

# Grundzüge des Betriebsverfassungsrechts – Teil 1

Von Wiss. Mitarbeiter **Daniel E. Holler**, Wiss. Mitarbeiter **Alexander Schuhmann**, Erlangen/Nürnberg\*

*Das Betriebsverfassungsrecht bildet neben dem Tarifrecht eine wesentliche Säule des kollektiven Arbeitsrechts. Es geht dabei um die Teilhabe und Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei betrieblichen Entscheidungen. Trotz seiner wesentlichen praktischen Bedeutung innerhalb größerer Unternehmen und seiner Examensrelevanz in einigen Bundesländern<sup>1</sup>, wird das Betriebsverfassungsrecht, gegenüber dem Tarifrecht, in der studentischen Ausbildungsliteratur eher stiefmütterlich behandelt. Der folgende Beitrag soll die Grundzüge der sog. betrieblichen Mitbestimmung darstellen und damit einen Einblick in die Betriebsverfassung ermöglichen.*

## I. Einordnung des Betriebsverfassungsrechtes in das kollektive Arbeitsrecht

Das kollektive Arbeitsrecht ist geprägt durch die Dichotomie von Koalitionsfreiheit, hierbei ist die Tarifautonomie eine wesentliche Ausprägung,<sup>2</sup> und der institutionellen Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen.<sup>3</sup> Beide Systeme stehen autonom nebeneinander, wobei es aufgrund des partiell gleichen Regelungsgegenstandes zu Konkurrenzen kommen kann, die aufgelöst werden müssen.

Das Betriebsverfassungsrecht ist in erster Linie Arbeitnehmerschutzrecht. Das Recht der betrieblichen Mitbestimmung durch eine gewählte Arbeitnehmervertretung soll die Alleinentscheidungsbefugnis des Arbeitgebers über die Betriebsorganisation und damit letztlich die soziale Macht des Arbeitgebers begrenzen. Im Gegensatz zum Tarifvertragsrecht erfolgt diese Machtbegrenzung jedoch nicht durch Konfrontation, also Aushandeln von Arbeitsbedingungen unter Zuhilfenahme des Arbeitskampfes, sondern durch Kooperation zwischen Arbeitgeber und betrieblicher Arbeitnehmervertretung. Zudem findet die betriebliche Arbeitnehmervertretung im Gegensatz zu den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden ihre Grundlage nicht in einer freiwilligen Mitgliedschaft, sondern in einer gesetzlich vorgesehenen Zwangskorporation. Die Quelle des Betriebsverfassungs-

rechts beruht damit nicht auf Basis der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, sondern auf Grundlage staatlicher Delegation nach Art. 74 Nr. 12 GG infolge des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) und der Schutzpflicht des Staates für die Grundrechte der Arbeitnehmer (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG).<sup>4</sup> Dabei handelt es sich jedoch um keine Form der öffentlich-rechtlichen Beilehung wie im öffentlichen Recht, sondern den Betriebspartnern ist ein Bereich eingeräumt worden, indem sie den ihnen durch Gesetz zugewiesenen Aufgabenbereich autonom regeln können – sog. Betriebsautonomie. Die Betriebsparteien sind somit nicht dem öffentlichen Recht, sondern dem Privatrecht zuzuordnen.

## II. Systematisierung des Betriebsverfassungsgesetzes

Das Betriebsverfassungsgesetz, welches nach der gesetzlichen Systematik in acht Teile untergliedert ist, lässt sich im Wesentlichen in drei Teile aufteilen. Der erste Teil regelt die Organisation der Betriebsvertretung (§§ 1-73b BetrVG). Dabei geht es insbesondere um den „vor die Klammer gezogen“ allgemeinen Teil des BetrVG, die Wahl des Betriebsrats und die verschiedenen Vertretungskörper. Der zweite Teil (§§ 74-113 BetrVG), der ohne weiteres als Wesenskern des Betriebsverfassungsrechts bezeichnet werden kann, umfasst die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers. Sonderregelungen, Strafvorschriften und Schlussbestimmungen bilden als dritten Teil (§§ 114-132 BetrVG) den Abschluss.

## III. Geltungsbereich des BetrVG

### 1. Räumlicher Anwendungsbereich<sup>5</sup>

Nach dem sog. Territorialitätsprinzip<sup>6</sup> ist der Anwendungsbereich des BetrVG auf Betriebe begrenzt, die sich auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland befinden. Wegen der räumlichen Zuordnung spielt es keine Rolle, welche Staatsangehörigkeit der Arbeitgeber oder die Arbeitnehmer haben.<sup>7</sup> Daher findet das BetrVG auch keine Anwendung für Betriebe deutscher Unternehmen, die sich auf ausländischem

\* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. Steffen Klumpp). Der Verf. Schuhmann ist zudem Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. Georg Caspers).

<sup>1</sup> Das Betriebsverfassungsrecht ist Prüfungsstoff des ersten Staatsexamens nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 lit. e JAPO M-V; § 5 Abs. 1 Nr. 1 lit. e sublit. bb JAPG; § 8 Abs. 2 Nr. 3 Saarl-JAG; § 8 Abs. 2 Nr. 4 JaPrO; § 7 S. 1 Nr. 2 lit. h HessJAG; § 11 Abs. 2 Nr. 6 JAG NRW; § 14 Abs. 2 Nr. 3 lit. b JA-PrOV; § 3 Abs. 3 Nr. 4 JAVO.

<sup>2</sup> Zum Tarifrecht in der Ausbildungsliteratur zuletzt Eylert/Frieling, JuS 2017, 106; Stöhr, Jura 2016, 58 (168 ff., 283 ff.); Uhlig, Jura 2014, 765.

<sup>3</sup> Zur Unternehmensmitbestimmung siehe Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 1659 ff.

<sup>4</sup> Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1 f., 4, 6.

<sup>5</sup> Ausführlicher, als es hier dargestellt werden kann siehe etwa Fitting (Fn. 4), § 1 Rn. 12 ff.

<sup>6</sup> H.M.: BAG NZA-RR 2008, 649 (650); BAG NZA 1990, 658 (659); Besgen, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Ed. 44, Stand: 1.6.2017, § 1 BetrVG Rn. 6; Koch, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 1 BetrVG Rn. 5; Fitting (Fn. 4), § 1 Rn. 13; Nachweise zur a.A. bei Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 23 und 28.

<sup>7</sup> BAG NZA 2000, 1119 (1121).

