

Erster Teil: Einführung in das System des kollektiven Arbeitsrechts

§ 73 Begriff des kollektiven Arbeitsrechts

Das kollektive Arbeitsrecht umfasst das Recht der Koalitionen, des Tarifvertrags, des Arbeitskampfes einschließlich des Schlichtungswesens sowie das Mitbestimmungsrecht auf Unternehmens- und Betriebsebene. Vom Individualarbeitsrecht unterscheidet es sich dadurch, dass es sich ausschließlich mit denjenigen Bereichen des Arbeitsrechts beschäftigt, in denen die **Arbeitnehmer** ihrem Arbeitgeber und dessen Interessenvertretung (Arbeitgeberverband) als **Kollektiv** und nicht als Individuen gegenüberstehen. Die Gemeinschaft der Arbeitnehmer kann hierbei sowohl aus der freiwilligen Mitgliedschaft in einer Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Gewerkschaft) resultieren als auch aus der Zugehörigkeit zu einem Betrieb bzw. zu einem Unternehmen. Im letzteren Fall können die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber als Kollektiv unmittelbar (Arbeitskampf) oder mittelbar durch ihre betriebliche Interessenvertretung (Betriebsrat) gegenüberstehen. Kollektives Arbeitsrecht ist daher das Recht, das die Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinschaft der Arbeitnehmer und den aus dieser resultierenden Interessenvertretungen auf der einen Seite und dem Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverband auf der anderen Seite erfasst. 1

Die Abgrenzung der begrifflichen Kategorien des Arbeitsrechts macht seit jeher Schwierigkeiten. Das Arbeitsvertragsrecht bzw. das Individualarbeitsrecht fußt auf dem Prinzip der Privatautonomie, das allerdings durch mannigfache zwingende Rechtsregeln durchbrochen wird. Das Arbeitsschutzrecht, das den technischen und den sozialen Arbeitsschutz beinhaltet, ist öffentlich-rechtlich konzipiert. Das kollektive Arbeitsrecht ist ein **Mischsystem** aus möglichst dem Gedanken der Privatautonomie verpflichteter kollektivvertraglicher Konfliktlösung einerseits und staatlicher – teils delegierter – Regelungsmacht andererseits. Verfassungsrechtlicher Ausdruck des Autonomiegedankens ist die Gewährleistung der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG. Die Zwangsordnung spiegelt sich in der zwingenden Wirkung der (z.T. allgemeinverbindlichen) Tarifverträge (§§ 4, 5 TVG) und Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 4 BetrVG) wider. Es handelt sich bei ihnen um privatrechtliche Normenverträge mit staatlich sanktionierter Zwangswirkung. 2

Das kollektive Arbeitsrecht geht in seiner historischen Entwicklung von dem Grundverständnis aus, dass nur durch eine **Gruppenrepräsentation** der Arbeitnehmerschaft, sei es auf der Ebene von Betrieb oder Unternehmen (Betriebsverfassung), sei es in den Aufsichtsgremien der Kapitalgesellschaft (Mitbestimmung) oder in der Interessenvertretung zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Koalitionsrecht, Tarifvertragsrecht und Arbeitskampfrecht), das Arbeitsleben sinnvoll und sozial gestaltet werden kann. Das kollektive Arbeitsrecht dient damit auch wie das gesamte Arbeitsrecht der Kompensation der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerschaft. 3

„Arbeitsrechtliche Normen dienen vor allem dem Schutz der Arbeitnehmer, weil diese sich beim Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise in einer Situation struktureller Unterlegenheit befinden [...].“
(BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, NZA 2005, 153)

§ 74 Zweck des kollektiven Arbeitsrechts

Literatur: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, S. 1 ff.

