

Durch die Etablierung eines Gremiums gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb darf **kein Ersatzbetriebsrat** geschaffen werden. Eine Schranke für ihre Tätigkeit im Betrieb ergibt sich daraus, dass der Betriebsrat in der Ausübung seiner Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden darf (§ 78 S. 1). Die gewerkschaftlichen Vertrauensleute haben deshalb zu beachten, dass die Gewerkschaft, auch soweit sie an der Betriebsverfassung beteiligt wird, kein eigenständiges Recht hat, sich in die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einzuschalten. 175

Problematisch ist, ob und in welchem Umfang **Tarifverträge zugunsten gewerkschaftlicher Vertrauensleute** zulässig sind. Soweit festgelegt wird, dass die Funktionsträger wegen ihrer Eigenschaft und Tätigkeit nicht benachteiligt werden dürfen, wird lediglich wiederholt, was sich aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ergibt. Soweit darüber hinaus aber ein *besonderer Kündigungs- und Versetzungsschutz* vereinbart oder der Gewerkschaft ein *Beteiligungsrecht* eingeräumt wird, ist eine derartige Sonderregelung unzulässig. Sie verstößt gegen § 75 Abs. 1, der eine unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung verbietet (vgl. auch Bötticher RdA 1978, 133 (142 f.)). Außerdem liegt ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG vor, soweit gewerkschaftliche Vertrauensleute gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern in ihrem Arbeitsverhältnis privilegiert werden (vgl. zur Zulässigkeit von Tarifverträgen über den Schutz und die Erleichterung der Tätigkeit gewerkschaftlicher Vertrauensleute: bejahend Fitting § 2 Rn. 90; GK-BetrVG/Franzen § 2 Rn. 101; Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, 1974, 392 ff.; Däubler Gewerkschaftsrechte Rn. 521 ff.; Weiss, Gewerkschaftliche Vertrauensleute, 1978; Wlotzke RdA 1976, 80 ff.; Zachert BB 1976, 514 ff.; Wirtz, Die Stellung der gewerkschaftlichen Vertrauensleute im Betrieb und in der Gewerkschaftsorganisation, 1978, 233 ff.; verneinend DHS/Scholz GG Art. 9 Rn. 234; Losacker ArbRGegw. 17 (1965), 56 ff.; Bulla BB 1975, 889 ff.; Kraft ZfA 1976, 243 ff.; Blomeyer DB 1977, 101 ff.; Bötticher RdA 1978, 133 ff.; offen gelassen BAG 8.10.1997, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 29). 176

Nicht verwechselt werden dürfen die gewerkschaftlichen Vertrauensleute mit den sog. **Kommunikationsbeauftragten**. Diese kann der Betriebsrat im Rahmen von § 40 BetrVG als Hilfspersonen hinzuziehen, um ihn bei der Kommunikation mit der Belegschaft zu unterstützen (BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12, NZA 2015, 1397). Allerdings muss ihr Einsatz auf Hilfen bei der Informationsvermittlung zwischen Betriebsrat und Belegschaft beschränkt sein (LAG Nürnberg 24.10.2024 – 5 TaBV 6/24, BeckRS 2024, 40880 Rn. 46) und darf die direkte Kommunikation zwischen beiden nicht verhindern. Kommunikationsbeauftragte kann der Betriebsrat durch einfachen Mehrheitsbeschluss bestellen; eine Verhältniswahl ist nicht erforderlich. Für die Auswahl darf es wegen des Diskriminierungsverbots nach § 75 Abs. 1 BetrVG keine Rolle spielen, ob die Hilfsperson organisiert ist und welcher Gewerkschaft sie angehört. 177