Territorium befinden. Ebenso wenig ist das Vertragsstatut von Bedeutung.<sup>8</sup>

Für gemeinschaftsweit tätige Unternehmen oder Unternehmensgruppen kann unter den Voraussetzungen des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG) ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer oder ein europäischer Betriebsrat errichtet werden.<sup>9</sup>

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

### a) Betrieb, § 1 Abs. 1 BetrVG

Betriebsräte werden gem. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, gewählt. Maßgeblich für den sachlichen Anwendungsbereich des BetrVG ist also die Einheit „Betrieb“. Eine Legaldefinition hält das Gesetz nicht parat. Mit der Rspr. des BAG und der herrschenden Lehre lässt sich der Betrieb als „organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt“ definieren.<sup>10</sup> Entscheidend neben der Ordnung und dem gezielten Einsatz der Betriebsmittel für den arbeitstechnischen Zweck ist, dass die menschliche Arbeitskraft durch einen einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.<sup>11</sup> Damit ist sichergestellt, dass die Mitbestimmungsrechte dort ansetzen können, wo die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten getroffen werden.<sup>12</sup>

Vom Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist das Unternehmen abzugrenzen, welches ebenfalls Bezugspunkt des BetrVG für Beteiligungsrechte ist.<sup>13</sup> Wie schon der Betrieb, ist auch das Unternehmen im BetrVG nicht legal definiert. Man versteht darunter die organisatorische Einheit, mittels derer der Unternehmer einen wirtschaftlichen oder ideellen Zweck – im Unterscheid zum arbeitstechnischen

Zweck (!) – verfolgt.<sup>14</sup> Das Unternehmen muss einen einheitlichen Rechtsträger haben, etwa eine Personen- oder Kapitalgesellschaft.<sup>15</sup>

Ein Betrieb kann gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG auch in Form eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen vorliegen. Dazu müssen nach der Rspr. die vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zur Erreichung eines einheitlichen<sup>16</sup> arbeitstechnischen Zwecks „zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt“ sowie die wesentlichen mitbestimmungsrelevanten sozialen und personellen Arbeitgeberentscheidungen durch einen einheitlichen Leitungsapparat getroffen werden.<sup>17</sup> Gleichsam als rechtliche Manifestation dessen ist eine zumindest konkludente Führungsvereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen zu fordern.<sup>18</sup> Eine unternehmerische Zusammenarbeit oder ein bestehendes Konzernverhältnis für sich genommen reichen nämlich nicht aus.<sup>19</sup>

Sind § 1 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BetrVG tatbestandlich gegeben, so wird das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs widerlegbar vermutet, § 292 ZPO.<sup>20</sup>

### b) Betriebsteile und Kleinstbetriebe, § 4 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG

Die Regelungen in § 4 BetrVG zu Betriebsteilen und Kleinstbetrieben zielen einerseits darauf, dass der Betriebsrat möglichst entscheidungsnah errichtet werden soll, nämlich im jeweiligen selbstständigen Betrieb(teil), § 4 Abs. 1 BetrVG. Zum anderen soll durch die Zuordnung von Kleinstbetrieben zum Hauptbetrieb nach § 4 Abs. 2 BetrVG gewährleistet werden, dass möglichst jede Organisationseinheit des Arbeitgebers durch eine Interessenvertretung abgedeckt ist.<sup>21</sup>

<sup>8</sup> BAG NZA 2001, 1033 (1035); *Besgen* (Fn. 6), § 1 Rn. 6; *Schönbohm*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Ed. 44, Stand: 1.6.2017, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 38; *Koch* (Fn. 6), § 1 Rn. 5.

<sup>9</sup> Näheres bei *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 19 ff.

<sup>10</sup> BAG NZA 2005, 1248 (1249); BAG DB 2005, 1914; *Besgen* (Fn. 6), § 1 Rn. 14; Zurückgehend auf *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 286: „Dabei ist unter Betrieb die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes zu verstehen [...]“.

<sup>11</sup> BAG NZA 2010, 906 (908); BAG NZA 2007, 703 (704 f.); *Fitting* (Fn. 4), § 1 Rn. 64; teils kursiert auch der Terminus „Leitungsmacht“, *Edenfeld*, Betriebsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 22.

<sup>12</sup> Vgl. *Löwisch/Caspers/Klump* (Fn. 3), Rn. 1201; *Koch* (Fn. 6), § 1 Rn. 10.

<sup>13</sup> Siehe etwa §§ 3 Abs. 1 Nrn. 1-4; 47 ff., 99 Abs. 1 S. 1, 106 ff., 111 ff. BetrVG.

<sup>14</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969 unter B. II. 1. und B. II. 2. a); *Fitting* (Fn. 4), § 1 Rn. 145.

<sup>15</sup> BAG NZA 2007, 825 (827 Rn. 17 f.); *Richardi*, in: *Richardi*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 53.

<sup>16</sup> Auch die Verfolgung mehrerer arbeitstechnischer Zwecke schließt einen gemeinsamen Betrieb nicht aus, siehe *Besgen* (Fn. 6), § 1 Rn. 30 m.w.N.

<sup>17</sup> BAG AP DrittelbG § 5 Nr. 2 Rn. 27; BAG NZA-RR 2013, 133 (136 f. Rn. 25); *Koch* (Fn. 6), § 1 Rn. 14.

<sup>18</sup> BAG AP DrittelbG § 5 Nr. 2 Rn. 27; BAG NZA 2012, 509 (512 Rn. 27); *Koch* (Fn. 6), § 1 Rn. 14; *Franzen*, in: *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 10. Aufl. 2014, § 1 Rn. 46 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

<sup>19</sup> BAG AP DrittelbG § 5 Nr. 2 Rn. 27; *Fitting* (Fn. 4), § 1 Rn. 82.

<sup>20</sup> BAG NZA-RR 2013, 521 (Rn. 29, 59); *Richardi* (Fn. 15), § 1 Rn. 76; umstr., Details bei *Kreutz*, in: *Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 637 (650).

<sup>21</sup> *Löwisch/Klump/Caspers* (Fn. 3), Rn. 1206; *Besgen* (Fn. 6), § 4 Rn. 1; *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 1. Die Regelung des § 4 BetrVG ist grds. zwingend, allerdings wäre eine Abweichung insb. durch § 3 Abs. 1 Nrn. 1-3, Abs. 2 BetrVG möglich, *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 3.

*aa) Betriebsteil, § 4 Abs. 1 BetrVG*

Ein Betriebsteil kann mit dem BAG als eine Einheit definiert werden, die zwar auf den Zweck des Hauptbetriebs ausgerichtet und in dessen Organisation eingegliedert, aber dennoch organisatorisch abgrenzbar und relativ selbstständig ist (sog. einfacher Betriebsteil).<sup>22</sup> Die Abgrenzung zwischen Betrieb oder Betriebsteil vollzieht sich also entlang des Grades der Selbstständigkeit, der sich wiederum maßgeblich aus dem Umfang der Leitungsmacht in der jeweiligen Einheit ergibt.<sup>23</sup> Werden dort die wesentlichen mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten getroffen, so handelt es sich um einen eigenen Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 BetrVG.<sup>24</sup> Umgekehrt liegt bereits dann ein einfacher Betriebsteil vor, wenn in der betreffenden Einheit überhaupt eine Person mit Leitungsmacht vorhanden ist und Weisungsrechte des Arbeitgebers ausübt.<sup>25</sup>

Damit ein solcher einfacher Betriebsteil gem. § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG als selbstständiger und damit betriebsratsfähiger Betrieb fingiert wird (sog. qualifizierter Betriebsteil<sup>26</sup>), ist zunächst erforderlich, dass dort in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind, beschäftigt werden, §§ 4 Abs. 1 S. 1, 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so ist der Betriebsteil – auch wenn die übrigen Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG vorliegen – dem Hauptbetrieb zuzuordnen.<sup>27</sup>

Neben den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG muss der Betriebsteil entweder räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sein, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG *oder* durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sein, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG.

