

Mitbestimmungsrecht: MitbestR

Kommentierung des MitbestG, des DrittelbG, des SEBG und des MgVG

Bearbeitet von
Begründet von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hanau, Erläutert von Prof. Dr. Mathias Habersack, und Prof.
Dr. Martin Hensler

er diese **Tätigkeit auch tatsächlich ausüben**. Dies wird durch die kumulativ geforderte Stellung im U oder Betrieb deutlich. **Kein leitender Angestellter** ist somit, wer die im Arbeitsvertrag eingeräumte Leitungsfunktion nicht ausübt, und wer tatsächlich eine entsprechende Stellung innehat, ohne dass ihm diese Aufgaben durch den Arbeitsvertrag zugewiesen wurden (BAG 11.3.1982, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 28; GK-BetrVG/Raab § 5 Rn. 141 f.; RVJ MitbestG/Raiser/Jacobs Rn. 23). Ausgeklammert bleibt auch derjenige, der diese Stellung nur gelegentlich oder vertretungsweise wahrnimmt (Richardi BetrVG § 5 Rn. 199). Ein Probearbeitsverhältnis ist für die Qualifizierung als leitender Angestellter hingegen bedeutungslos (BAG 25.3.1976, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 13). Eine Stellung als leitender Angestellter ist ferner abzulehnen, wenn der Beschäftigte – etwa als Prokurist – zwar im Außenverhältnis (vgl. §§ 49, 50 Abs. 1 HGB) zur unternehmensleitenden Tätigkeit berechtigt ist, **im Innenverhältnis diese Tätigkeit aber stark eingeschränkt** oder gar untersagt ist (BAG 16.4.2002, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 69; → Rn. 85).

Bei Personen, die zwar in keinem Arbeitsverhältnis zu dem mitbestimmten U stehen, diesem aber wie ein ArbN zugeordnet werden, kommt es auf die Tätigkeit an, die diese Personen an ihrem Einsatzort ausüben. Betroffen sind neben **Beamten** und **Soldaten** (→ Rn. 80) va **Leiharbeitnehmer**, soweit sie dem U hinsichtlich des aktiven Wahlrechts zugeordnet werden. Entscheidend ist insoweit die Regelung in § 7 S. 2 BetrVG (so auch WKS/Wißmann Rn. 43), nicht dagegen die in diesem Kontext unbeachtliche, nur den Schwellenwert betreffende Zuordnung nach § 14 Abs. 2 S. 5 u. 6 AÜG, so dass ein mehr als dreimonatiger Einsatz genügt. Dem ArbN müssen im Entleiherbetrieb die entsprechenden Leitungsfunktionen übertragen sein (LAG BW BB 2014, 2298; LAG RhPf BeckRS 2013, 65009; Fitting BetrVG § 5 Rn. 367; WKS/Wißmann Rn. 43). Maßgeblich für die Statusbeurteilung ist eine unternehmensbezogene und keine konzernbezogene Betrachtungsweise (LAG BW BB 2014, 2298 (2303))

Nach § 5 Abs. 3 S. 3 BetrVG sind die Vorschriften über die leitenden Angestellten entspr. auf die Beamten und Soldaten nach § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG (→ Rn. 9) anzuwenden. Soweit die Beamten und Soldaten die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, gelten sie auch als leitender Angestellter iSd MitbestG. Ein Verweis auf die in § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG genannten ArbN des öffentlichen Dienstes ist nicht erforderlich, auf sie ist § 3 Abs. 1 S. 1, 2 direkt anwendbar (GK-BetrVG/Raab § 5 Rn. 130).

2. § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG. Nach der ersten Tatbestandsalternative in § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BetrVG ist leitender Angestellter, wer zur selbständigen Einstellung und Entlassung von ArbN berechtigt ist. Die **Einstellungs- und Entlassungsfunktion** bringt die leitende Funktion eines Angestellten in besonderer Weise zum Ausdruck (BAG 27.9.2001, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 6). Das G stellt hierbei allein auf formale Kriterien ab (*Buchner NZA-Beil. Heft 1/1989, 6; DKKW/Trümmer BetrVG § 5 Rn. 246*).

