

## Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Reinhard Richardi, Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., Prof. Dr. Georg Annuß, LL.M., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Frank Maschmann, und PD Dr. Gerrit Forst, Rechtsanwalt, Begründet zum BetrVG 1952 von Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Dietz

16. Auflage 2018. Buch. XXIV, 2450 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71191 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Betriebsverfassung, Mitbestimmung, Personalvertretung](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

**b) Andere Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen.** Abs. 1 Nr. 3 nennt als **44** zweite Alternative für die Bildung einer **anderen Arbeitnehmervertretungsstruktur andere Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen.** Die Begründung des RegE bezieht sie vor allem auf den Fall, dass durch Tarifvertrag „Arbeitnehmervertretungsstrukturen entlang der Produktionskette (just-in-time) oder für andere moderne Erscheinungsformen von Produktion, Dienstleistung und Zusammenarbeit von Unternehmen wie fraktale Fabrik und shop-in-shop“ geschaffen werden können (BT-Drs. 14/5741, 34). Erfasst werden Unternehmen und Konzerne, die in Form einer „Matrix“ organisiert sind Da jedoch insoweit gesetzlich nicht einmal im Ansatz gesichert ist, wer für die Arbeitnehmervertretung betriebsverfassungsrechtlich auf der Arbeitgeberseite als Ansprechpartner in Betracht kommt, bestehen vor allem für diese Alternative die Bedenken wegen der Unbestimmtheit der gesetzlichen Delegation (→ Rn. 8 ff.). Die Bestimmung eröffnet außerdem die Möglichkeit einer „Zwangskartellierung“; es besteht die Gefahr, dass ein Tarifvertrag, der außerhalb der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation eine andere Arbeitnehmervertretung etabliert, die unternehmerische Wettbewerbsfreiheit in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise einschränkt (ebenso *Reichold* NZA 2001, 857 (859); vgl. auch *Picker* RdA 2001, 257 (288 f.)).

Bei einer anderen Form der Zusammenarbeit von Unternehmen ist insbes. die Voraussetzung zu beachten, dass die Bildung einer anderen Arbeitnehmervertretungsstruktur einer **wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer** dient. Erfasst wird insbes. der Gleichordnungskonzern, wenn man ihn nicht unter die erste Alternative der Nr. 3 fallen lässt (→ Rn. 43). Es braucht jedoch überhaupt keine Konzernbindung zu bestehen. In Betracht kommt eine Standortverschiedenheit der Betriebe mit gleichen oder ähnlichen Dienstleistungen. Notwendig ist allerdings, dass die Betriebe durch Regionalleitungen geführt werden (BAG 13.3.2013, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 10). Unabhängig davon kommt in Betracht, dass die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen geregelt werden. Eine Grenze ergibt sich in jedem Fall aus der Rechtsfolgenanordnung des Abs. 5. Sie steht nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Ihr muss deshalb ein Tarifvertrag bei der Festlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen genügen.

## DIE FACHBUCHHANDLUNG

### C. Zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen durch Tarifvertrag

#### I. Arbeitsgemeinschaften zur unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen

Durch Tarifvertrag bestimmt werden können „zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften), die der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen dienen“ (Abs. 1 Nr. 4). Sie sind **46** **keine Mitbestimmungsorgane**. Nach der Begründung des RegE dienen sie „nur der Zusammenarbeit zwischen den Betriebsräten einzelner Unternehmen“ (BT-Drs. 14/5741, 34).

Nach dem Gesetzestext ist **Voraussetzung** eine „unternehmensübergreifende Zusammenarbeit“. Erfasst werden deshalb insoweit auch die Gesamtbetriebsräte sowie die tarifvertraglich vorgesehenen anderen Arbeitnehmervertretungsstrukturen, also insbes. auch die Spartenbetriebsräte. Der Gesetzgeber sieht in diesen Gremien eine Alternative zu der in Abs. 1 Nr. 3 vorgesehenen Möglichkeit, andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen zur Mitbestimmungsausübung festzulegen. Die Mitbestimmungsausübung wird in diesen Fällen nicht verlagert, sondern es wird lediglich ein Erfahrungsaustausch der Arbeitnehmervertreter über gleich gelagerte oder ähnliche Probleme und deren Lösung gesichert. Ein derartiges Angebot „für ein best practice-Verfahren“ werde, so meint der

Gesetzgeber, „Arbeitgebern und Betriebsräten gleichermaßen zugutekommen“ (BT-Drs. 14/5741, 34).