*(1) Räumlich weite Entfernung zum Hauptbetrieb, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG<sup>28</sup>*

Das Abstellen auf die räumlich weite Entfernung zum Hauptbetrieb soll sicherstellen, dass bei größeren Distanzen eine adäquate, sachgerechte Interessenvertretung durch einen eigenen Betriebsrat stattfinden kann.<sup>29</sup> Eine solche erfordert wechselseitige „leichte Erreichbarkeit“ zwischen Arbeitnehmern und Betriebsrat sowie den Betriebsratsmitgliedern

untereinander als tatsächliches Fundament einer effektiven Mitbestimmung.<sup>30</sup> Daher kommt es bei der Prüfung des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG nicht alleine auf die Entfernung in Kilometern des Betriebsteils vom Hauptbetrieb an, sondern auch und vor allem auf die Qualität und Schnelligkeit der Verkehrsverbindung.<sup>31</sup>

*(2) Eigenständigkeit in Aufgabenbereich und Organisation, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG*

Um gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG als qualifizierter Betriebsteil zu gelten, muss der Betriebsteil kumulativ durch Aufgabenbereich *und* Organisation eigenständig sein.

Die Eigenständigkeit des Betriebsteils im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG ist in Abgrenzung zum Betrieb gem. § 1 Abs. 1 BetrVG nach dem BAG eine „relative Eigenständigkeit“.<sup>32</sup>

Relativ eigenständig im Aufgabenbereich – § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BetrVG – ist der Betriebsteil insbesondere, wenn dort ein vom Hauptbetrieb verschiedener arbeitstechnischer Zweck verfolgt wird, wie das etwa bei fachfremden Hilfstätigkeiten wie der Herstellung von Verpackungsmaterial für die Produktion des Hauptbetriebs der Fall ist.<sup>33</sup> Allerdings schließt auch ein Gleichlauf des arbeitstechnischen Zwecks die relative Eigenständigkeit im Aufgabenbereich nicht automatisch aus, wie eine Entscheidung des BAG<sup>34</sup> zu einem Orchester als qualifiziertem Betriebsteil veranschaulicht. Dort verfolgten sowohl die Verwaltung als auch die Chöre und Orchester der Arbeitgeberin den allgemeinen Zweck der „Förderung der Musikkultur durch Aufführung und Aufnahme von Musikwerken.“<sup>35</sup> Das betreffende Orchester hatte jedoch ein eigenes künstlerisches Profil, trat eigenständig auf und empfing vom Orchesterdirektor administrative und personelle Weisungen; auch entschied das

<sup>22</sup> BAG NZA-RR 2012, 570 (574 Rn. 36); BAG NZA 2010, 906 (908 Rn. 23).

<sup>23</sup> BAG NZA 2010, 906 (908 Rn. 23).

<sup>24</sup> BAG NZA-RR 2012, 570 (574 Rn. 36).

<sup>25</sup> BAG NZA-RR 2012, 570 (574 Rn. 36); BAG NZA 2009, 328 (330 Rn. 19 m.w.N. aus der Rspr.); *Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 4. Als einfacher Betriebsteil kann z.B. die Druckerei eines Zeitungsbetriebes oder die Lackiererei einer Automobilfabrik gesehen werden, *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 8.

<sup>26</sup> *Richardi* (Fn. 15), § 4 Rn. 14 ff.

<sup>27</sup> *Koch* (Fn. 6), § 4 Rn. 3; Näher zum Terminus Hauptbetrieb *Richardi* (Fn. 15), § 4 Rn. 18.

<sup>28</sup> Einen umfassenden Nachweis zur Kasuistik bietet *Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 13 f.

<sup>29</sup> BAG NZA-RR 2012, 570 (574 Rn. 37); *Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 10.

<sup>30</sup> BAG NZA 2009, 328 (331 Rn. 26 m.w.N.); auch sollen BR-Mitglieder des Betriebsteils kurzfristig zu Sitzungen im Hauptbetrieb erscheinen können.

<sup>31</sup> *Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 10 f. Eine gute Verkehrsverbindung kann allerdings nicht jede Distanz rechtfertigen: 300 km sind jedenfalls zuviel, BAG NZA-RR 2012, 570 (575 Rn. 39). Gleiches gilt für eine Mindestreisezeit von mehr als 2 Stunden in öffentl. Verkehrsmitteln, BAG NZA 2009, 328 (331 Rn. 29). Eine Entfernung von 18-22 km (30-40 Min. per Pkw) ist keine räumlich weite Entfernung, LAG Köln AR-Blattei ES 530.6.1 Nr. 32, ab B. II. 2. b) bb). Selbst für 50 km bei einer Fahrtzeit von 35 Min. per Pkw kann eine räumlich weite Entfernung verneint werden, LAG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 21.4.2015 – 2 TaBV 27/14, Rn. 80 ff.

<sup>32</sup> BAG NZA 2010, 906 (908 Rn. 24); BAG, Beschl. v. 14.1.2004 – 7 ABR 26/03, unter B. II. 3. b): „gewisse Eigenständigkeit“.

<sup>33</sup> *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 24; *Richardi* (Fn. 15), § 4 Rn. 26.

<sup>34</sup> BAG AP BetrVG 1972, § 4 Nr. 15.

<sup>35</sup> Aus der Entscheidung der Vorinstanz LAG Berlin AP BetrVG 1972, § 18 Nr. 12.

Orchester über Einstellungen und Entlassungen von Musikern.<sup>36</sup>

Eine eigenständige Organisation gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BetrVG verlangt, dass im Betriebsteil die Arbeitgeberfunktionen in wesentlichen sozialen und personellen Angelegenheiten durch eine eigenständige Leitung wahrgenommen werden.<sup>37</sup> Aus der bereits eingeführten relativen Selbstständigkeit ergibt sich, dass die Leitung im Betriebsteil zwar von derjenigen im Hauptbetrieb abgehoben sein<sup>38</sup>, umgekehrt aber nicht den gesamten Leitungsapparat umfassen darf und muss.