Der leitende Angestellte muss bei seiner Entscheidung **frei von Weisungen der Unternehmensspitze** agieren können. Unschädlich ist die Bindung an allgemeine Richtlinien wie etwa an einen Stellen- oder Budgetplan

MitbestG § 3

Erster Teil. Geltungsbereich

(Richardi BetrVG § 5 Rn. 201). Gleiches gilt für Vorgaben, die sich aus allgemeinen Auswahrlinien ergeben (*Hromadka* BB 1990, 59). Durch das interne Erfordernis einer Gegenzeichnung zu Kontrollzwecken wird die für den Status erforderliche Weisungsfreiheit ebenso wenig beeinträchtigt (BAG 16.4.2002, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 69; *Hromadka* BB 1990, 59) wie durch eine Pflicht, den Vorgesetzten über Einstellungen und Entlassungen zu informieren (LAG Düsseldorf NZA-RR 2001, 309). Unschädlich ist es schließlich, wenn die Rechtmäßigkeit einer beabsichtigten Entlassung standardmäßig durch die Rechtsabteilung überprüft wird (*Hromadka* BB 1990, 89) oder wenn vereinzelt Einstellungen durch den Vorgesetzten selbst vorgenommen werden (LAG Düsseldorf NZA-RR 2001, 309).

- 83 Nicht erfüllt** ist Nr. 1, wenn der Angestellte bereits von anderer Stelle getroffene Entscheidungen im Außenverhältnis lediglich ausführt (LAG München NZA-RR 2000, 426; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 151) oder umgekehrt im Innenverhältnis nicht zur alleinigen Entscheidung berechtigt ist, sondern der Zustimmung einer übergeordneten Stelle bedarf (BAG 11.3.1982, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 28; 27.9.2001, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 6; 25.3.2009, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 73 Rn. 26 f.; LAG München NZA-RR 2001, 427; *Fitting* BetrVG § 5 Rn. 378). So reicht es nicht aus, wenn der ArbN nur intern Vorschläge machen kann, auch wenn diesen regelmäßig entsprochen wird (BAG 18.11.1999, AP KSchG 1969 § 14 Nr. 5; ThürLAG LAGE BetrVG 1972 § 5 Nr. 22; aber ggf. LAGE BetrVG 1972 § 5 Nr. 3). Schon nach dem klaren Wortlaut genügt es – anders als beim kündigungsschutzrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten gem. § 14 Abs. 2 KSchG – nicht, wenn der Angestellte ausschließlich zur Einstellung **oder** Entlassung berechtigt ist, er muss vielmehr die Entscheidungsmacht über beide Dispositionen haben (HessLAG NZA-RR 2001, 427; LAG München NZA-RR 2000, 426; DKKW/*Trümner* BetrVG § 5 Rn. 247). Schließlich ist Nr. 1 nicht erfüllt, wenn sich die Befugnis ausschließlich auf freie Mitarbeiter und nicht auf ArbN erstreckt (BAG 27.10.1978, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 19, aber ggf. Nr. 3 vgl. DKKW/*Trümner* BetrVG § 5 Rn. 249).
- 84** Berücksichtigt man die Wertung der Nr. 3 als dem Grundtatbestand des leitenden Angestellten (→ Rn. 93), so muss die Befugnis nach Nr. 1 eine derartige Tragweite haben, dass sie für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs insgesamt oder gar des U von Bedeutung ist (BAG 29.1.1980, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 22; 16.4.2002, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 69; Richardi BetrVG § 5 Rn. 201; **aA** *Leese*, Die Abgrenzung der leitenden Angestellten, 2000, 83 ff.). Der leitende Angestellte darf also nicht nur Vorgesetzter für einen kleinen Personenkreis sein (BAG 16.4.2002, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 69; 10.10.2007, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 72 Rn. 15; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 156; WKS/*Wißmann* Rn. 48). Die ausschließliche Befugnis zur Einstellung von Hilfs- und Aushilfskräften genügt ebenfalls nicht.
- 85 3. § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG.** Gem. der Vorschrift des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG zählt zu den leitenden Angestellten, wer eine **Generalvollmacht oder Prokura** hat und diese auch im Verhältnis zum Arbeitgeber **nicht unbedeutend** ist. Die Generalvollmacht ist eine bürgerlich-