- 48 Die tatbestandliche Abgrenzung ist **völlig unbestimmt**. Anders als in Abs. 1 Nr. 1–3 fehlt die dort genannte zusätzliche Voraussetzung, dass die Bildung der Arbeitsgemeinschaft der „sachgerechten“ bzw. der „wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer“ dienen soll.
- 49 Da Abs. 5 auf die Arbeitsgemeinschaften keine Anwendung findet, wird durch sie **keine vom Gesetz abweichende Betriebsratsstruktur** geschaffen. Soweit es um die Außenseitergeltung auf Arbeitnehmerseite geht, bestehen damit nicht die sonst genannten verfassungsrechtlichen Bedenken (ebenso *Giesen Rechtsgestaltung* S. 310 f.). Da aber der Arbeitgeber die Kosten der Betriebsratstätigkeit trägt (§ 40 Abs. 1), wird ihm eine Kostenbelastung zur unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit mit Betriebsvertretungen auferlegt, auch wenn er mit den anderen Unternehmen in Wettbewerb steht. Wie von den Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach Abs. 1 Nr. 3 wird auch von den hier genannten Arbeitsgemeinschaften erwartet, dass sie auf das Wettbewerbsverhalten der durch sie verklammerten Unternehmen nachdrücklich Einfluss nehmen (vgl. *Picker RdA* 2001, 257 (289)). Aus der Sicht der Gewerkschaften ergibt sich schließlich die Gefahr, dass die Arbeitsgemeinschaft den Charakter einer arbeitgeberfinanzierten „Parallelgewerkschaft“ annimmt (vgl. *DKKW/Trümmer* § 3 Rn. 134).

## II. Zusätzliche Vertretungen der Arbeitnehmer

- 50 Schließlich werden als Regelungsgegenstand eines Tarifvertrags „zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer, die die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer erleichtern“ genannt (Abs. 1 Nr. 5). Das Gesetz knüpft insoweit an die bisherige Regelung des Abs. 1 Nr. 1 aF an; es hat aber auch insoweit die Grenzziehung gelockert, weil bisher zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen durch Tarifvertrag nur für „Arbeitnehmer bestimmter Beschäftigungsarten oder Arbeitsbereiche (Arbeitsgruppen)“ vorgesehen werden konnten, „wenn dies nach den Verhältnissen der vom Tarifvertrag erfassten Betriebe der zweckmäßigeren Gestaltung der Zusammenarbeit des Betriebsrats mit den Arbeitnehmern dient(e)“. Diese Begrenzung ist weggefallen.

### 1. Inhalt und Umfang der Ermächtigung

- 51 Die Ermächtigung bezieht sich auf die Errichtung einer betriebsverfassungsrechtlichen **Vertretung**. Sie gilt nicht für die Bildung *sonstiger Vertretungen* der Arbeitnehmer, insbes. nicht für die Errichtung gewerkschaftlicher Vertreter der Arbeitnehmer im Betrieb (ebenso *ErfK/Koch* § 3 Rn. 8; *GK-BetrVG/Franzen* § 3 Rn. 26; *DKKW/Trümmer* § 3 Rn. 142). Die Einrichtung gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb fällt unter die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Mitgliederwerbung und Informationstätigkeit der Gewerkschaften (→ § 2 Rn. 174 ff.).
- 52 Die Möglichkeit einer zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung kommt nicht, wie nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 aF, nur für **Arbeitnehmer bestimmter Beschäftigungsarten oder Arbeitsbereiche (Arbeitsgruppen)** in Betracht, sondern auch für **andere Arbeitnehmer**. Die Abgrenzung fällt unter die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien. Für **Jugendliche und Auszubildende** sowie für **Schwerbehinderte** besteht allerdings bereits von Gesetzes wegen eine zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung, die Jugend- und Auszubildendenvertretung (§§ 60 ff.) und die Schwerbehindertenvertretung (§§ 93 ff. SGB IX).