VII. Streitigkeiten

Streitigkeiten über Befugnisse der Koalitionen innerhalb der Betriebsverfassung entscheidet das **Arbeitsgericht im Beschlussverfahren** (§ 2a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ArbGG iVm §§ 80 ff. ArbGG). Dabei spielt keine Rolle, ob es sich um ein eigenständiges Recht der Gewerkschaften handelt oder ob lediglich eine Reflexberechtigung besteht, wie bei der Teilnahme an einer Sitzung des Betriebsrats (ebenso DKW/Berg § 2 Rn. 140; Fitting § 2 Rn. 93). Allerdings kann eine Gewerkschaft die durch die gerichtliche Durchsetzung ihres Zutrittsrechts nach § 2 Abs. 2 entstehenden Kosten nicht als Schaden ersetzt verlangen. Das Beschlussverfahren kennt grds. weder eine Kostenentscheidung noch eine Kostenerstattung. Ebenso wenig bestehen Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB (BAG 2.10.2007 – 1 ABR 59/06, NZA 2008, 372). 178

- 179 In dringenden Fällen kann eine **einstweilige Verfügung** beantragt werden (§ 85 Abs. 2 ArbGG). Das spielt vor allem eine Rolle, wenn der Arbeitgeber einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft das Zugangsrecht nach Abs. 2 bestreitet; der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung steht in diesem Fall nicht entgegen, dass das Ergebnis des Hauptverfahrens vorweggenommen wird (ebenso BAG 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 Rn. 45 (obiter dictum); LAG Hamm 9.3.1972, AP BetrVG 1972 § 2 Nr. 1; ArbG Verden 7.10.2013 – 1 BVGa 1/13, NZA-RR 2014, 19; DKW/Berg § 2 Rn. 141; Däubler, Gewerkschaftsrechte Rn. 729; Fitting § 2 Rn. 94; ErfK/Koch § 2 Rn. 4; Kremp AuR 1973, 193 (201)).
- 180 Für einen Streit darüber, ob und inwieweit eine Gewerkschaft in einem Betrieb **Werbe- und Informationsmaterial** verteilen und Plakate anbringen lassen darf und ob sie zu diesem Zweck ein Zugangsrecht zum Betrieb hat, sind ebenfalls die Arbeitsgerichte zuständig (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG); sie entscheiden aber nicht im Beschlussverfahren, sondern im Urteilsverfahren nach § 2 Abs. 5 ArbGG iVm §§ 46 ff. ArbGG (BAG 14.2.1967, AP GG Art. 9 Nr. 10; 30.8.1983, AP GG Art. 9 Nr. 38; DKW/Berg § 2 Rn. 144; Däubler, Gewerkschaftsrechte Rn. 728; Fitting § 2 Rn. 96; aA Brox BB 1965, 1326).
- 181 Gleiches gilt für Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsstellung **gewerkschaftlicher Vertrauensleute** im Betrieb. Soweit der Rechtsstreit sich aber auf die Frage beschränkt, ob durch die Etablierung eines Gremiums gewerkschaftlicher Vertrauensleute eine Störung oder Behinderung der Betriebsrats Tätigkeit eintritt, handelt es sich um eine Streitfrage, die sich auf die Betriebsverfassung bezieht und für die deshalb das Beschlussverfahren die richtige Verfahrensart ist (§ 2a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ArbGG iVm §§ 80 ff. ArbGG; vgl. auch Böttcher RdA 1978, 133 (135)). Entsprechendes gilt für die Bestellung von Kommunikationsbeauftragten (→ Rn. 177) zur Unterstützung des Betriebsrats (BAG 29.4.2015 – 7 ABR 102/12, NZA 2015, 1397).

§ 3 Abweichende Regelungen

- (1) Durch Tarifvertrag können bestimmt werden:
1. für Unternehmen mit mehreren Betrieben
 - a) die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats oder
 - b) die Zusammenfassung von Betrieben,
 wenn dies die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient;
 2. für Unternehmen und Konzerne, soweit sie nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind und die Leitung der Sparte auch Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft, die Bildung von Betriebsräten in den Sparten (Spartenbetriebsräte), wenn dies der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient;
 3. andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen, soweit dies insbesondere aufgrund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder aufgrund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient;
 4. zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien (Arbeitsgemeinschaften), die der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen dienen;
 5. zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeitnehmer, die die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern.
- (2) Besteht in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 2, 4 oder 5 keine tarifliche Regelung und gilt auch kein anderer Tarifvertrag, kann die Regelung durch Betriebsvereinbarung getroffen werden.

