenden Interessen stellen sicher, dass es nicht zu einseitigen Regelungen kommt. Im Zweifelsfall können die Arbeitgeber bzw. Gewerkschaften oder die Betriebsräte, Gesamt- bzw. Konzernbetriebsräte eine Vereinbarung schlicht ablehnen, so dass es beim gesetzlichen Grundmodell bleibt. Außerdem ist für ein Gericht nur schwer zu rationalisieren, wann eine Arbeitnehmervertretung nicht nur sachgerecht, sondern sachgerechter ist. Daher ist den Sozial- und Betriebspartnern eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit der vereinbarten Arbeitnehmerbeteiligung einzuräumen.

Dem steht nicht entgegen, dass Sozialpartner bei der Ausgestaltung der Betriebsverfassung Eigeninteressen haben. Sozialpartnerschaft und Betriebspartnerschaft waren insbesondere in Großbetrieben als Kooperation erfolgreich. Zudem haben die Gewerkschaften eigene Aufgaben und Rechte im Rahmen der Betriebsverfassung. § 3 Abs. 1 BetrVG ist daher um eine widerlegliche Vermutung der Sachgerechtigkeit und Zweckmäßigkeit zu ergänzen.²⁵⁶ Alternativ ließe sich die gerichtliche Überprüfung auf eine Rechtsmissbrauchskontrolle beschränken.

III. Vereinbarungskompetenz und Tarifvorbehalt

Bisher steht den Sozial- und Betriebspartnern nicht im gleichen Maße die Vereinbarung der Betriebsverfassung offen. Alternative Arbeitnehmervertretungen sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur Sozialpartnern möglich. Im Übrigen erlaubt § 3 BetrVG den Betriebspartnern eine Vereinbarung lediglich, wenn weder ein Tarifvertrag nach § 3 BetrVG noch irgendeine tarifvertragliche Regelung für den Betrieb besteht (§ 3 Abs. 2 BetrVG).²⁵⁷ Einen so weiten Tarifvorbehalt gebietet Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht,²⁵⁸ selbst wenn Tarifverträge nach § 3 BetrVG Teil der Tarifautonomie wären. Es geht nicht um die Regelung von Kernarbeitsbedingungen, sondern um die Anpassung der gesetzlich geregelten Betriebsverfassung, deren Gestaltbarkeit der Gesetzgeber gewährt. Betriebsräte sind durch die Arbeitnehmer legitimiert und kennen die Verhältnisse im Betrieb, so dass eine vergleichbare Sachnähe wie bei den Sozialpartnern besteht. Daher sollte ihnen

²⁵⁶ Vgl. § 3 Abs. 1 DGB-Entwurf.

²⁵⁷ Dazu BAG AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 11 Rn. 40. Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 14/5741, 34; BAG und hL setzen eine normative Wirkung der Tarifverträge für deren Sperrwirkung voraus s. BAG AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 11 Rn. 40; GK-BetrVG/Franzen (Fn. 2), § 3 Rn. 38; Hanau NJW 2001, 2513 (2514); Hohenstatt/Dzida DB 2001, 2498 (2501); aA DKW BetrVG/Trümner (Fn. 61), § 3 Rn. 164f.

²⁵⁸ Franzen ZfA 2000, 285 (299); Henßler ZfA 1998, 1 (34f.); Löwisch DB 1999, 2209 (2211); aA Wendeling-Schröder NZA 1999, 1065 (1070).

die Gestaltungsbefugnis gleichermaßen zustehen, so dass nur ein geltender Tarifvertrag nach § 3 BetrVG der Regelung der Betriebspartner entgegensteht.²⁵⁹ Hierfür sprechen auch die Erfahrungen mit der verhandelten Mitbestimmung nach dem EBRG und dem SEBG. Die Verhandlungen erfolgen durch ein besonderes Verhandlungsgremium aus Arbeitnehmervertretern.

Die Betriebspartner können in Konzernen zudem leichter Kollektivverträge schließen als die Sozialpartner, die keinen Konzerntarifvertrag vereinbaren können. Bei Mischkonzernen sind mit Rücksicht auf die Tarifzuständigkeit zum Teil mehrere Gewerkschaften zu beteiligen, die eine Tarifgemeinschaft bilden müssen. Die Betriebspartner können hingegen Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen schließen und bei unternehmensübergreifenden Kooperationen mehrgliedrige (Gesamt-)Betriebsvereinbarungen schaffen.²⁶⁰ Für die Betriebspartner bestehen insofern effektive Handlungsinstrumente. Zuständig sind grundsätzlich die Betriebsräte, Gesamt- oder Konzernbetriebsräte, die von der Vereinbarung betroffen sind.²⁶¹ Zur Erfassung betriebsratsloser Betriebe bedarf es einer Betriebsvereinbarung mit dem Gesamtbetriebsrat.²⁶²