*(3) Teilnahme an Betriebsratwahl im Hauptbetrieb, § 4 Abs. 1 S. 2-5 BetrVG*

Liegen die Voraussetzungen eines selbstständigen Betriebs (qualifizierten Betriebsteils) gem. § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG vor und besteht dort kein Betriebsrat, so haben die hiesigen Arbeitnehmer die Möglichkeit entweder in ihrem Betriebsteil eine Betriebsratswahl zu organisieren (§§ 13 ff. BetrVG) oder gem. §§ 4 Abs. 1 S. 2-4; 3 Abs. 3 S. 2 BetrVG an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen oder auch komplett ohne Betriebsrat zu verbleiben.<sup>39</sup>

Rechtsfolge des Beschlusses nach § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG ist zum einen, dass die Arbeitnehmer des Betriebsteils an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilnehmen können, jedoch keinen eigenen Betriebsrat für ihren Betriebsteil wählen dürfen. Dies wäre erst wieder nach einem Widerruf des Zuordnungsbeschlusses möglich, § 4 Abs. 1 S. 5 BetrVG. Zum anderen verliert der vormals qualifizierte Betriebsteil im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG seine Eigenständigkeit und ist fortan Teil des Hauptbetriebs.<sup>40</sup> Infolge dessen sind die Arbeitnehmer des Betriebsteils bei der Ermittlung der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte mitzuzählen.<sup>41</sup>

*bb) Kleinstbetrieb, § 4 Abs. 2 BetrVG*

Ein Kleinstbetrieb ist zwar qua eigenem Leitungsapparat selbstständig und kein bloßer Betriebsteil<sup>42</sup>, erreicht jedoch nicht die Größe von mindestens fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, § 4 Abs. 2, 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG, ist also nicht betriebsratsfähig. Damit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dennoch eine betriebliche Interessenvertretung zu Teil wird, regelt § 4 Abs. 2

BetrVG, dass Kleinstbetriebe dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind. Hauptbetrieb im Sinne des § 4 Abs. 2 BetrVG ist nach dem BAG der Betrieb, der gegenüber dem Kleinstbetrieb eine hervorgehobene Bedeutung im Sinne einer besonderen Funktion hat, etwa durch Beratung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten.<sup>43</sup>

Selbst wenn im Unternehmen nur betriebsratsunfähige Kleinstbetriebe existieren sollten, so ist unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks des § 4 Abs. 2 BetrVG, nämlich die Arbeitnehmer des Unternehmens möglichst unabhängig von dessen Organisationsstruktur einer Interessenvertretung durch einen Betriebsrat zu unterstellen<sup>44</sup>, eine Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer vorzunehmen und bei Erreichen der Grenze des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG ein Betriebsrat wählbar.<sup>45</sup>

*c) Abweichung vom Betriebsbegriff durch § 3 BetrVG*

Die strikte Koppelung des Betriebsrats an den Betrieb im Sinne des § 1 BetrVG lockert § 3 BetrVG auf, der es den Tarifvertragsparteien oder subsidiär den Betriebsparteien gestattet, abweichende Vertretungsstrukturen einzurichten, z.B. einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat (§ 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG) oder Spartenbetriebsräte für Unternehmen und Konzerne § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, die dann gem. § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG als Betriebe im Sinne des BetrVG gelten.<sup>46</sup>

*3. Persönlicher Anwendungsbereich*

*a) Arbeitnehmer, § 5 BetrVG*

*aa) Grundlagen*

Das BetrVG findet Anwendung auf Arbeitnehmer, § 5 Abs. 1 BetrVG. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte einschließlich der Auszubildenden. Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten hat heutzutage keine Relevanz mehr.

Das BetrVG selbst hält keine Definition des Arbeitnehmers parat. Allerdings hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.4.2017 in das BGB den § 611a BGB neu eingefügt<sup>47</sup>, der den Arbeitsvertrag unter Rückgriff auf die Arbeitnehmerdefinition der Rspr. bestimmt. Da sich § 611a BGB bei der Rspr. „bedient“, inhaltlich aber keine Abweichungen enthält<sup>48</sup>, ist auch für das BetrVG weiterhin der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen. Danach ist mit dem BAG gesprochen Arbeitnehmer, „wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Ar-

<sup>36</sup> Ausführlicher zum Sachverhalt siehe BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15.

<sup>37</sup> BAG NZA 2010, 906 (908 Rn. 24); BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15, unter B. I. 2. a).

<sup>38</sup> So die Formulierung bei BAG DB 1983, 2039 unter II. 2. a) zu § 4 BetrVG a.F.; *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 25.

<sup>39</sup> Besteht im qualifizierten Betriebsteil schon ein Betriebsrat, so ist keine Beteiligung an der Betriebsratwahl des Hauptbetriebs mehr möglich, siehe *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 28; *Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 20.

<sup>40</sup> BAG NZA 2014, 96 (97 f. Rn. 20 ff.); *Richardi* (Fn. 15), § 4 Rn. 42.

<sup>41</sup> *Koch* (Fn. 6), § 4 Rn. 5; *Löwisch*, RdA 2014, 317 (318 f.).

<sup>42</sup> *Koch* (Fn. 6), § 4 Rn. 6.

<sup>43</sup> Näher BAG NZA 2007, 703 (705 f. Rn. 20 ff.).

<sup>44</sup> *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 1; *Trümner* (Fn. 6), § 4 Rn. 5; *Koch* (Fn. 6), § 4 Rn. 1.

<sup>45</sup> *Fitting* (Fn. 4), § 4 Rn. 13; *Franzen* (Fn. 18), § 4 Rn. 8; *Besgen* (Fn. 6), § 4 Rn. 22; *Boemke*, JuS 2002, 521 (522).

<sup>46</sup> *Löwisch/Caspers/Klump* (Fn. 3), Rn. 1210 ff.; *Fitting* (Fn. 4), § 3 Rn. 2 ff.

<sup>47</sup> BGBl. I 2017, S. 261.

<sup>48</sup> Näher zum neuen § 611a BGB *Preis*, Individualarbeitsrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 146 ff.

beit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.<sup>49</sup> Darauf aufbauend ist für den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff noch die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb erforderlich. Dieses Doppelerfordernis wird auch als „Zwei-Komponenten-Lehre“<sup>50</sup> bezeichnet.

*bb) Modifikationen in § 5 Abs. 1 S. 1-3 BetrVG*

Arbeitnehmer sind gem. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG auch Auszubildende, wobei der betriebsverfassungsrechtliche Begriff der Berufsausbildung über den des § 1 Abs. 3 BBiG insofern hinausreicht, als dass er „alle Maßnahmen, die innerhalb eines Betriebs berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln“ erfasst.<sup>51</sup>

Auch Heimarbeiter sind nach § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG Arbeitnehmer, wenn sie in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten. Der Begriff Heimarbeiter umfasst gem. §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, Abs. 2 HAG Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende.<sup>52</sup> Beamte, Soldaten sowie Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes inkl. der Auszubildenden, die in Betrieben von Privatunternehmen tätig sind, gelten nach § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG ebenfalls als Arbeitnehmer. Die Überlassung zur Arbeitsleistung kann etwa auf beamtenrechtlichen Vorschriften oder einer Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L beruhen.<sup>53</sup>

Darüber hinaus ist für die Arbeitnehmereigenschaft nach § 5 Abs. 1 S. 1 a.E. BetrVG nicht relevant, ob die Beschäftigung im Betrieb, im Außendienst oder per Telearbeit erfolgt. Für Außendienstmitarbeiter stellt der durch das BetrVerf-Reformgesetzes 2001 neu gefasste § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur klar, dass sie nach den allgemeinen Voraussetzungen Arbeitnehmer sein können, auch wenn die Arbeitsleistung nicht in der Betriebsstätte selbst erbracht wird (funktionaler Betriebsbegriff).<sup>54</sup> Ähnliches gilt für Telearbeiter im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 a.E. BetrVG, also Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsleistung vornehmlich mit Hilfe der neueren Informations- und Kommunikationstechnik (etwa per Computer, Cloud, Videotelefonie etc.) zumindest teilweise außerhalb der räumlich definierten Betriebsstätte erbringen.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> BAG NZA 2017, 269 (270 Rn. 20); zum Arbeitnehmerbegriff *Rolfs*, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 2 ff.