(3) ¹Besteht im Fall des Absatzes 1 Nr. 1 Buchstabe a keine tarifliche Regelung und besteht in dem Unternehmen kein Betriebsrat, können die Arbeitnehmer mit Stimmenmehrheit die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen. ²Die Abstimmung kann von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern des Unternehmens oder einer im Unternehmen vertretenen Gewerkschaft veranlasst werden.

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

(5) ¹Die aufgrund eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung nach Absatz 1 Nr. 1 bis 3 gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten gelten als Betriebe im Sinne dieses Gesetzes. ²Auf die in ihnen gebildeten Arbeitnehmervertretungen finden die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung.

Abgekürzt zitiertes Schrifttum: Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002; Pingel, Strukturbetriebsvereinbarungen (Diss. München 2024); Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung. Anwendungsmöglichkeiten und Reformbedarf des § 3 BetrVG unter besonderer Berücksichtigung moderner Unternehmensstrukturen (Diss. Köln 2020); Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen, 3. Aufl. 2021; Rieble, Vereinbarte Betriebsratsstruktur im Unternehmen und Konzern, in Bauer/Rieble, Arbeitsrecht 2001 (RWS-Forum 21), 2002, 25; Schmiede, Betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen durch Tarifvertrag (Diss. Regensburg 2005), 2007; M. Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung (Diss. Nürnberg-Erlangen), 2014; Teusch, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag (Diss. Potsdam 2006), 2007; Utermark, Die Organisation der Betriebsverfassung als Verhandlungsgegenstand (Diss. Hamburg 2004), 2005.

Zu § 3 aF Spinner, Die vereinbarte Betriebsverfassung (Diss. Freiburg 2000), 2000; T. Wißmann, Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation (Diss. Bonn 1999), 2000; weit. Nachw. zu § 3 aF in der 7. Aufl. 1998.

Übersicht

	Rn.
A. Vorbemerkung	1
I. Überblick	1
1. Gesetzeslage bis zum BetrVerf-ReformG 2001	1
2. Regelungsinhalt und Zweck der Gesetzesbestimmung	3
a) Gestaltungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag	3
b) Nachrangigkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung und durch die Belegschaft	6
II. Verfassungskonformität der Gesetzesregelung?	8
1. Paradigmenwechsel	8
2. Betriebsersetzung durch Tarifvertrag als betriebsverfassungsrechtlicher Delegationsakt	11
a) Verschiedenheit des Regelungsgegenstandes	11
b) Betriebsersetzung mit Geltung für Außenseiter	12
3. Grundrecht der Koalitionsfreiheit	13
B. Betriebsersetzung durch Tarifvertrag	15
I. Betriebsübergreifender Repräsentationsbereich für die Bildung eines Betriebsrats im Unternehmen	16
1. Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats	16
2. Zusammenfassung von Betrieben	20
3. Erleichterung der Betriebsratsbildung oder sachgerechte Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen als zusätzliche Voraussetzung	22
II. Bildung von Spartenbetriebsräten	26
1. Sparte als betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit	27