## 2. Erleichterung einer Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer

Nach der Begründung des RegE kommen zusätzliche Arbeitnehmervertretungen insbes. dort in Betracht, wo der Kontakt zwischen dem Betriebsrat und den von ihm zu betreuenden Arbeitnehmern nicht oder nicht in ausreichendem Umfang bestehe; dies könne zB auf einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat eines bundesweit tätigen Unternehmens oder auf Regionalbetriebsräte zutreffen, in denen Betriebe oder Betriebs- teile nicht durch ein Betriebsratsmitglied vertreten seien (BT-Drs. 14/5741, 34). Die zusätzliche Vertretung der Arbeitnehmer wird also vor allem in Betracht gezogen, wenn durch Tarifvertrag für Unternehmen mit mehreren Betrieben die Bildung eines **unternehmenseinheitlichen Betriebsrats** festgelegt wird. Der Tarifvertrag kann daher vorsehen, dass in diesem Fall in den Betrieben eine zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung der Arbeitnehmer gebildet wird, um die Zusammenarbeit zwischen dem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat und den Arbeitnehmern der Betriebe zu erleichtern (BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12, NZA 2015, 1397 Rn. 29).

Die hier vorgesehene Möglichkeit einer zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung setzt voraus, dass in dem Betrieb ein **Betriebsrat** bzw. bei abweichender tarifvertraglicher Gestaltung die nach ihr vorgesehene Arbeitnehmervertretung als Mitbestimmungsorgan besteht. Fehlt es daran, gleichgültig aus welchem Grunde, etwa weil der Betrieb nicht betriebsratsfähig ist oder weil tatsächlich kein Betriebsrat gewählt worden ist oder weil die nach dem Tarifvertrag vorgesehene Arbeitnehmervertretung nicht gebildet worden ist, so kann eine zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung nicht bestellt werden; denn die durch Tarifvertrag errichteten zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungen können ihre Aufgaben nur in *Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat* bzw. der nach dem Tarifvertrag an dessen Stelle tretenden Arbeitnehmervertretung erfüllen (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 60; GK-BetrVG/*Franzen* § 3 Rn. 29; DKKW/*Trümmer* § 3 Rn. 135).

Zusätzliche Arbeitnehmervertretungen im Rahmen der Betriebsverfassung erfordern eine **Organstruktur** (BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12, NZA 2015, 1397 Rn. 30 ff.). Es genügt nicht, dass Arbeitnehmer lediglich Hilfsfunktionen für den Betriebsrat wahrnehmen. Deren Hinzuziehung ist zwar zulässig; sie darf aber nicht eine direkte Kommunikation zwischen Betriebsrat und Belegschaft verhindern.

## D. Tarifvertrag als Rechtsgrundlage für die vom Gesetz abweichende Gestaltungsmöglichkeit

### I. Parteien des Tarifvertrags

#### 1. Tarifvertragspartei auf der Arbeitgeberseite

a) Da die Bestimmung keine Sonderregelung trifft, kann der Tarifvertrag, der eine vom Gesetz abweichende Arbeitnehmervertretungsstruktur oder zusätzliche Vertretungen einführt, mit dem Arbeitgeber (**Firmentarifvertrag**) oder dem Arbeitgeberverband abgeschlossen werden, dem der Arbeitgeber als Mitglied angehört (**Verbandstarifvertrag**). Beide Möglichkeiten sind nach dem Tarifvertragsrecht eröffnet (§ 2 Abs. 1 TVG; ebenso *Fitting* § 3 Rn. 13; GK-BetrVG/*Franzen* § 3 Rn. 30; HWGNRH/*Rose* § 3 Rn. 16; *Utermark* Betriebsverfassung S. 185 f.; *Eich* FS Weinsbach, 2002, 17 (20 f.); *Hanau/Wackerbarth* FS Ulmer, 2003, 1303 (1309); *Thüsing* ZIP 2003, 693 (697)). Bei einem Verbandstarifvertrag scheidet jedoch ein **Flächentarifvertrag** wegen der in Abs. 1 genannten Tatbestandsvoraussetzungen aus; es kommt nur ein auf die beteiligten Unter-

nehmen bezogener Verbandstarifvertrag in Betracht (ebenso HWGNRH/Rose § 3 Rn. 16; *Utermark* Betriebsverfassung S. 185 f.; *Eich* FS Weinspach, 2002, 17 (20 f.); *Hanau/Wackerbarth* FS Ulmer, 2003, 1303 (1309)).