- 4 Das kollektive Arbeitsrecht ergänzt die individualarbeitsrechtlichen und arbeitsschutzrechtlichen Schutzmechanismen zugunsten der Arbeitnehmer. Wie das Individualarbeitsrecht findet es seinen Ursprung in der Zielsetzung, einen tatsächlichen Ausgleich, d.h. **Parität** (Bd. 1 Rz. 1) zwischen den Arbeitnehmern und dem ihnen wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber zu schaffen. Im Wege kollektiven Gegengewichts auf der Arbeitnehmerseite soll ein Verhandlungsgleichgewicht von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erzielt werden, so dass die strukturelle Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers durch kollektives Handeln ausgeglichen werden kann. Erreicht werden soll dies im Einzelnen über die Interessenvertretungen auf gewerkschaftlicher, betrieblicher und Unternehmensebene, die eine gleichberechtigte Beteiligung der Arbeitnehmer bei der Schaffung der Arbeitsbedingungen mittels Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und der eigenverantwortlichen Konfliktlösung im Arbeitskampf ermöglichen sollen. Mit dem kollektiven Arbeitsrecht tritt damit neben das Individualarbeitsrecht ein weiteres Regelungssystem, das dem Schutz der Arbeitnehmer vor der Übermacht des wirtschaftlich überlegenen Arbeitgebers dient.
- 5 Die Herausbildung dieser zwischen Individualvertrag und Gesetz angesiedelten Ebene ist historisch zu erklären. Im 19. Jahrhundert eröffnete einerseits die Vertragsfreiheit im Privatrecht, die sich als grundlegendes Prinzip durchsetzte und keine rechtlichen Schranken bei der Vertragsgestaltung auferlegte, und der Überschuss an billigen Arbeitskräften andererseits, der auf die gestiegene Lebenserwartung, Verbesserungen in der Landwirtschaft und praktisch schrankenlos zulässige Kinder- und Frauenarbeit zurückzuführen war, den Arbeitgebern die Möglichkeit, ihre wirtschaftliche Macht gegen die Arbeitnehmer auszuspielen und so die Arbeitsbedingungen faktisch zu diktieren. Um den Arbeitgebern in einer annähernd gleichwertigen Position gegenüberzutreten zu können, versuchten die Arbeitnehmer, dieses **Ungleichgewicht durch Zusammenschlüsse** zu Gewerkschaften und Betriebsräten **zu kompensieren** (sog. Gegenmachtprinzip). Unter dem Schutz dieser Zusammenschlüsse forderten sie die Aushandlung von Arbeitsbedingungen, insb. der Lohnfestsetzung, auf kollektiver Ebene zwischen den Gewerkschaften auf der einen Seite und den einzelnen Arbeitgebern, später auch den Arbeitgeberverbänden auf der anderen Seite. Darüber hinaus sollte die Unternehmerfreiheit beschränkt werden, indem Arbeiterausschüsse die Gewinnbeteiligung der Arbeitnehmer kontrollieren sollten. Ferner wurde gefordert, die Unternehmen zu verpflichten, mit den Arbeitnehmern eine Arbeitsordnung zu vereinbaren, die verbindlich Arbeitszeiten, Kündigungsfristen und die Art der Lohnfortzahlung festschreiben sollte. Damit waren die Grundlagen für die Interessenvertretungen im Wege des Koalitions-, Tarifvertrags- und Mitbestimmungsrechts gelegt (näher zur geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts s. Bd. 1 Rz. 63; zur historischen Entwicklung des Koalitionsrechts Rz. 40; zur Entwicklung des Mitbestimmungsrechts Rz. 1583).
- 6 Der Schutz des Arbeitnehmers als Mitglied des Kollektivs lässt das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers allerdings nicht entfallen. Gewerkschaften und Betriebsräte sind **nicht Vormund** des einzelnen Arbeitnehmers, sondern seine **Interessenvertreter**, die ihm im Wege der kollektiven Interessenwahrung eine gleichberechtigte Teilhabe an den das Arbeitsverhältnis gestaltenden Bedingungen ermöglichen sollen. Der einzelne Arbeitnehmer ist daher frei in seiner Entscheidung, ob er Mitglied einer Gewerkschaft werden will. In die bestehende Betriebsverfassung ist der Einzelne dagegen zwangsweise eingeordnet. Er ist allerdings frei darin, ob und wen er als Repräsentanten der Arbeitnehmerinteressen in Unternehmen und Betrieb wählt. Ausdruck der Privatautonomie ist, dass das kollektive Arbeitsrecht mit dazu beiträgt, zwingende Mindestarbeitsbedingungen zu schaffen. Der einzelne Arbeitnehmer ist aber frei darin, nach dem **Günstigkeitsprinzip** für sich selbst mit dem Arbeitgeber bessere Arbeitsbedingungen zu vereinbaren.