2. Spartenorganisation	29
3. Zuständigkeit der Spartenleitung in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten	32
4. Spartenbetriebsratsorganisation	33
5. Bildung eines Betriebsrats neben den Spartenbetriebsräten	36
III. Schaffung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen	37
1. Generalklausel	37
2. Kein Freibrief für die Tarifvertragsparteien	39
3. Voraussetzungen	40
a) Besonderheit der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation	41
b) Wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer ..	42a
c) Andere Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen	44
C. Zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen durch Tarifvertrag	46
I. Arbeitsgemeinschaften für unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen	46
II. Zusätzliche Vertretungen der Arbeitnehmer	50
1. Inhalt und Umfang der Ermächtigung	51
2. Erleichterung einer Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer	53
D. Tarifvertrag als Rechtsgrundlage für die vom Gesetz abweichende Gestaltungsmöglichkeit	56
I. Parteien des Tarifvertrags	56
1. Tarifvertragspartei auf der Arbeitgeberseite	56
2. Tarifvertragspartei auf der Arbeitnehmerseite	59
II. Erstreikbarkeit	62
III. Rechtswirkungen einer Tarifvertragsregelung zur Betriebsersetzung	63
1. Ersetzung des gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsorgans	63
2. Ersetzung des Betriebs iSd Gesetzes als Rechtsfolge	65
3. Rückkehr zur gesetzlichen Regelung	70
4. Umstrukturierungen	70a
5. Rechtsunwirksamkeit des Tarifvertrags	71
IV. Rechtslage bei Tarifnormen über die Schaffung zusätzlicher Interessenvertretungen	72
1. Keine Ersetzung des gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmungsorgans	72
2. Regelungsinhalt und Rechtsfolgen	73
E. Regelung durch Betriebsvereinbarung	78
I. Gestaltungsbereich	78
1. Begrenzte Regelungsbefugnis	79
a) Regelungsgegenstand	79
b) Tarifvorbehalt	81
c) Materielle Kriterien für die Betriebsersetzung	83
2. Regelungszuständigkeit zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung	84
a) Regelungszuständigkeit auf Arbeitnehmerseite	84
b) Regelungszuständigkeit auf Arbeitgeberseite	87
II. Rechtswirkungen der Betriebsvereinbarung	88
F. Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats durch Beschluss der Arbeitnehmer	90
I. Voraussetzungen	90
II. Verfahren	93
III. Wechsel vom unternehmenseinheitlichen Betriebsrat zu Einzelbetriebsräten ..	96
IV. Rechtswirkungen des Beschlusses zur Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats	97
G. Streitigkeiten	98

A. Vorbemerkung

I. Überblick

1. Gesetzeslage bis zum BetrVerf-ReformG 2001

- 1 Bis zum BetrVerf-ReformG 2001 konnten nach der alten Fassung des § 3 Abs. 1 durch Tarifvertrag lediglich zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen der Arbeit-

nehmer bestimmter Beschäftigungsarten oder Arbeitsbereiche (Arbeitsgruppen) geschaffen werden (Nr. 1) und die Errichtung einer anderen Vertretung der Arbeitnehmer nur für Betriebe vorgesehen werden, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten entgegenstanden (Nr. 2); außerdem waren die Tarifvertragsparteien ermächtigt, die Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben abweichend vom Gesetz zu regeln, soweit dadurch die Bildung von Vertretungen der Arbeitnehmer erleichtert wird (Nr. 3). Trotz dieser geringfügigen Einflussnahme auf die gesetzliche Organisation der Betriebsverfassung war vorgesehen, dass die Tarifverträge der Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde des Landes bzw. bei Tarifverträgen, deren Geltungsbereich mehrere Länder berühren, der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung bedurften (Abs. 2 aF).

Diese **eng begrenzte Gestaltungsmöglichkeit durch Tarifvertrag**, die unter den **Vorbehalt einer staatlichen Zustimmung** gestellt war, wurde als Bestätigung herangezogen, dass das Organisationsrecht der Betriebsverfassung zwingend war (vgl. Richardi, 7. Aufl. 1998, Rn. 1). Im Schrifttum wurde darauf hingewiesen, dass die Tarifvertragsparteien nicht im Rahmen ihrer tarifautonomen Zuständigkeit tätig wurden, sondern eine besondere gesetzlicher Ermächtigung wahrnahmen, die eine Delegation zur Rechtsetzung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage darstellte (vgl. Richardi, 7. Aufl. 1998, Einl. Rn. 139; zust. Picker RdA 2001, 257 (282 f.); bereits zu § 20 Abs. 3 BetrVG 1952 Richardi Kollektivgewalt S. 250 f.; mit Hinweis auf einen Konflikt zwischen den nicht-organisierten Arbeitnehmern und der Gewerkschaft Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, 276; aA vor allem Wißmann, Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation, S. 22 ff.). Durch das Zustimmungserfordernis war dem Staat das Recht zur Mitentscheidung im Sinne eines Kondominiums eingeräumt; die zuständige Arbeitsbehörde war nicht bloß auf eine Rechtsaufsicht beschränkt, sondern hatte einen eigenen Ermessensspielraum (so Richardi, 7. Aufl. 1998, Rn. 56; ebenso Fitting, 20. Aufl. 2000, § 3 Rn. 65; GK-BetrVG/Kraft, 6. Aufl. 1982, § 3 Rn. 36; aA DKK/Trümner, 7. Aufl. 2000, § 3 Rn. 71 f.). Nach der Begründung des RegE zu § 3 BetrVG sollte das staatliche Zustimmungserfordernis „sicherstellen, dass abweichende Regelungen dem Grundgedanken des Betriebsverfassungsgesetzes nicht widersprechen“ (BT-Drs. VI/1786, 36).