rechtliche Vollmacht iSd § 167 BGB, die ihrem Umfang nach grds. unbeschränkt ist (*Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2016, § 50 Rn. 40; *MüKoBGB/Schubert* § 167 Rn. 64f.). In gewerblichen U kommt sie in der Form der Generalhandlungsvollmacht gem. § 54 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 vor (*Baumbach/Hopt/Hopt*, 37. Aufl. 2016, HGB § 54 Rn. 10). Zulässig ist es, von der generellen Bevollmächtigung einzelne Rechtsgeschäfte auszunehmen. Die **Generalvollmacht** kommt vor allem im Unternehmensbereich zur Anwendung, wo sie rechtstatsächlich eine zusätzliche Hierarchieebene unterhalb der Geschäftsführung und oberhalb der Prokura und Handlungsvollmacht bildet. Mittels der Generalvollmacht wird ein Geschäftsfeld zur umfassenden Bearbeitung übertragen. Im Vordergrund steht die Einräumung einer herausragenden Stellung im U, welche der betr. Person eine höhere Autorität, auch im Außenverhältnis, verleihen soll. Zusätzliche Befugnisse, die dem Generalbevollmächtigten im Vergleich mit einem Prokuristen eingeräumt sind, haben hingegen praktisch schon deshalb nur geringe Bedeutung (zum Ganzen *Joussen* WM 1992, 275), weil auch aus der umfänglich angelegten Prokura gem. § 49 Abs. 2 HGB nur wenige Geschäftsbereiche ausgeschlossen sind.

Die **Prokura** ist eine besondere Form der Vollmacht iSd § 167 BGB, die den Bedürfnissen des HandelsR Rechnung trägt. Ihr gesetzlich in § 49 HGB niedergelegter Umfang umfasst alle den Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringende gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen. Nicht umfasst sind die Veräußerung und Belastung von Grundstücken, § 49 Abs. 2 HGB, es sei denn, diese Geschäfte wurden bei der Prokuraerteilung ausdrücklich mit einbezogen. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist gem. § 50 Abs. 1 HGB ausschließlich im Innenverhältnis möglich. Sie bedarf nach § 53 HGB der Eintragung in das Handelsregister. Trotz ihrer gesetzlich fixierten Form ist sie in der Unternehmenshierarchie unterhalb der Generalbevollmächtigung angesiedelt. **86**

Der Gesetzgeber stellt auf ein formales Kriterium ab, allerdings ergänzt durch einen funktionalen, unbestimmten Rechtsbegriff (BAG 10.10.1995, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 55; 25.3.2009, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 73 Rn. 16; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 164). Nach den Gesetzesmaterialien wird unterstellt, dass jeder, dem entsprechende Vollmachten verliehen werden, ausschließlich in geschäftsführenden Funktionen tätig ist und deshalb in einem natürlichen Gegensatz zu den anderen ArbN steht (BT-Drs. 6/2729, 11). Hieraus ergibt sich ebenso wie aus dem systematischen Bezug zu § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG, dass der Umfang der Vertretungsmacht und die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit im Einzelfall **dem Modell der Generalvollmacht und der Prokura entsprechen müssen**. Der leitende Angestellte muss also Führungsaufgaben wahrnehmen (BAG 25.3.2009, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 73 Rn. 16; *WKS/Wißmann* Rn. 49). **87**

Für die Generalvollmacht iSd § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BetrVG bedeutet dies, dass ihr Umfang mindestens demjenigen der Prokura entsprechen muss (BAG 5.3.1974, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 1; *Hromadka* BB 1990, 59), so dass der leitende Angestellte faktisch am unternehmerischen Entscheidungsprozess beteiligt ist (BAG 10.4.1991, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 141). Unter den Begriff des Prokuristen iSd § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 fällt nur **88**