<sup>50</sup> BAG NZA 2017, 269 (270 Rn. 20); *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 2; *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 16.

<sup>51</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 12; daher sind etwa auch Praktikanten, Anlernlinge, Volontäre, Umschüler und Teilnehmer an berufsvorbereitenden Ausbildungsmaßnahmen erfasst, siehe *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 291 m.w.N.

<sup>52</sup> *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 310.

<sup>53</sup> *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2017, § 16 Rn. 31a.

<sup>54</sup> *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 11.

<sup>55</sup> Ausführlicher zu den mannigfaltigen Ausprägungen der Telearbeit *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 193 ff.

*cc) Leiharbeiternehmer (erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung)*

Leiharbeiternehmer stehen zum einen in einem Arbeitsverhältnis zum Verleiher, dieser ist ihr Vertragsarbeitgeber. Im Verhältnis zum Entleiher hingegen besteht kein Arbeitsverhältnis, jedoch übt der Entleiher, in dessen Betrieb der Arbeitnehmer tatsächlich eingegliedert ist, das Direktionsrecht<sup>56</sup> (§ 106 GewO) aus und weist diesem einen konkreten Arbeitsplatz/Tätigkeit zu. Das Verhältnis zwischen Verleiher und Entleiher richtet sich nach dem Überlassungsvertrag, § 12 AÜG. Daraus ergibt sich eine Spaltung der Arbeitgeberstellung<sup>57</sup> mit dem Verleiher als Vertragsarbeitgeber auf der einen Seite und dem Entleiher, der durch das Direktionsrecht die Befugnisse des Arbeitgebers in Bezug auf die Arbeitsleistung ausübt, auf der anderen Seite.

Würde man hier die oben eingeführte „Zwei-Komponenten-Lehre“ anwenden, hinge der Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich gleichsam „in der Luft“. Dem Verleiher und Vertragsarbeitgeber könnte der Arbeitnehmer mangels tatsächlicher Eingliederung in den Betrieb nicht zugeordnet werden und dem Entleiher mangels arbeitsvertraglichen Bandes nicht. Das sieht auch das BAG als wenig sachgerechtes Ergebnis an.<sup>58</sup> Daher ist in den Fällen einer gespaltenen Arbeitgeberstellung eine differenzierte Betrachtung hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung vorzunehmen. Dabei sind einerseits die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung im AÜG und BetrVG einzubeziehen und andererseits, dass das BetrVG in unterschiedlichen Zusammenhängen an den Arbeitnehmerbegriff anknüpft.<sup>59</sup>

Grundsätzlich bleiben Leiharbeiternehmer gem. § 14 Abs. 1 AÜG während ihrer Überlassung an den Entleiher Angehörige des Verleiherbetriebs. Des Weiteren sind sie bei den Betriebsratswahlen im Entleiherbetrieb nicht wählbar (kein passives Wahlrecht), § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG; im Verleiherbetrieb hingegen sind die Leiharbeiternehmer selbstverständlich wählbar. Jedoch haben sie gem. § 7 S. 2 BetrVG das aktive Wahlrecht im Entleiherbetrieb vom ersten Tag an, wenn sie dort länger als drei Monate eingesetzt werden sollen.<sup>60</sup> Darüber hinaus sind die Leiharbeiternehmer gem. § 14 Abs. 2 S. 2 AÜG berechtigt, die Sprechstunden des Betriebsrats (§ 39 BetrVG) aufzusuchen und an Betriebsversammlungen (§§ 42 ff. BetrVG) teilzunehmen. Die §§ 81, 82 Abs. 1 und 84-86 BetrVG gelten nach § 14 Abs. 2 S. 3 BetrVG auch für sie.

So lassen bereits die gesetzlichen Regelungen eine Zuordnung des Leiharbeitnehmers auch zum Entleiherbetrieb erkennen, obschon sie nicht abschließend sind. Darüber hinaus ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs zuständig, soweit der Entleiher kraft des ihm zur Ausübung überlassenen

<sup>56</sup> *Wank*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, AÜG Einl. Rn. 32 f.

<sup>57</sup> BAG NZA 2013, 789 (791 Rn. 22).

<sup>58</sup> BAG NZA 2013, 793 (3. Leitsatz).

<sup>59</sup> BAG NZA 2013, 789 (791 Rn. 22).

<sup>60</sup> *Besgen* (Fn. 6), § 7 Rn. 21; *Fitting* (Fn. 4), § 7 Rn. 60; *Koch* (Fn. 6), § 7 Rn. 6; Prognose erforderlich.

Direktionsrechts<sup>61</sup> eine beteiligungspflichtige Anordnung trifft.<sup>62</sup> Dies betrifft insb. die Fälle des § 87 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 3, 6 und 7 BetrVG.<sup>63</sup> Ebenso ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs vor der Übernahme des Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung gem. §§ 14 Abs. 3 S. 1 AÜG i.V.m. § 99 BetrVG zu beteiligen.<sup>64</sup>

Insofern ist es nur konsequent, dass (wahlberechtigte) Leiharbeitnehmer bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten wie § 9 oder § 38 BetrVG zu berücksichtigen sind, soweit sie auch die dort genannten weiteren Voraussetzungen erfüllen, z.B. die Wahlberechtigung oder dass sie zu den „in der Regel“ Beschäftigten gehören.<sup>65</sup> Mittlerweile (mit Wirkung zum 1.4.2017) hat der Gesetzgeber die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten in § 14 Abs. 2 S. 4 AÜG explizit bejaht.