2. Regelungsinhalt und Zweck der Gesetzesbestimmung

a) **Gestaltungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag**. Die Bestimmung hat einen völlig verschiedenen Regelungsinhalt erhalten. Abs. 1 Nr. 1–3 erlaubt den Tarifvertragsparteien, den **Betrieb als Organisationsbasis für die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung** durch eine abweichende Regelung zu ersetzen. An die Stelle des Betriebs tritt die auf Grund des Tarifvertrags gebildete Organisationseinheit (Abs. 5 S. 1); die in ihr gewählte Arbeitnehmervertretung hat die Rechte und Pflichten des Betriebsrats (Abs. 5 S. 2). Vor allem mit Abs. 1 Nr. 2 und 3 trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass Unternehmen und Konzerne vielfach in Form einer „Matrix“ organisiert sind (vgl. Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, Diss. Regensburg 2017).

Neben der „Betriebsersetzung“ gestattet Abs. 1 den Tarifvertragsparteien **zusätzliche Interessenvertretungen der Arbeitnehmer** zu schaffen (Nr. 4 u. 5). Nach ihrer Funktion ersetzen sie nicht den Betriebsrat, der für den Betrieb oder an dessen Stelle tretende Organisationseinheiten gebildet wird.

Trotz der weitreichenden Befugnisse, die den Tarifvertragsparteien für eine betriebsunabhängige Gestaltung der Arbeitnehmervertretungen eingeräumt werden, **verzichtet** das Gesetz auf den in Abs. 2 aF verankerten **Vorbehalt einer Zustimmung durch die oberste Arbeitsbehörde** des Landes bzw. den (damaligen) Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung. Trotz der vielfältig aufgestellten Tatbestandsvoraussetzungen gibt es

niemanden, der präventiv kontrolliert, ob sie eingehalten werden. Begründet wird dies im RegE des BetrVerf-ReformG mit folgenden Worten: „Angesichts der Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte können die Vertragsparteien vor Ort die Sachgerechtigkeit von unternehmensspezifischen Arbeitnehmervertretungsstrukturen besser beurteilen als staatliche Stellen. Außerdem können die Vertragsparteien auf Umstrukturierungen im Unternehmen und Konzern sehr viel schneller reagieren, als dies bei Durchführung eines mitunter zeitaufwändigen Zustimmungsverfahrens möglich wäre“ (BT-Drs. 14/5741, 33). Mit dieser Begründung steht die Gesetzesregelung im Widerspruch; denn sie weist die Regelungsbefugnis nicht den „Vertragsparteien vor Ort“, sondern den Tarifvertragsparteien zu.

- 6 **b) Nachrangigkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung und durch die Belegschaft.** Die den Tarifvertragsparteien eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten können von den Betriebsparteien durch **Abschluss einer Betriebsvereinbarung** nur wahrgenommen werden, wenn keine tarifliche Regelung besteht und auch kein anderer Tarifvertrag gilt (Abs. 2). Geht es um die Einführung „anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen“ (Abs. 1 Nr. 3), ist ihnen diese Gestaltungsmöglichkeit sogar überhaupt versagt. Der Tarifvorbehalt reicht deshalb hier wesentlich weiter als in § 77 Abs. 3 (krit. deshalb Buchner NZA 2001, 633 (635); Hanau RdA 2001, 65 (66); Konzen RdA 2001, 76 (86); Picker RdA 2001, 257 (277); Reichold NZA 2001, 857 (859); Richardi NZA 2001, 346 (350)).
- 7 Die **Belegschaft** wird in die **Errichtung abweichender Vertretungsstrukturen nur ganz ausnahmsweise einbezogen**. Nur wenn kein Tarifvertrag über einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat besteht und in dem gesamten Unternehmen kein Betriebsrat gebildet ist, können die Arbeitnehmer die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen (Abs. 3). Der Gesetzgeber ist nicht der Empfehlung gefolgt, den Belegschaften nach dem Vorbild des § 20 Abs. 2, 3 SprAuG generell die Entscheidung zu überlassen, ob sie jeweils einzelne Betriebsräte oder einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat errichten wollen (so Löwisch DB 1999, 2209 (2210); Richardi NZA 2001, 346 (350)).