MitbestG § 3

Erster Teil. Geltungsbereich

derjenige, dessen Aufgabenbeschreibung der gesetzlich fixierten Vertretungsmacht gerecht wird. Wurde die Prokura nur als Ehrentitel verliehen (**Titularprokura**), ohne dass der ArbN zur Ausübung einer der Prokura entsprechende Vertretungsmacht im Innenverhältnis ermächtigt ist, so gilt er nicht als leitender Angestellter (BAG 27.4.1988, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 37; 11.1.1995, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 55; zu den Voraussetzungen sa LAG RhPf LAGE LAGE BetrVG 1972 § 5 Nr. 12). Unter die Prokura iSd Nr. 2 fallen trotz der bei ihnen vorliegenden Beschränkungen die gesetzlich ausdrücklich anerkannten Formen der **Gesamtprokura** (§ 48 Abs. 2 HGB) sowie der **Niederlassungsprokura** (§ 50 Abs. 3 HGB; BAG 27.4.1988, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 37; Richardi BetrVG § 5 Rn. 204; diff. DKKW/*Trümmer* BetrVG § 5 Rn. 257). Ersichtlich nicht ausreichend sind die handelsrechtliche Einzelhandlungsvollmacht und die Arthandlungsvollmacht nach § 54 Abs. 1 Alt. 2, 3 HGB (BAG 10.4.1991, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 141; DKKW/*Trümmer* BetrVG § 5 Rn. 252; Fitting BetrVG § 5 Rn. 390; zu den drei Grundformen der Handlungsvollmacht Baumbach/Hopt/Hopt, 37. Aufl. 2016, HGB § 54 Rn. 10; zur Generalhandlungsvollmacht → Rn. 85).

- 89 Nicht jede im Innenverhältnis vereinbarte Abweichung vom gesetzlichen Umfang der Prokura führt zum Verlust des Status als leitender Angestellter. Als Reaktion auf ein Urteil des BAG (27.4.1988, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 37), in dem jede Beschränkung der Prokura im Innenverhältnis als die Eigenschaft des leitenden Angestellten ausschließender Umstand angesehen wurde, wurde der Gesetzestext um den Zusatz „und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist“ ergänzt. Dadurch soll die „praxisferne Anforderung“ des BAG korrigiert und das gesetzliche Anliegen verwirklicht werden, demzufolge der **„Prototyp des Prokuristen**, der in größeren U im Innenverhältnis in aller Regel Beschränkungen unterliegt“, unter die leitenden Angestellten zu rechnen ist (BT-Drs. 11/3618, 7).
- 90 Wann eine Tätigkeit gegenüber dem Arbeitgeber **„nicht unbedeutend“** ist, muss mit Rücksicht auf § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG anhand des dem ArbN übertragenen Aufgabenbereichs bestimmt werden (GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 165; Fitting BetrVG § 5 Rn. 388). Es darf sich nicht um ganz unbedeutende Aufgabenbereiche handeln, die weit hinter das für Nr. 3 geforderte Maß zurückfallen (LAG Düsseldorf LAGE BetrVG 1972 § 5 Nr. 17; Richardi BetrVG § 5 Rn. 205; die Schwelle soll aber nach *Buchner* NZA-Beil. Heft 1/1989, 7 niedriger als bei Nr. 3 sein) bzw. dem ArbN **keine erhebliche unternehmerische Entscheidungsbefugnis** belassen (Fitting BetrVG § 5 Rn. 388; strenger eingrenzend wohl DKKW/*Trümmer* BetrVG § 5 Rn. 259). ArbN mit reiner Stabsfunktion sind dementsprechend nicht zu den leitenden Angestellten zu zählen (BAG 11.1.1995, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 55; DB 2009, 1297). Unschädlich ist hingegen die in der Praxis übliche Beschränkung auf einzelne Aufgabengebiete wie Ein- oder Verkauf (*Hromadka* BB 1990, 60).
- 91 Die Regelung zum Verhältnis zwischen Innen- und Außenvollmacht gilt dem Wortlaut nach ausschließlich für die Prokura. Daraus leitet *Trümmer* (DKKW/*Trümmer* BetrVG § 5 Rn. 261) ab, dass bei der Generalvollmacht eine völlige Deckungsgleichheit zwischen Innen- und Außenverhältnis vor-