- 57 b) Da durch Tarifvertrag Betriebsverfassungsnormen vereinbart werden, ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der **Arbeitgeber tarifgebunden** ist (§ 3 Abs. 2 TVG). Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Tarifvertragsparteien bei Wahrnehmung der ihnen hier durch das Gesetz eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten noch im Rahmen ihrer tarifautonomen Zuständigkeit handeln (so auch zu § 3 aF *Wißmann*, Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation, 2000, 23 ff.; aA *Richardi*, 7. Aufl. 1998, Einl. Rn. 139 und § 3 Rn. 14; → Rn. 2, 5). Darauf beruht, dass das Gesetz im Gegensatz zum bisherigen Recht von dem Erfordernis einer staatlichen Zustimmung zu abweichenden Regelungen absieht.
- 58 Bei einem **Verbandstarifvertrag** muss die **Zuständigkeit des Arbeitgeberverbandes** sich auf die beteiligten Unternehmen beziehen. Das gilt auch, wenn zwischen ihnen eine Konzernbindung besteht. Es genügt nicht, dass das herrschende Unternehmen, dem die Konzernleitungsmacht zufällt („Konzernmutter“), Mitglied des Arbeitgeberverbandes ist. Möglich ist jedoch, dass dieser bei entsprechender Vertretungsmacht im Namen der beteiligten Unternehmen einen Tarifvertrag schließt. Wegen der rechtlichen Selbstständigkeit der Konzernunternehmen ist der Konzern als solcher nicht tariffähig; die Konzernobergesellschaft hat nicht auf Grund der Leitungsmacht die Befugnis, einen Konzertarifvertrag mit normativer Wirkung für die Tochtergesellschaften abzuschließen (ebenso *Hanau/Wackerbarth* FS Ulmer, 2003, 1303 (1310); *Thüsing* ZIP 2003, 693 (698)).

## 2. Tarifvertragspartei auf der Arbeitnehmerseite

- 59 a) Den Tarifvertrag kann auf Arbeitnehmerseite nur eine **tarifzuständige Gewerkschaft** schließen (BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 23 ff.). Die Tarifzuständigkeit muss für alle Arbeitsverhältnisse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer gegeben sein (so BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 25). Diese Voraussetzung muss auch erfüllt sein, wenn eine Arbeitnehmervertretungsstruktur unternehmensübergreifend eingeführt werden soll. Bei einem Konzern ist deshalb Voraussetzung, dass die Tarifzuständigkeit sich auf sämtliche vom Tarifvertrag erfassten Betriebe erstreckt (ebenso *Thüsing* ZIP 2003, 693 (699)).
- 60 Obwohl für die Tarifgeltung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers genügt (§ 3 Abs. 2 TVG), gebieten Sinn und Zweck der Einbeziehung in die Betriebsverfassung, dass die Gewerkschaft **im Betrieb vertreten** sein muss (so zutr. BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 26 ff.; ebenso *Fitting* § 3 Rn. 15; *Schneider* Tarifmehrheiten S. 240 ff.). Es muss also mindestens ein Arbeitnehmer des Betriebs der tarifschließenden Gewerkschaft angehören.
- 61 b) Das Gesetz berücksichtigt nicht, dass **verschiedene Gewerkschaften** tarifzuständig sein können. Möglich ist es deshalb, dass Tarifverträge mit unterschiedlichem Regelungsinhalt für eine vom Gesetz abweichende Betriebsratsstruktur oder zusätzliche Interessenvertretungen bestehen. Die Tarifpluralität führt hier zur Tarifkonkurrenz, da nur ein Tarifvertrag gelten kann. Das Gesetz enthält keine Regelung für die **Tarifkollision**. Das sonst zur Lösung der Tarifkonkurrenz geltende Spezialitätsprinzip ermöglicht keine sachgerechte Abgrenzung (ebenso *Utermark* Betriebsverfassung S. 189; *Annuß* NZA 2002, 290 (293); *Friese* ZfA 2003, 237 (273); aA *Thüsing* ZIP 2003, 693 (699)). Närer läge es, den Vorrang dem Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft zu geben, die im Vergleich zu den konkurrierenden Gewerkschaften die größte Sachnähe aufweist (so *Friese* ZfA 2003, 237 (276); ähnlich *Utermark* Betriebsverfassung S. 191 ff.). Da insoweit aber die Satzung den Ausschlag gibt, wird sie im Regelfall keine Abgrenzung ermöglichen. Deshalb wird angenommen, dass bei Zuständigkeit mehrerer im Betrieb vertretenen Ge-