§ 75

Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts

Das kollektive Arbeitsrecht ist von kaum zu überschätzender Bedeutung sowohl für die Arbeitsrechtsordnung als auch für das Wirtschaftssystem. Denn das System der Interessenvertretungen der Arbeitnehmer durch Gewerkschaften sowie im Betrieb und Unternehmen ermöglicht es dem Staat, die Regelung der Arbeitsbedingungen in die Verantwortung derer zu legen, die von ihnen betroffen sind, d.h. in die Verantwortung der Arbeitsvertragsparteien und ihrer Interessenvertretungen, und dabei zugleich die staatliche Regelungsmacht auf die Schaffung von Rahmenvorschriften zu beschränken. Das kollektive Arbeitsrecht trägt daher im Wesentlichen dazu bei, dass die Arbeitsbedingungen nicht durch staatliche Reglementierung geprägt sind, sondern durch die Interessen und Interessengegensätze der Arbeitsvertragsparteien. Damit ist das kollektive Arbeitsrecht zugleich auch Ausdruck einer liberalen Wirtschaftsordnung. 7

Dem kollektiven Arbeitsrecht kommt darüber hinaus eine wesentliche sozialpolitische Bedeutung zu, die in der Sozialpartnerschaft zwischen Arbeitnehmervertretungen und Arbeitgebern ihren Ausdruck findet. Nicht selten wird das kollektive Arbeitsrecht überdies angesichts seiner demokratisch gewählten Interessenvertretung im Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und Sprecherausschussrecht als „Vorschule der Demokratie“ erachtet (Rz. 1538). 8

I. Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht

Die Bedeutung des Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrechts lässt sich nicht sicher aus dem Geltungsbereich der Gesetze erschließen. So bestimmt § 1 BetrVG zwar, dass in Betrieben mit in der Regel fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern Betriebsräte gewählt werden. In der Realität sind aber nur in ca. 10 % der betriebsratsfähigen Betriebe Betriebsräte gewählt worden (*Hromadka/Maschmann* § 11 Rz. 11). Der Grund liegt darin, dass in Klein- und Mittelbetrieben Betriebsräte seltener anzutreffen sind. 2016 verfügten im Gesamtbild 34 % der Betriebe über einen Betriebsrat, so dass 41 % der Beschäftigten betriebsverfassungsrechtlich repräsentiert waren. In größeren Unternehmen sind die Quoten aber signifikant höher: 2016 verfügten 67 % der Betriebe mit 200 bis 500 Mitarbeitern und sogar 95 % der Betriebe mit mehr als 500 Arbeitnehmern über einen Betriebsrat (WSI Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2018, 1.11). 9

Da die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen nur größere Unternehmen betrifft, die in der Regel auch Betriebsräte bilden, dürften praktisch in allen Unternehmen, die nach den entsprechenden Mitbestimmungsgesetzen die erforderliche Rechtsform und Unternehmensgröße haben, die entsprechenden mitbestimmten Organe gebildet worden sein. Unter den Geltungsbereich des MontanMitbestG fielen 1996 nur noch etwa 45 montanproduzierende Unternehmen mit etwa 300.000 Beschäftigten. Die Zahlen sind seitdem rückläufig. Unter den Geltungsbereich des wichtigsten Mitbestimmungsgesetzes, des MitbestG 1976, das ab einer Unternehmensgröße von 2000 Arbeitnehmern greift, fielen im Jahre 1996 728 Unternehmen mit etwa 5,2 Millionen Beschäftigten (vgl. Bericht der Kommission Mitbestimmung der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung, a.a.O.). 2002 wurde ein historischer Höchststand mit 767 Unternehmen erreicht. Ende 2016 lag die Zahl der unter das MitbestG 1976 fallenden Unternehmen bei 641 (Hans Böckler Stiftung, Grafiken zur Arbeitnehmervertretung in Aufsichtsräten), zum 31.12.2020 wieder etwas höher bei 651 Unternehmen (<https://www.imu-boeckler.de/de/mitbestimmte-unternehmen-in-deutschland-19328.htm>). Dem Mitbestimmungsregime des DrittelbG (Unternehmen mit 500 bis 2000 Arbeitnehmern) unterlagen im Jahr 2009 1477 Unternehmen (vgl. AG Report 2010, R151). 10