II. Verfassungskonformität der Gesetzesregelung?

1. Paradigmenwechsel

- 8 Der Gesetzgeber sieht im Tarifvertrag das „vorrangige Gestaltungsmittel für vom Gesetz abweichende Regelungen“ (Begründung des RegE zum BetrVerf-ReformG, BT-Drs. 14/5741, 33). Das Tarifprivileg soll die Richtigkeit einer abweichenden Gestaltung gewährleisten. Da aber eine Beteiligung des Staats nicht mehr vorgesehen ist, sind die Tarifvertragsparteien nicht mehr in ein Rechtsetzungsverfahren eingeschaltet, für das der Staat die Letztverantwortung trägt. Eine vom Gesetz abweichende Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation durch die Tarifvertragsparteien kann deshalb nicht mehr als staatliche Gestaltung durch beliehene Sachwalter interpretiert werden (ebenso Picker RdA 2001, 257 (283)).
- 9 Der Gesetzgeber hat damit einen **Paradigmenwechsel** vollzogen, der eine **Vielzahl verfassungsrechtlicher Probleme** aufwirft. Die bisher grds. zwingende Anknüpfung der Mitbestimmungsordnung an den Betrieb ist **tarifdispositiv** geworden. Obwohl der Betriebsrat ein koalitionsunabhängiger Repräsentant der Belegschaft ist, wird die für seine Größe und Zusammensetzung maßgebliche Organisationseinheit einer Gestaltungsmöglichkeit durch Tarifvertrag zugewiesen. Da das staatliche Zustimmungserfordernis nicht mehr vorgesehen ist, kann die Einschaltung der Tarifvertragsparteien auch nicht mehr als sachnahe Regelungsinstanz im Rahmen einer Ordnung angesehen werden, für die der Staat die Letztverantwortung behält, sondern es wird die Gestaltung der betriebsver-

fassungsrechtlichen Mitbestimmungsorganisation Verbänden übertragen, die insoweit nicht privatautonom von den Normunterworfenen autorisiert sind (vgl. Picker RdA 2001, 257 (282 ff.)). Da die betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsformen auch die gewerkschaftlich nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer erfassen, besteht eine Legitimationslücke (so zutr. Picker RdA 2001, 257 (288)).