werkschaften der Tarifvertrag nur mit den Gewerkschaften einheitlich geschlossen werden kann (*Fitting*, 24. Aufl. 2008, § 3 Rn. 16; *Teusch* NZA 2007, 124 (129)). Das Gesetz enthält diese Begrenzung aber nicht (BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 32 ff.; *Schneider* Tarifmehrheiten S. 249 f.). Vorgeschlagen wird, der Gewerkschaft den Vorrang zu geben, die unter den Arbeitnehmern des von der Regelung erfassten Organisationsbereichs die größte Mitgliederzahl hat (*Fitting* § 3 Rn. 16g; *Friese* ZfA 2003, 237 (276 ff.)). Diese Lösung hat das Tarifeinheitsgesetz durch § 4a Abs. 3 iVm Abs. 2 S. 2–4 TVG bestätigt (ebenso *Wendeling-Schröder* NZA 2015, 525). Ein Tarifvertrag wird nicht dadurch unwirksam, dass eine andere Gewerkschaft einen konkurrierenden Tarifvertrag abschließt (so aber *Annuß* NZA 2002, 290 (293); wie hier *Utermark* Betriebsverfassung S. 187; iErg auch BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7). Ausschlaggebend muss sein, ob ein Tarifvertrag die gesetzlichen Voraussetzungen für die Betriebsersetzung erfüllt (→ Rn. 22 ff., 31, 38 ff.). Ist dies der Fall, so bleibt er für die Amtsperiode der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretung verbindlich (ebenso *Schneider* Tarifmehrheiten S. 288). Das gilt bei einer Tarifkollision zu einem späteren Zeitpunkt aber nur, wenn er dann noch einer Mehrheitsfeststellung entspricht (§ 4a Ab. 2 S. 3 TVG).

## II. Erstreichbarkeit

Da für den Tarifvertrag die Zustimmung einer staatlichen Stelle als Wirksamkeitsvoraussetzung entfallen ist, gelangt man zu dem Ergebnis, dass ein Tarifvertrag erstreikt werden kann (so BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 38 ff.; krit. *Kort*; ebenso DKKW/*Trümmer* § 3 Rn. 215; *Giesen* Rechtsgestaltung S. 563; *Däubler* AuR 2001, 285 (288); *Konzen* RdA 2001, 76 (86); *Rieble* ZIP 2001, 133 (139); aA *Fitting* § 3 Rn. 20; GK-BetrVG/*Franzen* § 3 Rn. 32; HWGNRH/*Rose* § 3 Rn. 23 ff.; *Stege/Weinspach/Schäfer* § 3 Rn. 11; *Utermark* Betriebsverfassung S. 171 ff.; *Eich* FS Weinspach, 2002, 17 (23 ff.); *Hanau/Wackerbarth* FS Ulmer, 2003, 1303 (1311); *Hohenstatt/Dzida* DB 2001, 2498 (2501); *Reichold* NZA 2001, 857 (859); *Friese* ZfA 2003, 237 (259 ff., insbes. 265 ff.); *Thüsing* ZIP 2003, 693 (701); vgl. auch *Picker* RdA 2001, 259 (278)). Soweit eine Gewerkschaft die tarifvertragliche Friedenspflicht und das ultima ratio-Gebot einhält, kann nämlich jede Tarifforderung den Gegenstand eines Arbeitskampfes bilden. Dennoch bestehen Bedenken; denn die Gestaltung der Betriebsratsstrukturen fällt nicht unter die tarifautonome Regelungszuständigkeit (→ Rn. 2, 13). Es handelt sich daher um keine Angelegenheit, für die wie sonst bei einem tarifvertraglichen Regelungsstreit der Arbeitskampf als ultima ratio in Betracht kommt. Wenn die Tarifvertragsparteien keine Einigung erzielen, bleibt es bei der gesetzlichen Regelung.

## III. Rechtswirkungen einer Tarifvertragsregelung zur Betriebsersetzung

### 1. Ersetzung des gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsorgans

Sofern der Tarifvertrag nichts anderes bestimmt, sind Regelungen nach Abs. 1 Nr. 1–3 erstmals bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl anzuwenden, es sei denn, es besteht kein Betriebsrat oder es ist aus anderen Gründen eine Neuwahl des Betriebsrats erforderlich (Abs. 4 S. 1). Sieht der Tarifvertrag einen anderen Wahlzeitpunkt vor, so endet die Amtszeit bestehender Betriebsräte, die durch die Tarifvertragsregelung entfallen, mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses (Abs. 4 S. 2).