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Verleiher- und Entleiherbetriebsrat richtet sich danach, ob der Verleiher und Vertragsarbeitgeber oder der Entleiher als Inhaber des Weisungsrechts die beteiligungspflichtige Entscheidung trifft.<sup>66</sup>

#### dd) Nicht-Arbeitnehmer gem. § 5 Abs. 2 BetrVG

Nicht als Arbeitnehmer zählen die in § 5 Abs. 2 Nr. 1-5 BetrVG genannten Personengruppen, etwa die Mitglieder des Organs, das zur Vertretung einer juristischen Person berufen ist (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Das sind im Falle einer Aktiengesellschaft die Mitglieder des Vorstands, § 78 Abs. 1 AktG, bei einer GmbH die Geschäftsführer, § 35 Abs. 1 GmbHG, und bei einem rechtsfähigen Verein ebenfalls die Vorstandsmitglieder, § 26 Abs. 1 BGB. Ebenso gelten nicht als Arbeitnehmer die zur Vertretung befugten Gesellschafter einer Personengesamtheit (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG). Das sind bei einer OHG entweder alle oder einzelne Gesellschafter, §§ 114, 125 HGB, ebenso bei einer GbR, §§ 709, 710, 714 BGB. Bei einer Kommanditgesellschaft ist es der Komplementär, §§ 164, 170 HGB. § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG meint Personen, die primär aufgrund religiöser oder karitativer und nicht erwerbswirtschaftlicher Motivation tätig sind, beispielsweise Mönche, Ordensschwestern oder Diakonissen.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> Hierzu näher *Wank* (Fn. 56), AÜG Einl. Rn. 23 f.

<sup>62</sup> BAG NZA 2017, 269 (271 Rn. 21); *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 4; zur Systematik der Beteiligungsarten siehe *Hromadka/Maschmann* (Fn. 53), § 16 Rn. 345.

<sup>63</sup> BAG NZA 2013, 789 (792 Rn. 31); *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 268; *Raab*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2014, § 5 Rn. 104 m.w.N.

<sup>64</sup> Umstritten ist, ob § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG eine Rechtsgrund oder -folgenverweisung ist und damit, ob § 99 BetrVG auch schon bei Entleiherbetrieben mit in der Regel 20 oder weniger wahlberechtigten Arbeitnehmern Anwendung findet, *Wank* (Fn. 56), § 14 Rn. 18 m.w.N.

<sup>65</sup> Für § 9 BetrVG: BAG NZA 2013, 789 ff. Rn. 7, 21; *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 4; *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 266; *Trümmer* (Fn. 6), § 5 Rn. 89.

<sup>66</sup> *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 4.

<sup>67</sup> *Hromadka/Maschmann* (Fn. 53), § 16 Rn. 31; zu den Nrn. 4 und 5 siehe *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 15 f.

#### ee) Leitende Angestellte, § 5 Abs. 3 BetrVG

Leitende Angestellte sind zunächst einmal Arbeitnehmer im Sinne des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs.<sup>68</sup> Jedoch sind sie auch mit der Wahrnehmung unternehmerischer Aufgaben betraut und nehmen insofern verstärkt Interessen des Arbeitgebers wahr, stehen also auf dessen Seite. Daraus ergibt sich ein Interessenkonflikt zur durch den Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmerschaft, da die Beteiligungsrechte nach dem BetrVG darauf gerichtet sind, Entscheidungen des Arbeitgebers insb. in personellen und sozialen Angelegenheiten zu deren Gunsten zu beeinflussen.<sup>69</sup>

Daher findet das BetrVG gem. § 5 Abs. 3 S. 1 BetrVG keine Anwendung auf leitende Angestellte, soweit nicht wie z.B. in §§ 105, 107 Abs. 1 S. 2, 108 Abs. 2 S. 2 BetrVG explizit ein anderes bestimmt ist. Für die leitenden Angestellten sieht das Sprecherausschussgesetz eine eigene Interessenvertretung in Form der Sprecherausschüsse vor, § 1 SprAuG. Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern im Sinne des BetrVG und leitenden Angestellten ist wichtig, da an sie die Zuständigkeit entweder des Betriebsrats oder des Sprecherausschusses anknüpft. Weiterhin werden leitende Angestellte nicht mitgezählt, soweit Schwellenwerte auf die Zahl der (wahlberechtigten) Arbeitnehmer abstellen, etwa in §§ 1 Abs. 1 S. 1, 9, 38, 99 BetrVG. Zudem haben sie weder aktives noch passives Wahlrecht für die Wahl zum Betriebsrat, §§ 7, 8 BetrVG.

Wer leitender Angestellter ist, definiert § 5 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1-3 BetrVG.<sup>70</sup> Gemeinsam ist den dort genannten Befugnissen, dass sie auf dem Arbeitsvertrag basieren und tatsächlich ausgeübt werden müssen.

#### (1) § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG

Nach § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG ist leitender Angestellter, wer zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt ist. Die Berechtigung muss im Außen- und im Innenverhältnis zum Arbeitgeber bestehen, überdies darf sie nicht von der Zustimmung des Arbeitgebers oder anderer Personen im Unternehmen abhängen.<sup>71</sup> Schließlich erfordert Nr. 1, dass sich die Berechtigung auf einen erheblichen Teil der Arbeitnehmer bezieht, wobei sich keine genau definierte quantitative Größe nennen lässt. Unzureichend ist es nach der Rspr. jedenfalls, wenn sich die Personalkompetenz auf nur 1-1,5 % der Belegschaft erstreckt.<sup>72</sup> Die Personalverantwortung für einen kleinen Kreis von Arbeitnehmern kann nur dann genügen, wenn es sich dabei

<sup>68</sup> *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 3), Rn. 1216; *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 17.

<sup>69</sup> *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 44 Rn. 34; BAG NZA 2014, 738 (740 Rn. 35).

<sup>70</sup> Die Vorschrift ist zwingend, *Zöllner/Loritz/Hergenröder* (Fn. 69), § 44 Rn. 36.

<sup>71</sup> BAG NZA 2009, 1296 (1298 Rn. 26 m.w.N.); *Hromadka/Maschmann* (Fn. 53), § 16 Rn. 41.

<sup>72</sup> BAG NZA 2009, 1296 (1299 Rn. 28), obiter: 6,5 Stellen bei 440 Beschäftigten; BAG MedR 2008, 570 (571 Rn. 20 f.): 4 Ärzte bei 600 Beschäftigten.

um hochqualifizierte oder besonders bedeutsame handelt, spricht der qualitative Aspekt im Vordergrund steht.<sup>73</sup>

(2) § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG

Leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG ist, wem Generalvollmacht oder Prokura erteilt wurde. Im Fall der Prokura muss der weiten Vertretungsmacht nach außen eine Übertragung nicht unbedeutender unternehmerischer Leitungsaufgaben im Innenverhältnis zum Arbeitgeber entsprechen. Für die Frage, was bedeutend ist, sind die Grundsätze des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG heranzuziehen.<sup>74</sup> Demnach sind sog. Titularprokuristen, welchen zwar Prokura erteilt wurde, allerdings mit der Beschränkung im Innenverhältnis sie nicht zu nutzen, keine leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG.<sup>75</sup>

(3) § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und § 5 Abs. 4 BetrVG

Die Nr. 3 enthält den Grundtatbestand des leitenden Angestellten, für dessen Definition drei Tatbestandsmerkmale wesentlich sind: Die Wahrnehmung von Aufgaben, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder Betriebs von Bedeutung sind. Weiterhin dafür erforderliche besondere Kenntnisse und Fähigkeiten und schließlich Entscheidungsfreiheit oder maßgeblicher Einfluss auf die Entscheidungsfindung.