08, NZA 2009, 1424; zu den sich nun stellenden Folgefragen eingehend *Fitting* § 3 BetrVG Rz. 16a–16 f. sowie die Ausführungen unter Rz. 820).

- 1759 Aber nicht nur den Tarifparteien wird nach § 3 BetrVG die Schaffung anderer Organisationsformen ermöglicht, sondern auch den **Betriebspartnern wird nach § 3 Abs. 2 BetrVG** diese Möglichkeit gegeben. Zu beachten ist allerdings, dass dies wiederum durch den in § 3 Abs. 2 BetrVG genannten **Tarifvorbehalt** stark eingeschränkt wird. So ist eine Betriebsvereinbarung nur dann zulässig, wenn im Unternehmen zum einen kein Tarifvertrag i.S.d. § 3 BetrVG und zum anderen auch kein anderer Tarifvertrag gilt. So sperrt etwa ein bestehender Entgelttarifvertrag die Schaffung einer betrieblichen Regelung. Betriebsvereinbarungen über andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sind den Betriebspartnern zudem stets versagt.
- 1759a Noch **weiter subsidiär** ermöglicht § 3 Abs. 3 BetrVG auch der **Belegschaft**, mit Stimmenmehrheit die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats zu beschließen, wenn in einem Unternehmen mit mehreren Betrieben (BAG v. 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337 Rz. 37) weder eine tarifliche Regelung noch ein Betriebsrat existiert. Erfolgt eine derartige „basisdemokratische“ Beschlussfassung, so gilt diese Abstimmung nach Rspr. des BAG nicht nur für die erste auf die Abstimmung folgende Betriebsratswahl, sondern vielmehr auch für weitere, nachfolgende Betriebsratswahlen, bis wiederum ein „basisdemokratischer“ gegenteiliger Beschluss als „actus contrarius“ gefasst wird (BAG v. 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337). Ein Beschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG verliert seine Wirkungen durch Änderungen der Betriebsstruktur innerhalb des Unternehmens nicht, da gerade die unternehmenseinheitliche Betriebsratszuständigkeit davon unbeeinträchtigt bleibt. Anderes gilt z.B. bei Bildung eines **Gemeinschaftsbetriebs** (Rz. 1743 ff.); in der Folge sind dann wieder entsprechend den gesetzlichen Regelungen Betriebsräte zu wählen (BAG v. 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337 Rz. 56).
- 1760 Die aufgrund eines Tarifvertrags oder ggf. einer Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten gelten nach § 3 Abs. 5 BetrVG **nur als Betriebe i.S.d. BetrVG**. Der aus einer Betriebswahl hervorgegangene Betriebsrat ist damit Repräsentant der Belegschaft, die durch den tariflichen Betriebszuschnitt festgelegt wurde (BAG v. 18.11.2014 – 1 ABR 21/13, NZA 2015, 694 1. Orientierungssatz). Das bedeutet aber auch, dass die gebildeten Konstruktionen nicht als Betriebe i.S.d. KSchG gelten können (BAG v. 27.6.2019 – 2 AZR 38/19, NZA 2019, 1427 Rz. 21 f.). Das KSchG ist überdies weder tarif- noch betriebsvereinbarungsdispositiv. Dies wirft bei notwendigen Kündigungen große Probleme auf und mindert die praktische Tauglichkeit des § 3 BetrVG (hierzu *Preis* RWSt-Forum 21, 83, 103 ff.). Die Betriebsparteien könnten – in Ansehung des hier vertretenen Betriebsbegriffs – gut beraten sein, flexible Betriebszuschnitte außerhalb des § 3 BetrVG zu suchen. Für die Errichtung der Schwerbehindertenvertretung i.S.v. § 177 Abs. 1 S. 1 SGB IX sind die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG abw. festgelegten Organisationseinheiten jedoch aufgrund der gesetzlichen Verweisung in § 170 Abs. 1 S. 2 SGB IX maßgeblich (vgl. BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 17/04, NZA 2005, 895).