Im Ergebnis ist die Vereinbarungsautonomie der Betriebspartner auf alle Tatbestände des § 3 Abs. 1 BetrVG und die hier vorgeschlagenen Ergänzungen zu erweitern. Der Tarifvorbehalt in § 3 Abs. 2 TVG kann auf einen Tarifvorrang beschränkt werden.²⁶³ Ergänzend kommt ein Widerspruchsrecht der zuständigen Tarifvertragsparteien in Betracht.²⁶⁴ Den Sozialpartnern, die für das Unternehmen bzw. die Konzernunternehmen tarifzuständig sind und Tarifverträge schließen, kann so ein Vorrang auch dann eingeräumt werden, wenn (noch) kein Tarifvertrag nach § 3 BetrVG vorliegt. Im Vergleich dazu hätte der bloße Tarifvorrang den Nachteil, dass Betriebspartner den Sozialpartnern zuvorkommen können. Dieses Risiko vermeidet ein Tarifvorrang kombiniert mit einem Widerspruchsrecht der zuständigen Gewerkschaft.²⁶⁵ Sind mehrere Gewerkschaften für den Betrieb tarif-

²⁵⁹ Ebenso § 3 DGB-Entwurf; weitergehend Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), B.I.3.b; kritisch zum geltenden Recht Friese ZfA 2003, 237 (245); Krebber (Fn. 65), 330; s. auch Franzen ZfA 2000, 285 (299); Hanau Die Mitbestimmung 1999, 21 (24); zurückhaltender Hohenstatt/Dzida DB 2001, 2498 (2501); Picker RdA 2001, 259 (280 f.); speziell zur Matrixorganisation Franzen in Giesen/Junker/Rieble (Fn. 48), 107 (121); Günther/Böglmüller NZA 2015, 1025 (1027 f.).

²⁶⁰ Vgl. dazu Krebber (Fn. 65), 336 f. mit Fn. 194.

²⁶¹ Vgl. Franzen ZfA 2000, 285 (299); Kreßel JbArbR 1999, 49 (56).

²⁶² Anders noch zur alten Rechtslage Franzen ZfA 2000, 285 (299 f.).

²⁶³ Für den Vorrang der Betriebsvereinbarung Franzen ZfA 2000, 285 (301); Löwisch DB 1999, 2209 (2211).

²⁶⁴ Henssler FS Kittner, 2021, 147 (153); Schubert (Fn. 16), 74.

²⁶⁵ Schubert (Fn. 16), 74.

zuständig und schließen Tarifverträge, hat jede Vereinigung das Widerspruchsrecht.

Das Widerspruchsrecht ist so auszugestalten, dass die Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG erst wirksam wird, wenn die tarifzuständige Gewerkschaft nicht innerhalb einer bestimmten Frist (zB vier Wochen) gegenüber einem der an der Vereinbarung beteiligten Betriebspartner widerspricht. Der Widerspruch führt zur Nichtigkeit der Betriebsvereinbarung. Eine Bindung des Widerspruchsrechts an Sachgründe erscheint nicht geboten. Die Gewerkschaft kann auch bei Zweifeln an der Sachgerechtigkeit der Vereinbarung eingreifen.

Ist ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung zustande gekommen, erweist sich aber als nichtig, so wird eine darauf gestützte Betriebsratswahl regelmäßig nur anfechtbar und nicht nichtig sein, weil es an der Evidenz des Verstoßes fehlt.²⁶⁶

IV. Erstreikbarkeit von Tarifverträgen – Erzwingbarkeit von Betriebsvereinbarungen

Die Erstreikbarkeit von Tarifverträgen nach § 3 BetrVG ist im Gesetz nicht geregelt, aber von der Rechtsprechung anerkannt.²⁶⁷ Ob solche Vereinbarungen Teil der grundrechtlich garantierten Tarifautonomie sind, wie das BAG annimmt,²⁶⁸ oder ob es sich um eine Indienstnahme der Sozialpartner als Delegatar des Gesetzgebers handelt, bestimmt § 3 BetrVG nicht explizit.²⁶⁹ Die Erstreikbarkeit solcher Tarifverträge war bereits vor der Reform des BetrVG 2001 anerkannt.²⁷⁰ Sie wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht thematisiert, obwohl Vorschläge vorlagen.²⁷¹

²⁶⁶ Explizite Regelung zur Beschränkung auf die Anfechtbarkeit in § 19 Abs. 4 DGB-Entwurf.