Der Arbeitnehmer muss also als Schlüsselfigur maßgeblichen Einfluss auf wenigstens einen beachtlichen Teilbereich der Unternehmensleitung haben und zwar als Schwerpunkt seiner Tätigkeit.<sup>76</sup> Die Führungsaufgaben können sich dabei natürlich auf personelle oder organisatorische Angelegenheiten beziehen, aber auch auf solche technischer, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Art.<sup>77</sup>

Verbleiben rechtliche – nicht tatsächliche (!) – Zweifel nach der Prüfung des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG und ist sowohl eine Einordnung als Arbeitnehmer als auch als leitender Angestellter vertretbar, so kann auf § 5 Abs. 4 BetrVG als „Entscheidungshilfe“ zurückgegriffen werden.<sup>78</sup> Ein leitender

<sup>73</sup> BAG NZA 2009, 1296 (1298 Rn. 25).

<sup>74</sup> BAG NZA-RR 2011, 647 (648 Rn. 19); BAG NZA 2009, 1296 (Rn. 16): Rückausnahme: Sog. Stabsfunktionen reichen nicht aus; krit. *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 3), Rn. 1219 Fn. 443, die nicht § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG heranziehen, sondern auf eine typische Prokuristenfunktion in nicht nur unbedeutendem Umfang abstellen.

<sup>75</sup> BAG NZA-RR 2011, 647 (648 Rn. 20); Titularprokura werden z.B. aus Gründen der Anerkennung erteilt, siehe *Edenfeld* (Fn. 11), S. 34.

<sup>76</sup> BAG NZA 2015, 40 (45 Rn. 51).

<sup>77</sup> *Hromadka/Maschmann* (Fn. 53), § 16 Rn. 43.

<sup>78</sup> BAG, Beschl. v. 22.2.1994 – 7 ABR 32/93, unter B. III. 4. b); *Fitting* (Fn. 4), § 5 Rn. 417 ff., 423; *Koch* (Fn. 6), § 5 Rn. 23; § 5 Abs. 4 BetrVG ist demnach kein gesetzliches Regelbeispiel, keine Auslegungsregel und auch keine Vermutung. Beispiele aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Merkmal des leitenden Angestellten: BAG NZA 2015, 40 (45 Rn. 49 ff.); BAG NZA 2010, 955 (957 Rn. 15 ff.);

Angestellter nach § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG ist gem. § 5 Abs. 4 BetrVG „im Zweifel“, wer unter eine der vier dort genannten Fallgruppen zu subsumieren ist.

(4) Zuordnung zur Gruppe der leitenden Angestellten oder der Arbeitnehmer

Die Ausführungen zu § 5 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1-3 BetrVG lassen erahnen, dass eine Zuordnung zur Gruppe der leitenden Angestellten oder der Arbeitnehmer im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann.

Zur Klärung besteht neben und grds. unabhängig vom Verfahren nach § 18a BetrVG die Möglichkeit den Status des Arbeitnehmers im Rahmen eines Beschlussverfahrens nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 1, 80 ff. ArbGG klären zu lassen.<sup>79</sup>

b) Arbeitgeber

Arbeitgeber ist eine natürliche oder juristische Person, die mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt. Das Betriebsverfassungsrecht als Teil des kollektiven Arbeitsrechts adressiert den Arbeitgeber vor allem als Inhaber der personellen und sozialen Leitungsmacht im Betrieb und somit als (Ansprech-)Partner, § 2 Abs. 1 BetrVG, der Gremien nach dem BetrVG. Daneben enthält es in §§ 81 ff. BetrVG auch Individualrechte des Arbeitnehmers gegenüber seinem (Vertrags-)Arbeitgeber.<sup>80</sup>

Der Arbeitgeber im Sinne des BetrVG ist zugleich auch der Unternehmer. Das BetrVG verwendet, soweit es sich nicht um wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 106 ff. BetrVG handelt – dann spricht es vom Unternehmer – den Begriff Arbeitgeber.<sup>81</sup>

4. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BetrVG

a) Öffentlicher Dienst, § 130 BetrVG

Das BetrVG findet Anwendung auf Betriebe mit privatrechtlichem Rechtsträger. Handelt es sich hingegen um Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstiger Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, findet das Betriebsverfassungsrecht gem. § 130 BetrVG keine Anwendung. Dort gelten die Personalvertretungsgesetze des Bundes oder der Länder. Entscheidend für die Abgrenzung ist die Rechtsform: Etwa können die Stadtwerke in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden. Auf die Betriebe der GmbH als privatrechtlicher Rechtsträger

BAG AP Nr. 3 zu § 263 ZPO ab B. II; BAG EzA § 5 BetrVG 1972, Nr. 64 ab II. 3. a).

<sup>79</sup> *Fitting* (Fn. 4), § 18a Rn. 64 ff., § 5 Rn. 462 ff. zu den Voraussetzungen des gerichtlichen Beschlussverfahrens. Zu den Rechtsfolgen, wenn eine rechtskräftige gerichtliche Statusentscheidung konträr zum Ergebnis des Zuordnungsverfahrens nach § 18a BetrVG ergeht: *Reichold*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016, BetrVG § 18a Rn. 8.

<sup>80</sup> *Edenfeld* (Fn. 11), S. 29 f.

<sup>81</sup> *Hromadka/Maschmann* (Fn. 53), § 16 Rn. 50; *Edenfeld* (Fn. 11), S. 29 f.

ist dann das BetrVG anwendbar.<sup>82</sup> Bilden eine juristische Person des öffentlichen Rechts und ein privatrechtlicher Rechtsträger einen gemeinsamen Betrieb, so ist das BetrVG anwendbar, wenn deren Zusammenarbeit auf privatrechtlicher Basis, etwa einer GbR, erfolgt.<sup>83</sup>

Auf die als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisierten Kirchen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV), insb. die katholische und evangelische Kirche in Deutschland, findet das BetrVG bereits nach § 130 BetrVG keine Anwendung. Soweit § 130 BetrVG nicht einschlägig ist, erklärt § 118 Abs. 2 BetrVG das BetrVG für unanwendbar auf Religionsgemeinschaften und ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen (etwa Caritas und Diakonie) unbeschadet deren Rechtsform.<sup>84</sup>

#### b) Tendenzbetriebe, § 118 Abs. 1 BetrVG

##### aa) Der Tendenzbetrieb

Auf Tendenzbetriebe und -unternehmen findet das BetrVG nur eingeschränkt Anwendung, § 118 Abs. 1 BetrVG. Das sind gem. § 118 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG zum einen Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar *und* überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen dienen, also eine geistig-ideelle Bestimmung haben.<sup>85</sup> Darunter fallen etwa die Verwaltungen politischer Parteien, von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, das Deutsche Rote Kreuz, private Forschungsinstitute wie die Max-Planck-Gesellschaften, Theater und Orchester etc.<sup>86</sup> Zum anderen sind nach § 118 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG Tendenzunternehmen und -betriebe solche, die unmittelbar *und* überwiegend Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgen und hierbei durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt sind. Das sind vor allem Presse- und Verlagsunternehmen und private Rundfunk- und Fernsehsender.<sup>87</sup>

Das „unmittelbar[e] dienen“ im Sinne des § 118 Abs. 1 BetrVG meint, dass der jeweilige Tendenzzweck im Unternehmen oder Betrieb selbst verwirklicht werden muss und die bloße Unterstützung eines anderen Tendenzunternehmens durch wirtschaftliche Tätigkeit nicht genügt<sup>88</sup>; einen „mittelbaren Tendenzbetrieb“ gibt es demnach nicht.