6. Modifikationen des Geltungsbereichs

a) Tendenzbetriebe

Literatur: *Bauschke*, Tendenzbetriebe – allgemeine Problematik und brisante Themenbereiche, ZTR 2006, 69; *Beppler*, Interessenausgleich mit Namensliste in Tendenzbetrieben und Einrichtungen der katholischen Kirche?, ZAT 2019, 116; *Müller*, Überlegungen zur Tendenzträgerfrage, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 477; *Weber*, Umfang und Grenzen des Tendenzschutzes im Betriebsverfassungsrecht, NZA Beil. 3/1989, 2.

- 1761 Nach § 118 Abs. 1 BetrVG findet das BetrVG für Unternehmen und Betriebe mit sog. Tendenzcharakter insoweit keine Anwendung, als die Eigenart des Unternehmens oder Betriebs dem entgegensteht. Tendenzunternehmen dienen unmittelbar und überwiegend **politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder aber Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung**. Zu den Tendenzbetrieben nach

§ 118 Abs. 1 BetrVG zählen etwa die Betriebe politischer Parteien, der Gewerkschaften sowie der Arbeitgeberverbände, ferner auch Bibliotheken, Museen, Theater, Presseunternehmen und Nachrichtenagenturen.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, die Unternehmensträger bei der Ausübung von Grundrechtspositionen wie der Meinungs- und Pressefreiheit nach Art. 5 GG, der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG oder der Glaubensfreiheit nach Art. 4 GG von Beeinträchtigungen in ihrer tendenzspezifischen Betätigung durch das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer – insbes. in personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten – freizuhalten (BAG v. 22.4.1975 – 1 AZR 604/73, NJW 1975, 1907). 1762

„Durch die Neugestaltung der Tendenzschutzbestimmung sollte ‚eine ausgewogene Regelung zwischen dem Sozialstaatsprinzip und den Freiheitsrechten der Tendenzträger gefunden werden‘ (schriftl. Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drs. VI/2729 S. 17 [...]). Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist also, den Konflikt und das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsraum des Einzelnen einerseits und dem Sozialstaatsgedanken andererseits angemessen und ausgewogen zu lösen [...].“ (BAG v. 22.4.1975 – 1 AZR 604/73, NJW 1975, 1907)

Die Bestimmung des § 118 Abs. 1 BetrVG ist mithin einerseits verfassungsrechtlich geboten (vgl. BVerfG v. 30.4.2015 – 1 BvR 2274/12, NZA 2015, 820), andererseits durch die unbestimmte Einschränkung, wonach jeweils auf **„die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs“** abzustellen ist, bes. schwer zu handhaben. In der Sache geht es um eine **Einzelfallbetrachtung**, die sich an dem konkreten Gegenstand des Mitbestimmungsrechts orientiert und danach fragt, in welchem Umfang eine Sperre des BetrVG erforderlich ist, um die freie Tendenzverwirklichung zu gewährleisten. Mit anderen Worten: Ein Ausschluss greift immer dort, wo die alleinige Entscheidung des Arbeitgebers aus Tendenzschutzgründen notwendig ist (BAG v. 22.4.1975 – 1 AZR 604/73, NJW 1975, 1907). Ohne Betrachtung von Sinn und Zweck der Einschränkung kann § 118 BetrVG daher nicht sinnvoll gehandhabt werden. 1763