liegen müsse. Diese Vorgabe trifft freilich nicht den Kern des zwischen Generalvollmacht und Prokura bestehenden Unterschieds. Die Prokura ist eine im Umfang gesetzlich festgeschriebene Vollmacht, die ausschließlich im Innenverhältnis, nicht jedoch im Außenverhältnis beschränkt werden kann. Eine bürgerlich-rechtliche Generalvollmacht hat hingegen keinen gesetzlich normierten Umfang. Als Generalvollmacht werden auch solche Vollmachten bezeichnet, welche – mit Wirkung auch für das Außenverhältnis – bestimmte Teilbereiche von der Vertretungsmacht ausnehmen (Jauernig/*Mansel* BGB § 167 Rn. 1 f.). **Ihr Umfang kann** also – freilich nur bis zu der Grenze, jenseits der in der Unternehmenspraxis nicht mehr von einer Generalvollmacht gesprochen wird – gem. § 164 BGB **von den Parteien selbst bestimmt werden**. Eine Diskrepanz zwischen Innen- und Außenverhältnis ist bei der Generalvollmacht damit nicht denkbar. Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis nur bei jenen Vertretungskonstellationen, bei denen gesetzliche Vorgaben für das Verhältnis gegenüber Dritten bestehen (vgl. auch §§ 116, 126 HGB). Bei einer Generalvollmacht sind daher Beschränkungen grds. unschädlich. Nr. 2 ist erst dann nicht mehr erfüllt, wenn die Befugnisse hinter die bei der Prokura im Innenverhältnis als Minimum zu erwartende Rechtsmacht zurücktreten (→ Rn. 89). Im Ergebnis gilt dies auch für die Generalhandlungsvollmacht gem. § 54 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB, die sich grds. auf alle Geschäfte erstreckt, die der Geschäftsbetrieb des konkreten Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, bei der aber bereits fahrlässige Unkenntnis des Dritten von einer Beschränkung schadet (§ 54 Abs. 3 HGB).

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich folgende **Beweislastregelung**: Im 92 negativen Statusfeststellungsverfahren muss der Antragsteller darlegen, dass der ArbN tatsächlich nur unbedeutende Aufgaben erfüllt, während im positiven Statusfeststellungsverfahren der Nachw. der Prokura genügt (BAG 11.1.1995, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 55; Kölner Komm AktG/*Mertens* Anh. § 117 Kap. B Rn. 15; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 168).

4. § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG. § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG enthält 93 den Grundtatbestand des leitenden Angestellten (GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 172; HWK/*Gaul* BetrVG § 5 Rn. 58). Leitender Angestellter nach Nr. 3 ist, wer regelmäßig (sonstige) Aufgaben wahrnimmt, welche für den **Bestand und die Entwicklung des U oder eines Betriebs von Bedeutung** sind. Die Ausübung dieser Funktionen muss **besondere Erfahrungen und Kenntnisse** voraussetzen. Ein leitender Angestellter muss Entscheidungen **im Wesentlichen frei von Weisungen** treffen oder sie maßgeblich beeinflussen, wobei eine Bindung an Vorgaben, insbes. aus Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie die Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten nicht schädlich ist. All diese Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen. Im Gegensatz zu Nr. 1 u. 2 sind für Nr. 3 anstatt formaler allein funktionelle Kriterien maßgeblich (BAG 25.10.2001, EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 64; *Dänzer-Vanotti* NZA-Beil. Heft 1/1989, 32; *Fitting* BetrVG § 5 Rn. 391). Die Aufgaben sowie die Weisungsbefugnisse müssen dem Angestellten nicht nur faktisch, sondern auch arbeitsvertraglich übertragen sein (ThürLAG LAGE BetrVG 1972 § 5 Nr. 22; *Hromadka* BB

1990, 61; aA Martens RdA 1989, 79), wobei auch eine konkludente Vertragsänderung in Betracht zu ziehen ist.