Der Gesetzgeber hat mit seiner Regelung eine Grundsatzproblematik belebt, die im Schrifttum kontrovers gelöst wird, nämlich die Frage, inwieweit tarifliche Rechtsnormen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen gegenüber Außenseitern Geltung beanspruchen können (vgl. Annuß NZA 2002, 290 ff.). Entsprechend wird **verschieden beantwortet**, ob die Gesetzesregelung **verfassungskonform** ist (bejahend BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 14, 16 ff., mzustAnm Kort; Fitting § 3 Rn. 9 ff.; GK-BetrVG/Franzen § 3 Rn. 71 ff.; HWGNRH/Rose § 3 Rn. 9 ff.; JKOS TVR/Krause § 4 Rn. 71; Utermark Betriebsverfassung S. 28 ff.; Teusch Betriebsverfassung S. 42 ff.; Friese ZfA 2003, 237 (246 ff.); Thüsing ZIP 2003, 693 (694 ff.); Kristina Schmidt FS 100 Jahre BetrVR, 2020, 693 (696 ff.); verneinend GK-BetrVG/Kraft, 7. Aufl. 2002, § 3 Rn. 41 ff.; Giesen Rechtsgestaltung S. 309 ff.; Giesen BB 2002, 1480 (1484 ff.); Schmiege, Betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen durch Tarifvertrag, 2007, 182 ff.; Picker RdA 2001, 257 (284, 288 f.); Reichold NZA 2001, 857 (859); Richardi NZA-Sonderheft 2001, 7 (9); Rieble in Bauer/Rieble, Arbeitsrecht 2001, 2002, 25, 46 ff.; vgl. auch Biedenkopf in der Bundesratsdebatte über den RegE am 30.3.2001, Plenarprotokoll 761, S. 127 f.; offen gelassen Annuß NZA 2002, 290 (291)). Die Bedenken richten sich primär gegen die Betriebsersetzung durch Tarifvertrag (Abs. 1 Nr. 1–3), nicht gegen die Schaffung zusätzlicher Interessenvertretungen (Abs. 1 Nr. 4, 5; vgl. Giesen Rechtsgestaltung S. 310 f.; aA auch insoweit zu Nr. 4 Picker RdA 2001, 257 (288 f.)).

2. Betriebsersetzung durch Tarifvertrag als betriebsverfassungsrechtlicher Delegationsakt

a) **Verschiedenheit des Regelungsgegenstandes.** Abs. 1 Nr. 1–3 stimmen zwar darin überein, dass der Tarifvertrag die Organisationseinheit festlegt, die nach Abs. 5 den Betrieb als tatsächlichen Anknüpfungspunkt für die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung ersetzt (vgl. Giesen Rechtsgestaltung S. 308; ähnlich Rieble in Bauer/Rieble, Arbeitsrecht 2001, 2002, 25, 49). Die tatbestandlichen Voraussetzungen in Nr. 1–3 sind aber sehr verschieden. Nr. 1 eröffnet die Schaffung eines betriebsübergreifenden Repräsentationsbereichs, wahrt aber die Zuordnung zu demselben Unternehmen. Nr. 2 ermöglicht unter Derogation der Betriebsabgrenzung betriebsersetzende Organisationseinheiten für Unternehmen und Konzerne, und Nr. 3 eröffnet die Möglichkeit der Bildung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen auch „auf Grund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen“. Die gesetzliche Organisation der Betriebsverfassung wird dadurch zur Disposition der Tarifvertragsparteien gestellt. Da gesetzlich nicht gesichert ist, wer für den Betriebsrat einer ausschließlich durch Tarifvertrag geschaffenen Belegschaft als Arbeitgeber zur Verfügung steht, bestehen bereits unter diesem Blickwinkel Bedenken gegen die Rechtsetzungsdelegationen an die Tarifvertragsparteien. Sie können nur bei einer entsprechend restriktiven Interpretation der Delegationsnorm behoben werden (vgl. auch Utermark Betriebsverfassung S. 75 ff.; Annuß NZA 2002, 290 (291 f.); iErg auch Thüsing ZIP 2003, 693 (695)).

b) **Betriebsersetzung mit Geltung für Außenseiter.** Die Betriebsersetzung durch Tarifvertrag entfaltet eine Außenseiterwirkung. Bei einer Einordnung unter die betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen genügt die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers (§ 3 Abs. 2 TVG). Die Betriebsersetzung muss daher auf Arbeitnehmerseite auch hinnehmen, wer nicht tarifgebunden ist. Nach Ansicht des BVerfG widerspricht es dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip, wenn „der Bürger schrankenlos der normsetzenden Gewalt