Die Tendenz muss gem. § 118 Abs. 1 BetrVG im Unternehmen oder Betrieb überwiegend verfolgt werden, was sich nach einem quantitativ-numerischen Prinzip<sup>89</sup> bestimmt. Es kommt demnach darauf an, dass mehr als die Hälfte der personellen und sachlichen Betriebsmittel für die Verwirklichung der Tendenz eingesetzt werden. Bei personalintensiven Unternehmen ist hierfür die Arbeitszeitmenge taugliches Kriterium.<sup>90</sup> Eine Gewinnerzielungsabsicht hingegen lässt den Tendenzschutz – außer bei karitativen Tätigkeiten<sup>91</sup> – nicht entfallen. Beispielsweise möchte ein Zeitungsverlag in der Regel auch Gewinn mit seinen Blättern erzielen.<sup>92</sup>

##### bb) Anwendbarkeit des BetrVG

Die gem. § 118 Abs. 1 BetrVG eingeschränkte Anwendung des Betriebsverfassungsrechts erfasst zum einen die Regelungen der §§ 106-110 BetrVG zum Wirtschaftsausschuss, der nach § 118 Abs. 1 S. 2 BetrVG in Tendenzunternehmen nicht zu bilden ist.<sup>93</sup> Auch finden die §§ 111-113 BetrVG gem. § 118 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BetrVG bei Betriebsänderungen nur insoweit Anwendung, als es den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer betrifft, womit die Vorschriften über Sozialpläne, § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG, gemeint sind.<sup>94</sup> Im Übrigen findet das BetrVG keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder Betriebs dem entgegensteht, § 118 Abs. 1 S. 1 BetrVG, mithin das Beteiligungsrecht die Tendenzverwirklichung ernsthaft beeinträchtigen würde.<sup>95</sup> Das ist insbesondere bei personellen Einzelmaßnahmen – §§ 99 ff. BetrVG – der Fall, wenn ein sog. Tendenzträger betroffen ist und die Maßnahme Tendenzbezug hat.<sup>96</sup> Tendenzträger ist ein Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit von den jeweiligen in § 118 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BetrVG genannten Bestimmungen und Zwecken geprägt ist und der die Möglichkeit hat, auf die Tendenzverwirklichung über bloße Mitwirkung hinaus Einfluss zu nehmen.<sup>97</sup> Beispiele sind etwa Redakteure in Presse und Rundfunk, die Einfluss auf die Berichterstattung haben, hauptamtliche Partei-/Gewerkschaftsfunktionäre, Orchestermusiker etc.<sup>98</sup>

Die Einschränkung der Mitbestimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen gegenüber Tendenzträgern besteht vor allem in einem Wegfall des Zustimmungsverweigerungs-

<sup>82</sup> Hromadka/Maschmann (Fn. 53), § 16 Rn. 16.

<sup>83</sup> BAG NZA 1996, 1110 (1112 f.) für einen gemeinsamen Betrieb einer Universität und einer Fraunhofer-Gesellschaft in Form eines eingetragenen Vereins (§ 21 BGB).

<sup>84</sup> Kirchliche Einrichtungen haben eine eigene Art der Mitarbeitervertretung, siehe hierzu Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, S. 265 ff.

<sup>85</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder (Fn. 69), § 48 Rn. 23.

<sup>86</sup> Weitere Beispiele bei Hromadka/Maschmann (Fn. 53), § 16 Rn. 22.

<sup>87</sup> Hromadka/Maschmann (Fn. 53), § 16 Rn. 86.

<sup>88</sup> BAG NZA-RR 2013, 78 (80 Rn. 22); Hromadka/Maschmann (Fn. 53), § 16 Rn. 23; a.A. wohl Thüsing/Pötters, RdA 2011, 280 (287), die (zumindest im Bereich des Karitativen) ein arbeitsteiliges Vorgehen genügen lassen.

<sup>89</sup> BAG NZA 1994, 329 (330); *Fitting* (Fn. 4), § 118 Rn. 14.

<sup>90</sup> BAG NZA 1990, 402 (405 f.); Hromadka/Maschmann (Fn. 53), § 16 Rn. 24.

<sup>91</sup> Eine kostendeckende Arbeitsweise ist aber auch in diesem Bereich zulässig: BAG NZA-RR 2013, 78 (79 Rn. 20).

<sup>92</sup> BAG NZA-RR 2013, 78 (79 Rn. 20); Zöllner/Loritz/Hergenröder (Fn. 69), § 48 Rn. 23.

<sup>93</sup> *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, § 118 BetrVG Rn. 17: Die Berichtspflicht nach § 43 Abs. 2 S. 3 BetrVG bleibt jedoch unberührt.

<sup>94</sup> Näher *Fitting* (Fn. 4), § 118 Rn. 46 f.

<sup>95</sup> BAG ZMV 2016, 52 (54 Rn. 29); Zöllner/Loritz/Hergenröder (Fn. 69), § 48 Rn. 27.

<sup>96</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder (Fn. 69) § 48 Rn. 27.

<sup>97</sup> BAG NZA 2010, 902 (904 Rn. 21).

<sup>98</sup> *Kania* (Fn. 93), § 118 Rn. 20 m.w.N.

rechts nach § 99 Abs. 2 BetrVG<sup>99</sup>, des Widerspruchsrechts nach § 102 Abs. 3, Abs. 5 BetrVG und des Zustimmungserfordernisses gem. § 103 BetrVG.<sup>100</sup> Die Unterrichts- und Anhörungsrechte des Betriebsrats aus §§ 99 Abs. 1, 102 Abs. 1 BetrVG hingegen gelten auch, soweit sie Tendenzträger betreffen.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Jedoch nicht bei Ein- und Umgruppierungen, siehe *Hromadka/Maschmann* (Fn. 53), § 16 Rn. 29.

<sup>100</sup> Näher *Kania* (Fn. 93), § 118 Rn. 25 ff.

<sup>101</sup> *Fitting* (Fn. 4), § 118 Rn. 37.