- 94 a) **Aufgabenbeschreibung.** Der ArbN muss Aufgaben wahrnehmen, die für den Bestand oder die Entwicklung des U oder eines Betriebs von Bedeutung sind. Eine der Subsumtion zugängliche Präzisierung dieses Merkmals fällt schwer. Der Aufgabenkreis der leitenden Angestellten muss sich jedenfalls von dem anderer ArbN deutlich abheben. Dies ist der Fall, wenn ihnen eine „beachtliche“ unternehmerische Teilaufgabe zugewiesen ist (BAG 25.10.2001, EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 64; abl. *Hromadka* BB 1990, 60). Diese Teilaufgabe muss der ArbN in einer „gewissen Breite“ wahrnehmen und ihn „in die Nähe“ des Unternehmers rücken (BAG 23.1.1986, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 32; Fitting BetrVG § 5 Rn. 393; HWK/Gaul BetrVG § 5 Rn. 58). Sie muss ihm Einwirkungsmöglichkeiten eröffnen, die regelmäßig für den Bestand und die Entwicklung des U oder mindestens eines Betriebs maßgeblich sind (BAG 25.10.2001, EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 64). Erforderlich ist somit eine Art. „**Schlüsselposition**“, die für die Verwirklichung der unternehmerischen Zielsetzung besonders wichtig ist (Richardi BetrVG § 5 Rn. 213; *Hromadka* BB 1990, 60). Die Qualität der Schlüsselposition ist nicht auf personelle Führungsaufgaben begrenzt; sie kann vielmehr auch technischer, kaufmännischer, organisatorischer oder wissenschaftlicher Natur sein (BAG 23.1.1986, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 32). Nicht notwendig ist es, dass die leitenden Angestellten einen direkten Einfluss auf die Rechtsbeziehungen des U haben (GK-BetrVG/Raab § 5 Rn. 175). Da es sich dem Wortlaut zufolge um „sonstige Aufgaben“ handelt, müssen sie den Funktionen ähneln, mit denen die in Nr. 1 u. 2 genannten Kompetenzen typischerweise verbunden sind (*Buchner* NZA-Beil. Heft 1/1989, 7; *Hromadka* BB 1990, 62). Letztendlich muss nach einer **Gesamtwürdigung** festgestellt werden, dass ein Mitarbeiter regelmäßig an **betriebs- oder unternehmenswichtigen Entscheidungen mitwirkt** (Kölner Komm AktG/Mertens MitbestG Anh. § 117 Kap. B § 3 Rn. 18).
- 95 Die Tätigkeit muss **sowohl für den Bestand als auch die Entwicklung** des U besondere Bedeutung haben, die Erfüllung nur eines der beiden Merkmale genügt nicht (Fitting BetrVG § 5 Rn. 392; Richardi BetrVG § 5 Rn. 213). Daher ist allein die Sicherstellung des Arbeitsablaufes innerhalb eines Betriebs kein Umstand, der die Eigenschaft eines leitenden Angestellten begründen könnte (BAG 17.12.1974, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 6; 17.12.1974, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 8; *Hromadka* BB 1990, 60). Auch eine aufgrund besonderer Spezialkenntnisse bestehende Monopolstellung im U führt für sich genommen noch nicht zur Qualifizierung als leitender Angestellter (LAG Köln MDR 2001, 1123). Unerheblich ist, ob der ArbN ausschließlich Stabsfunktionen ausübt, denn auch dann kann er durch seine planerische und beratende Tätigkeit wesentlichen Einfluss auf Bestand und Entwicklung des U haben (ThürLAG LAGE BetrVG 1972 § 5 Nr. 22; GK-BetrVG/Raab § 5 Rn. 178).
- 96 Anlässlich der Reform 1988 hat der Gesetzgeber in Korrektur der zuvor ergangenen Rspr. klargestellt, dass regelmäßig auch eine für Bestand und Entwicklung **eines einzelnen Betriebs** wichtige Aufgabe dem Unterneh-