Erforderlich ist, dass die in Frage stehende Maßnahme einen **sog. Tendenzträger** betrifft. Ein Beschäftigter ist Tendenzträger, wenn die Bestimmungen und Zwecke des Unternehmens oder Betriebs für seine Tätigkeit prägend sind (BAG v. 30.5.2006 – 1 ABR 17/05, NZA 2006, 1291). Dies setzt voraus, dass der Beschäftigte die **Möglichkeit einer inhaltlich prägenden Einflussnahme** auf die Tendenzverwirklichung hat. Abzugrenzen ist dies von der bloßen Mitwirkung an der Tendenzverfolgung ohne eigenen bestimmenden Einfluss: 1764

„Eine bloße Mitwirkung bei der Tendenzverfolgung genügt dafür nicht [...]. Wird der Arbeitnehmer auch mit nicht tendenzbezogenen Aufgaben beschäftigt, muss allerdings der Anteil der tendenzbezogenen Aufgaben an der Gesamtarbeitszeit nicht überwiegen. Für seine Eigenschaft als Tendenzträger ist es ausreichend, wenn er überhaupt solche Arbeiten in nicht völlig unbedeutendem Umfang verrichtet [...].“ (BAG v. 20.4.2010 – 1 ABR 78/08, NZA 2010, 902)

Beispiele:

- Der Leiter der Kostümabteilung eines Theaters ist z.B. in der Regel kein Tendenzträger (BAG v. 13.2.2007 – 1 ABR 14/06, NZA 2007, 1121).
- Der DRK-Blutspendedienst ist kein Tendenzträger (BAG v. 22.5.2012 – 1 ABR 7/11, NZA-RR 2013, 78).
- In Wohnheimen eines karitativen Unternehmens beschäftigte pädagogische Mitarbeiter sind keine Tendenzträger in Bezug auf die von der Arbeitgeberin verfolgte karitative Tendenz (BAG v. 14.9.2010 – 1 ABR 29/09, NZA 2011, 225); wohl aber die in Tagesförderungsstätten beschäftigten Psychologen (BAG v. 14.9.2010 – 1 ABR 29/09, NZA 2011, 225). Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die therapeutische und konzeptionelle Gestaltungsmöglichkeit des Tendenzträgers.

Neben der Tatsache, dass ein Tendenzträger betroffen ist, muss zudem danach unterschieden werden, ob die betreffende Angelegenheit tatsächlich auch einen **Tendenzbezug** aufweist (sog. Maßnahmen-theorie; vgl. BAG v. 7.11.1975 – 1 AZR 282/74, NJW 1976, 727; BAG v. 22.4.1997 – 1 ABR 74/96, NZA 1997, 1297). Das BAG nimmt an dieser Stelle eine sehr feine Ausdifferenzierung vor. 1765

Beispiel:

So hat nach der Rspr. des BAG der Betriebsrat bei der Einführung eines Formulars, in dem Redakteure einer Wirtschaftszeitung auf Grund einer vertraglichen Nebenabrede den Besitz bestimmter Wertpapiere dem Arbeitgeber anzuzeigen haben, ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der Tendenzschutz greift insoweit nicht. Allerdings kommt der Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 S. 1 BetrVG zum Zug, wenn Regeln eingeführt werden, die für die Redakteure den Besitz von Wertpapieren oder die Ausübung von Nebentätigkeiten mit dem Ziel einschränken, die Unabhängigkeit der Berichterstattung zu gewährleisten (BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166).

- 1766 Überdies ist einschränkend festzuhalten, dass nur echte Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte mit dem Tendenzschutz in Kollision geraten können; bloße **Informations-, Mitberatungs- und Anhörungsrechte** des Betriebsrats können hingegen als **tendenzneutral** bezeichnet werden (BAG v. 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, NZA 1994, 329).

„Bei der Versetzung von Tendenzträgern wird nach § 118 Abs. 1 BetrVG das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG eingeschränkt: Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die personelle Einzelmaßnahme zu informieren, muss aber nicht dessen Zustimmung einholen; dies gilt in der Regel unabhängig davon, ob vom Betriebsrat sog. tendenzneutrale oder tendenzbezogene Zustimmungsverweigerungsrechte geltend gemacht werden.“ (BAG v. 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, NZA 1994, 329)

- 1767 Aus dem Tendenzcharakter des Unternehmens kann sich auch eine bloße **Ausübungsschranke** bei den Mitbestimmungsrechten ergeben (BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 49/91, NZA 1992, 705).