Die nach dem Gesetz gebildeten Betriebsräte verlieren ihr Amt also nicht schon mit dem **Inkrafttreten des Tarifvertrags**, sondern entweder mit Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Amtszeit oder vorher mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses für die nach dem Tarifvertrag gebildeten Arbeitnehmervertretungen. Für die Anerkennung eines Über-

gangsmandats iSd § 21a besteht deshalb kein Raum (aA *Thüsing* ZIP 2003, 693 (702)). Da zu den Pflichten eines Betriebsrats aber gehört, vor Ablauf seiner Amtszeit einen Wahlvorstand zu bestellen (§ 16), um die Kontinuität der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerrepräsentation zu sichern, gilt dies auch für die Ersetzung der gesetzlichen durch eine tarifvertragliche Betriebsratsstruktur. Da durch sie der Betrieb als betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit gespalten oder mit anderen Betrieben und Betriebsteilen zusammengefasst wird, findet für die Zuständigkeit zur Bestellung eines Wahlvorstandes § 21a entsprechend Anwendung.

## 2. Ersetzung des Betriebs iSd Gesetzes als Rechtsfolge

- 65 a) Betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheiten, die auf Grund eines Tarifvertrags nach Abs. 1 Nr. 1–3 gebildet worden sind, gelten nach Abs. 5 S. 1 als „Betriebe im Sinne dieses Gesetzes“. Daraus leitet die Begründung des RegE zutreffend ab, dass für diese Organisationseinheit auch die Bestimmungen über die Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9), die Größe der Ausschüsse (§§ 27, 28) und die Zahl der Freistellungen (§ 38) gelten (BT-Drs. 14/5741, 35). Ob die bisherigen Betriebe ihre betriebsverfassungsrechtliche Identität verlieren, hängt vom Inhalt der Tarifvertragsregelung ab. Für eine Zusammenfassung nach Abs. 1 Nr. 1 lit. b bleibt sie erhalten, so dass eine Betriebsvereinbarung im fingierten Einheitsbetrieb für ihren Geltungsbereich weitergilt (BAG 18.3.2008, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 6).
- 66 b) Auf die in den Organisationseinheiten gebildeten Arbeitnehmervertretungen finden, wie Abs. 5 S. 2 klarstellt, die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung. Es gilt insoweit Gleiches wie für die nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 aF gebildete Errichtung einer anderen Betriebsvertretung der Arbeitnehmer (vgl. *Richardi*, 7. Aufl. 1998, § 3 Rn. 33, 34).
- 67 Für die Errichtung einer anderen Betriebsvertretung der Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 aF konnte der Tarifvertrag Bestimmungen über die Wahl und Zusammensetzung der Arbeitnehmervertretungen sowie über deren Amtszeit, Organisation und Geschäftsführung treffen (vgl. *Richardi*, 7. Aufl. 1998, § 3 Rn. 30; GK-BetrVG/Kraft, 6. Aufl. 1998, § 3 Rn. 32; *Nikisch*-ArbR III S. 72; *Nipperdey/Säcker* in *Hueck/Nipperdey* ArbR II/2 S. 1224). Das Gesetz beschränkt sich aber nunmehr ausdrücklich auf die Anordnung der Fiktionswirkung für den Betrieb (Abs. 5 S. 1). Daraus folgt, dass der Tarifvertrag für die durch ihn vereinbarte Betriebsratsstrukturen keine vom Gesetz abweichende Bestimmungen über die Wahlberechtigung, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren, die Zusammensetzung und die Amtszeit sowie über die Organisation und Geschäftsführung treffen kann (ebenso *Friese* RdA 2003, 92 (101)). Abweichungen ergeben sich nur insoweit, als an die Stelle des Betriebes die durch Tarifvertrag vereinbarte betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit tritt.
- 68 c) Die vom Gesetz abweichende Ersetzung des Betriebes bezieht sich auf die Betriebsverfassung. Sie gilt für andere Gesetze nur insoweit, als in ihnen dem Betriebsrat eine Funktion zugewiesen ist oder es sich wie bei der Schwerbehindertenvertretung nach § 94 SGB IX um eine zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung handelt (BAG 10.11.2004, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 4), nicht aber, soweit der Betriebsbegriff sonst der Regelung zugrunde gelegt wird, wie zB im Anwendungsbereich des KSchG (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 76; GK-BetrVG/Franzen § 3 Rn. 68; HWGNRH/Rose § 3 Rn. 113; DKKW/Trümmer § 3 Rn. 210; Oberthür/Seitz/Frahm, Betriebsvereinbarungen B. 1 Rn. 30; zur Variabilität des Betriebsbegriffs *Richardi* FS Wiedemann, 2002, 493 ff.).
- 69 Das Tarifeinheitsgesetz hat allerdings dem Betrieb bei kollidierenden Tarifverträgen für die Mehrheitsfeststellung die tarifvertragliche Betriebsersetzung gleichgestellt (§ 4a Abs. 2 S. 4 TVG).