mensziel dient (BT-Drs. 11/2503, 30; *Hromadka* BB 1990, 61). Ausgeklammert bleiben Konstellationen, in denen aufgrund einer „Atomisierung“ der Teilbereiche eines U die einzelne Aufgabe keine besondere Bedeutung mehr für das U hat (BAG 9.12.1975, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 11; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 177). In großen Beratungsunternehmen können daher nicht alle beruflich qualifizierten Berater (etwa alle Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) als leitender Angestellter qualifiziert werden (zu der diesem Grundsatz widersprechenden Regelung in § 45 S. 2 WPO → Rn. 111).

Die beschriebenen Aufgaben müssen regelmäßig erfüllt werden, also nicht nur für eine kurze Zeit, etwa vertretungsweise (BAG 23.1.1986, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 30; *Dänzer-Vanotti* NZA-Beil. Heft 1/1989, 32; Fitting BetrVG § 5 Rn. 400; **aA** GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 191 f.; nach der Reg-Begr. *kann* aber auch eine Vertretung zur Qualifizierung als leitender Angestellter führen, BT-Drs. 11/2503, 30). Die Leitungsaufgaben müssen nicht die gesamte Tätigkeit des ArbN ausfüllen, ihr aber insgesamt das **Gepräge** geben und zu einer einheitlichen Behandlung des ArbN als leitender Angestellter führen (BAG 5.6.2014, NZA 2015, 40 Rn. 51; BAG 5.3.1974, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 1; 25.10.1989, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 42; *Buchner* NZA-Beil. Heft 1/1989, 8; RVJ MitbestG/*Raiser/Jacobs* Rn. 27; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 193; WKS/*Wißmann* Rn. 50 „Schwerpunkt“ der Tätigkeit). Eine Übertragung der Aufgaben zur Erprobung begründet die Eigenschaft als leitender Angestellter noch nicht (Richardi BetrVG § 5 Rn. 219), dagegen schadet eine Probezeit nicht, wenn der Arbeitsvertrag bereits unbefristet geschlossen wurde und dem ArbN die vollen Kompetenzen von Beginn an zustehen (BAG 23.3.1976, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 14).

b) Besondere Kenntnisse und Erfahrungen. Die Erfüllung der Aufgaben muss **besondere Erkenntnisse und Erfahrungen** voraussetzen. Hierbei kommt es nicht auf den Abschluss einer hochqualifizierten Ausbildung an, sondern auf die für die lt. Tätigkeit notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen (*Hromadka* BB 1990, 61). Der Beschäftigte kann sie sich auch im Rahmen einer langjährigen beruflichen Tätigkeit angeeignet haben (BAG 17.12.1974, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 7; 9.12.1975, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 11; Richardi BetrVG § 5 Rn. 215; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 181). Umgekehrt genügt allein eine höhere Ausbildung, etwa ein Hochschulabschluss, nicht, um den Absolventen von vornherein in einem einschlägigen Beschäftigungsverhältnis als leitender Angestellter zu qualifizieren (BAG 23.1.1986, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 32).

c) Wesentliche Beeinflussung von Entscheidungen. Der ArbN muss in Erfüllung seiner Aufgaben **Entscheidungen** treffen oder diese **wesentlich beeinflussen**. Nicht ausreichend ist reine Sach-, Personal- oder Führungsverantwortung (Fitting BetrVG § 5 Rn. 402 ff.; **aA** *Martens* RdA 1989, 78). Ein ArbN beeinflusst die Entscheidungen wesentlich, wenn er aufgrund seiner Position Fakten schafft, welche bei der Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben können (BT-Drs. 11/3618, 8; GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 187), maW wenn er faktisch den Inhalt der Entscheidung bestimmen kann (*Buchner* NZA-Beil. Heft 1/1989, 8). Dazu muss ein dauer-