„Der Umstand, dass die Aktualität einer Berichterstattung auch von der Lage der Arbeitszeit derjenigen Arbeitnehmer abhängt, die an dieser Berichterstattung mitwirken, führt noch nicht dazu, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit dieser Arbeitnehmer entfällt. Erst die konkrete mitbestimmte Regelung über die Lage der Arbeitszeit, die eine aktuelle Berichterstattung ernsthaft gefährdet oder unmöglich macht, ist von diesem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht mehr gedeckt und damit unwirksam.“ (BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 49/91, NZA 1992, 705)

- 1768 Ständiger Streitpunkt ist ferner, ob ein Betrieb überhaupt zu den Tendenzbetrieben i.S.d. § 118 Abs. 1 BetrVG gehört. Dies hängt von seiner **konkreten Tätigkeit**, nicht aber von der Eigenschaft des Rechtsträgers ab. Es kommt darauf an, in welchem Umfang und mit welcher Intensität ein Betrieb seine Tätigkeit Zielen i.S.d. § 118 Abs. 1 BetrVG im Vergleich zu anderen, nicht tendenzgeschützten Zielen widmet (vgl. BAG v. 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, NZA 1990, 903). Wesentlich ist dabei, dass das BAG sich die Prüfung der konkreten Tätigkeit vorbehält.

„Eine Rundfunkanstalt dient auch dann überwiegend Zwecken der Berichterstattung und Meinungsäußerung, wenn das Programm neben 10 % Wortbeiträgen und 50 % moderierten Musikbeiträgen auch 40 % Musiksendungen enthält, für die – überwiegend in der Nachtzeit – die Mitarbeiter der Technik verantwortlich sind.“ (BAG v. 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, NZA 1994, 329)

Beispiele:

Als Tendenzunternehmen wurden u.a. bejaht:

- Zeitungs- und Zeitschriftenverlage (BAG v. 14.1.1992 – 1 ABR 35/91, NZA 1992, 512),
- Rundfunk- und Fernsehsender (BAG v. 11.2.1992 – 1 ABR 49/91, NZA 1992, 705),
- Theater, da sie künstlerischen Bestimmungen dienen (BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 16/85, NZA 1987, 530),
- eine von einer Partei getragene politische Stiftung (BAG v. 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, NZA 2004, 501).

Als Tendenzunternehmen wurden u.a. abgelehnt:

- Ein Landessportverband (BAG v. 23.3.1999 – 1 ABR 28/98, NZA 1999, 1347),
- Sprachschulen, da sie lediglich der Vermittlung bestimmter Kenntnisse und Fertigkeiten dienen (BAG v. 7.4.1981 – 1 ABR 62/78, AP Nr. 17 zu § 118 BetrVG 1972).

- 1769 **Rechtsfolgen** zeitigt § 118 Abs. 1 BetrVG insbes. bei der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates. Gerade der organisatorische Teil des Mitbestimmungsrechts (§§ 1–73b BetrVG) ist

grds. tendenzneutral, sodass sich an der Anwendbarkeit insoweit nichts ändert (ErfK/*Kania* § 118 BetrVG Rz. 21). Differenzierte Rechtsfolgen ergeben sich aber bei den materiellen Rechten des Betriebsrates. Gesetzlich geregelt ist zum einen der **vollständige Ausschluss der §§ 106 bis 110 BetrVG**, § 118 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. BetrVG. Bei einem Tendenzunternehmen entfällt damit insbes. die Pflicht zur Errichtung eines Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 1 S. 1 BetrVG (BAG v. 22.7.2014 – 1 ABR 93/12, NZA 2014, 1417). Die Regeln zum **Interessenausgleich, Sozialplan und Nachteilsausgleich** finden nach § 118 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. BetrVG dagegen nur **eingeschränkt** Anwendung. Wenn die §§ 111 bis 113 BetrVG hier nur gelten sollen, soweit sie den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile bezwecken, ist damit inhaltlich der Sozialplan angesprochen. Für alle anderen Bereiche bemisst sich der Ausschluss nach den oben dargestellten Maßstäben. Bedeutsam ist dies insbes. für die Mitbestimmung des Betriebsrates in **sozialen und personellen** Angelegenheiten:

Übersicht:

1770

- **Soziale Angelegenheiten:** Die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 10 BetrVG regeln den Arbeitsablauf im Betrieb, der im Ausgangspunkt tendenzneutral ist. Das Mitbestimmungsrecht bleibt hier regelmäßig vollständig erhalten. So ist bspw. die Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit regelmäßig nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtig, sofern sich dies auf die tendenzneutrale Ordnung des betrieblichen Arbeitsablaufes beschränkt (BAG v. 30.6.2015 – 1 ABR 71/13, BeckRS 2015, 72430 Rz. 28). Bedeutung hat die Frage der Einschränkung von Mitbestimmungsrechten vor allem beim Mitbestimmungsrecht zum Ordnungsverhalten im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Diskutiert – und vom BAG verneint – wurde dies u.a. für die Einführung von Ethikregeln für Redakteure einer Wirtschaftszeitung (BAG v. 28.5.2003 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166, 171).
- **Personelle Angelegenheiten** stellen den Hauptanwendungsbereich für § 118 Abs. 1 BetrVG dar, wobei es insbes. um das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates aus § 99 Abs. 2 BetrVG, sowie um das Anhörungsrecht bei Kündigungen nach § 102 BetrVG geht. Anders als **personelle Einzelmaßnahmen** sind die **allg. personellen Angelegenheiten** der §§ 92–98 BetrVG tendenzneutral. Für § 99 Abs. 2 BetrVG geht das BAG davon aus, dass das Zustimmungsverweigerungsrecht bei Einstellungen und Versetzungen eines Tendenzträgers entfällt. Bei § 102 BetrVG wirkt sich der Tendenzschutz dergestalt aus, dass das Widerspruchsrecht des § 102 Abs. 3 BetrVG – und damit auch der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG – nicht anwendbar ist. Systematisch werden die Einschränkungen an den Stellen verortet, die dem Betriebsrat die Möglichkeit geben, die Entscheidung des Arbeitgebers zu beeinflussen. Wo dies schon im Vorhinein nicht droht, besteht auch kein Grund die Befugnisse des Betriebsrates einzuschränken. Konsequenterweise bleiben daher die Unterrichtungs- und Anhörungsrechte (§ 99 Abs. 1, § 102 Abs. 1 BetrVG) auch unberührt (s.o.).

b) Seeschifffahrt und Luftfahrt

Im fünften Teil des BetrVG gibt es Sonderregelungen für einzelne Wirtschaftssparten, die den Besonderheiten dieser Betriebsarten Rechnung tragen sollen. So gilt das BetrVG zwar grds. auch für Seeschifffahrtsunternehmen und ihre Betriebe, jedoch nur soweit sich aus den §§ 114 bis 116 BetrVG nicht etwas anderes ergibt. Infolgedessen ist nach § 115 BetrVG auf einzelnen Schiffen eine **Bordvertretung** zu wählen; in Seebetrieben werden Seebetriebsräte gewählt (vgl. § 116 BetrVG).

1771

Bei Luftfahrtunternehmen ist das BetrVG nach § 117 Abs. 1 S. 1 BetrVG grds. nur auf **Landbetriebe**, **nicht aber auf den Flugbetrieb** anzuwenden (zum Begriff: *Linsenmaier* EF Preis, 2021, 759). Für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen kann vorrangig gem. § 117 Abs. 2 BetrVG durch Tarifvertrag eine Vertretung errichtet werden (vgl. hierzu LAG Hamm v. 25.9.2009 – 10 TaBV 19/09, BeckRS 2010, 65203). Ist eine solche allerdings nicht errichtet, kann nach dem am 1.5.2019 eingefügten § 117 Abs. 1 S. 2 BetrVG auch **für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer** von Luftfahrtunternehmen ein Betriebsrat gewählt werden (vertiefend: *Ludwig* BB 2019, 180; *Müller*/

1772