### 3. Rückkehr zur gesetzlichen Regelung

Das betriebsverfassungsrechtliche Organisationsrecht wird vom Tarifvertrag nur für **70** die Zeit von dessen voller zwingender normativer Wirkung verdrängt (ebenso *Wißmann*, Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation, 2000, 175; *Thüsing* ZIP 2003, 693 (704)). Endet der Tarifvertrag, ohne dass gleichzeitig ein neuer Tarifvertrag in Kraft tritt, so entfällt damit die Rechtsgrundlage für die tarifliche Betriebsratsstruktur; denn eine Nachwirkung betriebsverfassungsrechtlicher Normen gibt es nicht. Daraus folgt aber nicht, dass mit dem Ablauf des Tarifvertrages die Amtsbeendigung eintritt, sondern es findet § 21a entsprechend Anwendung: Die tarifvertraglich gebildete Arbeitnehmervertretung hat ein Übergangsmandat, bis die Betriebsräte auf Grund des Gesetzes neu gewählt werden (ebenso *Utermarck* Betriebsverfassung S. 200; *Thüsing* ZIP 2003, 693 (704); aA *Eich* FS Weinspach, 2002, 17 (31): Fortführung der durch Tarifvertrag gebildeten Gremien bis zum Ablauf der Amtszeit; so auch *Fitting* § 3 Rn. 84; falls die Betriebsratswahl nicht angefochten war, *GK-BetrVG/Franzen* § 3 Rn. 36). Gleiches gilt auch bei einer Änderung des Tarifvertrags oder dessen Ersetzung durch einen anderen Tarifvertrag (BAG 8.12.2010, AP ArbGG 1979 § 83a Nr. 12 Rn. 12; 24.8.2011, AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 13 Rn. 15).

### 4. Rechtsunwirksamkeit des Tarifvertrags

Ist der Tarifvertrag unwirksam, so darf auf seiner Grundlage keine Betriebsratswahl **71** durchgeführt werden (BAG 13.3.2013, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 10 Rn. 21). Erfolgt sie dennoch, so ist sie nach Ansicht des BAG anfechtbar (BAG 13.3.2013, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 10 Rn. 16 ff.; → Rn. 97).

## IV. Rechtslage bei Tarifnormen über die Schaffung zusätzlicher Interessenvertretungen

### 1. Keine Ersetzung des gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsorgans

Die in Abs. 1 Nr. 4 u. 5 genannten Einrichtungen sind, wie es dort heißt, **zusätzliche** **72** **betriebsverfassungsrechtliche Gremien bzw. Vertretungen der Arbeitnehmer**. Abs. 4 u. 5 findet auf sie keine Anwendung. Arbeitnehmerrepräsentant zur Wahrnehmung der Beteiligungsrechte bleiben die gesetzlich vorgesehenen Betriebsvertretungen bzw. die auf Grund eines Tarifvertrages nach Abs. 1 Nr. 1–3 gebildeten Arbeitnehmervertretungen.

### 2. Regelungsinhalt und Rechtsfolgen

a) Organisationseinheit für die Bildung einer Vertretung nach Abs. 1 Nr. 4 oder 5. **73** Aus Nr. 4 ergibt sich, dass die „Arbeitsgemeinschaft“ unternehmensübergreifend gebildet wird, während eine zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung nach Nr. 5 die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern soll; die Organisationseinheit ist daher für sie der Betrieb in der gesetzlichen Abgrenzung bzw. die durch Tarifvertrag gebildete Organisationseinheit, die nach Abs. 5 S. 1 an seine Stelle tritt.

b) Da für den Bereich des Abs. 1 Nr. 4 u. 5 eine besondere Regelung fehlt, richten sich **74** Größe, Zusammensetzung, Organisation und Geschäftsführung dieser betriebsverfassungsrechtlichen Einrichtungen nach dem Tarifvertrag (so auch zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 aF *Richardi*, 7. Aufl. 1998, § 3 Rn. 15 ff.).