haftes Informations-, Beratungs- und Kooperationsverhältnis bestehen (*Martens RdA* 1989, 79). Eine Bindung des Arbeitgebers an die Vorschläge ist hingegen nicht erforderlich (GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 188; *Hromadka BB* 1990, 61). Die volle sachliche und rechtliche Prüfungskompetenz einer übergeordneten Abteilung schließt den wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen nicht von vornherein aus (*Martens RdA* 1989, 78; anders noch vor der Reform 1988 BAG 23.1.1986, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 32). Der ArbN muss seine Tätigkeit **zu einem erheblichem Grad selbstbestimmt** ausführen (DKKW/*Trümmer* BetrVG § 5 Rn. 263; *Fitting* BetrVG § 5 Rn. 402). Die Weisungsfreiheit muss sich auf die Aufgaben von besonderer Bedeutung für das U oder den Betrieb beziehen (*Richardi* BetrVG § 5 Rn. 217). Außer bei den ArbN mit reiner Stabsfunktion kann die Alternative der wesentlichen Beeinflussung auch für diejenigen Angestellten in Linienfunktionen von Bedeutung sein, die Entscheidungen nur in Zusammenarbeit mit anderen Fachabteilungen treffen können oder lediglich zu verbindlichen Vorgaben, etwa an die Personalabteilung, befugt sind (GK-BetrVG/*Raab* § 5 Rn. 189). Wesentlicher Einfluss wird auch dann ausgeübt, wenn der ArbN bei der überwiegenden Zahl von Entscheidungen Einfluss ausübt, ohne dass dies für jede einzelne Entscheidung, an der er mitwirkt, der Fall sein muss (*Martens RdA* 1989, 78).

100 Frei von Weisungen handelt der ArbN, wenn er rechtlich und tatsächlich aufgrund eines nicht unerheblichen Ermessensspielraumes seine Entscheidungen trifft oder diese beeinflusst (BAG 23.1.1986, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 32; *Kölner Komm AktG/Mertens MitbestG Anh. § 117 Kap. B § 3* Rn. 17). Eine vollkommene Weisungsfreiheit des leitenden Angestellten ist aufgrund seiner Stellung als ArbN ebenso wie aus dem Umstand heraus, dass verschiedene zwingende Rechtsvorschriften die Weisungsfreiheit für jedermann einschränken, nicht denkbar. Dies wird durch Nr. 3 aE ausdrücklich klargestellt, wonach **Rechtsvorschriften, Pläne und Richtlinien** ebenso wie die Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten die erforderliche Weisungsfreiheit nicht in einer für die Statusbeurteilung schädlichen Form einschränken. Die Liste ist **nicht abschließend**. Als weitere Beschränkung kommt vor allem das Direktionsrecht des Arbeitgebers in Betracht. Dem leitenden Angestellten muss naturgemäß trotz dieser immanenten Schranken eine wesentliche eigene Entscheidungsbefugnis verbleiben. So reicht es nicht aus, wenn er nur zwischen konkreten Vorgaben entscheiden darf (DKKW/*Trümmer* BetrVG § 5 Rn. 278). Unschädlich sind dagegen Zielvorgaben, Budgets, Ausschluss einzelner Handlungsmöglichkeiten, die Verpflichtung auf ein bestimmtes Unternehmensethos oÄ.

101 5. § 5 Abs. 4 BetrVG. Soweit Zweifel verbleiben, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG erfüllt sind, kann die **Auslegungsregel** des Abs. 4 herangezogen werden (zur Rechtsnatur vgl. HWK/*Gaul* BetrVG § 5 Rn. 63, zur Anwendbarkeit im MitbestG → Rn. 75). Die Gerichte können bei der Beurteilung, ob ein ArbN leitender Angestellter ist, ebenfalls auf Abs. 4 zurückgreifen, und zwar auch dann, wenn die Betriebsparteien die str. Zuordnung allein auf der Grundlage des Abs. 3 getroffen haben.