der Tarifvertragsparteien ausgeliefert wird, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind“ (BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208 (214)). Von einem unzulässigen Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnisse könne nur dann nicht die Rede sein, wenn der „Inhalt der tarifvertraglichen Regelungen, auf die staatliche Rechtsnormen verweisen, im Wesentlichen feststeht“ (BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208 (215)). Soweit Abs. 1 Nr. 1–3 diesem Konkretisierungserfordernis nicht genügen, sind sie daher verfassungswidrig (so folgerichtig Giesen Rechtsgestaltung S. 309 f.; Giesen BB 2002, 1480 (1484 ff.)). Die Betriebsersetzung durch Tarifvertrag betrifft jedoch nur die Organisation der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsordnung; sie hat zwar Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmer, regelt sie aber nicht unmittelbar. Berücksichtigt man weiterhin, dass bei entsprechender Interpretation der im Gesetz genannten Voraussetzungen die Gestaltungsmöglichkeit durch Tarifvertrag – jedenfalls für Nr. 1 und 2 – im Wesentlichen feststeht, so kann man einen Verstoß gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verneinen (ebenso GK-BetrVG/Franzen § 3 Rn. 71; Utermark Betriebsverfassung S. 75 ff.; Friese ZfA 2003, 237 (248 ff.); Thüsing ZIP 2003, 693 (694 f.)).

3. Grundrecht der Koalitionsfreiheit

- 13 Die Tarifvertragsparteien, die von der ihnen in Abs. 1 Nr. 1–3 eingeräumten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch machen, werden insoweit nicht im Rahmen ihrer tarifautonomen Zuständigkeit tätig, sondern sie nehmen eine **besondere gesetzliche Ermächtigung** wahr (→ Rn. 2). Ihnen ist insoweit eine gesonderte, nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherte betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit übertragen (BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 19 ff.; Utermark Betriebsverfassung S. 38 ff.; Friese ZfA 2003, 237 (243 ff.); zu § 20 Abs. 3 BetrVG 1952 bereits Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, 310 ff.; zust. Nipperdey in Hueck/Nipperdey ArbR II/1 S. 483 Fn. 20a).
- 14 Es stellt sich im Gegenteil die Frage nach der **Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit**, wenn Arbeitnehmer einer anderen Gewerkschaft und nichtorganisierte Arbeitnehmer es hinnehmen müssen, dass die Tarifvertragsparteien auch für sie verbindlich den Betrieb durch eine andere Organisationseinheit für ihre Repräsentation in der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsordnung festlegen können. Darin wird ein Verstoß gegen die **negative Koalitionsfreiheit** erblickt (so bereits Biedenkopf in der Bundesratsdebatte über den RegE am 30.3.2001, Plenarprotokoll 761, S. 127 f.; weiterhin Schmiede, Betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen durch Tarifvertrag, 2007, 262 ff.; Picker RdA 2001, 257 (284); Rieble in Bauer/Rieble, Arbeitsrecht 2001, 2002, 25, 49 f.; aA BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 17 f.; GK-BetrVG/Franzen § 3 Rn. 72; HWGNRH/Rose § 3 Rn. 10; Utermark Betriebsverfassung S. 29 ff.; Schneider Tarifmehrheiten S. 208 ff.; Teusch Betriebsverfassung S. 76 ff.; Thüsing ZIP 2003, 693 (695 f.)). Die negative Koalitionsfreiheit fällt zwar auch unter Art. 9 Abs. 3 GG; ihr Schutz verbietet aber nicht dem Gesetzgeber, den Tarifvertrag in eine sachnahe Regelung einzubeziehen. Entscheidend ist jedoch, dass auch die **positive Koalitionsfreiheit** tangiert wird, soweit eine Betriebsersetzung durch Tarifvertrag es ausschließt, dass eine Gewerkschaft für ihre Mitglieder eine andere Abgrenzung durchsetzt (ebenso zu Abs. 1 Nr. 3 HSGW/Hess, 6. Aufl. 2003, § 3 Rn. 27, aA BAG 29.7.2009, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7 Rn. 18; HWGNRH/Rose § 3 Rn. 10; Schmiede, Betriebsverfassungsrechtliche Organisationsstrukturen durch Tarifvertrag, 2007, 241; Utermark Betriebsverfassung S. 67). Es ist daher eine gesetzgeberische Fehlleistung, dass durch Tarifvertrag vom Gesetz abweichende Betriebsratsstrukturen geschaffen werden können, ohne zu gewährleisten, dass diese Regelung durch die von ihr betroffenen Arbeitnehmer legitimiert wird.