²⁶⁷ BAG NZA 2009, 1424; dafür Däubler AuR 2001, 285 (288); Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 3 Rn. 62; Plander NZA 2002, 483 (488); DKW BetrVG/Trümmer (Fn. 61), § 3 Rn. 215; aA Buchner NZA 2001, 633 (635); Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 20; Franzen ZfA 2000, 285 (297f.); Friese ZfA 2003, 237 (268 ff.); Hanau/Wackerbarth FS Ulmer, 2003, 1303 (1311); Reichold NZA 2001, 857 (859); differenzierend Thüsing ZIP 2003, 693 (701).

²⁶⁸ BAG NZA 2009, 1424 Rn. 38 f.

²⁶⁹ Hierfür unter Verweis auf die Begrenzung der Tarifautonomie auf die koalitions-spezifische Betätigung Friese ZfA 2003, 237 (268 ff.); K. Schmidt FS 100 Jahre Betriebsverfassung, 2020, 693 (697 ff.).

²⁷⁰ Fitting (Fn. 57), § 3 Rn. 11; ErfK/Koch (Fn. 74), BetrVG § 3 Rn. 1; DKW BetrVG/Trümmer (Fn. 61), § 3 Rn. 70 ff.; Spinner, Die vereinbarte Betriebsverfassung, 2000, 77 f.; so auch nach Inkrafttreten der Reform Konzen RdA 2001, 76 (86); Reichold NZA 2001, 857 (859); aA Buchner NZA 2001, 633 (635).

²⁷¹ Franzen ZfA 2000, 285 (297 f.); Reichold NZA 1999, 561 (570); s. auch Empfehlung Nr. 8 der Kommission Mitbestimmung, vgl. Bertelsmann-Stiftung/Hans-Böckler-

Dogmatisch ist die hier befürwortete vereinbarte Arbeitnehmerbeteiligung eine Delegation von Rechtssetzungsmacht durch Gesetz.²⁷² Die Betriebsverfassung als gesetzlich geregelte Arbeitnehmerbeteiligung hat primär der Gesetzgeber gestaltet. Ihre Schutz- und Ausgleichsfunktion ist für alle Arbeitnehmer im Betrieb erforderlich. Anders als bei tarifdispositiven Arbeitnehmerschutzgesetzen wird hier nicht die staatliche Regelung zugunsten einer autonomen tarifvertraglichen Regelung zurückgenommen. Vielmehr erlaubt der Gesetzgeber den Sozial- und Betriebspartnern wegen ihrer Sachnähe und Erfahrung eine spezifische Gestaltung für das Unternehmen, die dem Gesetzgeber in dieser Differenziertheit nicht möglich ist. Zudem zielt § 3 BetrVG darauf, eine wirksame und zweckmäßige Arbeitnehmervertretung sicherzustellen, was zwangsläufig alle Arbeitnehmer im Betrieb, nicht nur Gewerkschaftsmitglieder betrifft.

Ziel der kollektiven Vereinbarung ist eine autonom gestaltete Betriebsverfassung. Kommt es nicht zu einem solchen Kollektivvertrag, greift das gesetzlich geregelte Grundmodell für die Arbeitnehmerbeteiligung ein. Insofern bedarf es für einen angemessenen Interessenausgleich keiner Druckausübungsmöglichkeit. Das Einvernehmen der Sozial- bzw. Betriebspartner stellt sicher, dass eine Vereinbarung nur zustande kommt, wenn sie beiden Sozialpartnern interessengerecht erscheint. Das erlaubt es auch, die Kontrolle der Vereinbarung auf ihre Sachgerechtigkeit zurückzunehmen. Daher gibt es – ebenso wie bei der verhandelten Mitbestimmung nach dem EBRG und dem SEBG – kein Streikrecht.²⁷³ Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass § 3 BetrVG eine Rechtssetzungsmacht auf die Sozial- und Betriebspartner delegiert und solche Tarifverträge nicht erstreikbar sind. Auch eine erzwingbare Mitbestimmung kommt nicht in Betracht.²⁷⁴

Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, 1998.

²⁷² Vgl. Begr. RegE BT-Drs. VI/1786, 36; s. dazu BAG NZA 2009, 1424 Rn. 19; Friese ZfA 2003, 237 (268 ff.); K. Schmidt FS 100 Jahre Betriebsverfassung, 2020, 693 (700); aA Richardi BetrVG/Maschmann (Fn. 3), § 3 Rn. 8; Picker RdA 2001, 257 (283).

²⁷³ Dazu Franzen ZfA 2000, 285 (297 f.); Hanau/Wackerbarth FS Ulmer, 2003, 1303 (1311).

²⁷⁴ Ebenso Franzen ZfA 2000, 285 (298 f.).