c) Wie dem Abs. 5 S. 2 als Umkehrschluss zu entnehmen ist, finden auf die nach **75** Abs. 1 Nr. 4 oder 5 gebildeten Gremien die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder keine Anwendung. Soweit es

um die Rechtsstellung der Mitglieder geht, gilt dies nicht uneingeschränkt. Möglich ist, dass sie dem Betriebsrat bzw. bei Betriebsersetzung durch Tarifvertrag dem an seiner Stelle gebildeten Mitbestimmungsorgan angehören. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, führen sie ihr Amt **unentgeltlich als Ehrenamt**. Jede Vergütung für die Amtsführung ist ausgeschlossen, aber erforderliche Aufwendungen sind ihnen zu ersetzen (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 57, 64; *GK-BetrVG/Franzen* § 3 Rn. 55, 56; *HWGNRH/Rose* § 3 Rn. 91; *DKKW/Trümner* § 3 Rn. 126, 143). Bei notwendiger Arbeitsversäumnis darf auch keine Minderung des Arbeitsentgelts eintreten; das ergibt sich aus § 78, der das Benachteiligungsverbot ausdrücklich auf die in § 3 Abs. 1 genannten Vertretungen der Arbeitnehmer erstreckt und damit auch die hier in Nr. 4 u. 5 genannten Vertretungen einbezieht. IÜ finden die Vorschriften der §§ 37, 38 aber auf sie keine Anwendung (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 57, 64; *HWGNRH/Rose* § 3 Rn. 90). Sie unterliegen jedoch der Geheimhaltungspflicht wie die Betriebsratsmitglieder (§ 79 Abs. 2).

- 76 Wenn die Mitglieder der zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Einrichtungen nicht dem Betriebsrat bzw. bei Betriebsersetzung durch Tarifvertrag auch nicht der als Mitbestimmungsorgan gebildeten Arbeitnehmervertretung angehören, genießen sie **nicht den besonderen Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung** (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 57, 64; *HWGNRH/Rose* § 3 Rn. 90; aA *DKKW/Trümner* § 3 Rn. 126, 139). Nur ein **relativer Kündigungsschutz** im Rahmen der §§ 20, 78 kommt für sie in Betracht, dh eine Kündigung ist nichtig, wenn sie nur deshalb erfolgt, um einem Mitglied die Ausübung seines Amtes unmöglich zu machen oder es wegen seiner Tätigkeit zu maßregeln (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 64; *ErfK/Koch* § 3 Rn. 8).
- 77 d) Der Tarifvertrag kann die Amtszeit der zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Einrichtung begrenzen. Eine nach Abs. 1 Nr. 5 gebildete zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretung endet in jedem Fall, wenn kein neuer Betriebsrat bzw. die ihn ersetzende Arbeitnehmervertretung gewählt wird, weil die betriebsverfassungsrechtliche Sondervertretung nur neben der Arbeitnehmervertretung, die als Mitbestimmungsorgan tätig wird, ihre Funktion hat (ebenso *Fitting* § 3 Rn. 60; für den Fall, dass das Amt der Arbeitnehmervertretung nicht nur vorübergehend endet, *DKKW/Trümner* § 3 Rn. 140).

## DIE FACHBUCHHANDLUNG

### E. Regelung durch Betriebsvereinbarung

#### I. Gestaltungsbereich

- 78 Besteht in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 oder 5 keine tarifliche Regelung und gilt auch kein anderer Tarifvertrag, so kann die Regelung durch Betriebsvereinbarung getroffen werden (Abs. 2). Da Abs. 1 Nr. 3 nicht in Bezug genommen wird, ist den Betriebsparteien die den Tarifvertragsparteien eröffnete Gestaltungsmöglichkeit, andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen einzuführen, versagt.

#### 1. Begrenzte Regelungsbefugnis

- 79 a) **Regelungsgegenstand.** Durch Betriebsvereinbarung können zur Betriebsersetzung im Sinne dieses Gesetzes (Abs. 5 S. 1) **nur die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats oder eines betriebsübergreifenden Betriebsrats innerhalb eines Unternehmens sowie die Bildung von Spartenbetriebsräten** vorgesehen werden (Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 1 u. 2; → Rn. 16 ff., 24 ff.).
- 80 Daneben kommt eine Regelung durch Betriebsvereinbarung nur in Betracht für **zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften)** und **zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer** (Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 4 u. 5; → Rn. 46 ff., 50 ff.).