

## F. Anpassung der Betriebsstrukturen an die neue Arbeitswelt

### Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber

#### I. Betriebsräte in Start-ups

Betriebsräte in Start-ups klingt nicht gerade wie Topf und Deckel. Dennoch ist dieses Phänomen in den letzten Jahren gehäuft zu finden: Betriebsratsgründungen in der Start-up-Szene. Als Beispiele hierfür können Start-ups wie Lieferando, Flaschenpost oder auch Gorillas dienen. Mit derartigen Bestrebungen einer Betriebsratsgründung gingen nicht selten gerichtliche Streitigkeiten einher: Gerade aus Gründerperspektive scheint die Entwicklung fremd zu sein und wird nicht selten als persönlicher Angriff verstanden. Gleichwohl wird sie proaktiv seitens der Arbeitnehmer vorangetrieben. Auch die Gewerkschaft ver.di unterstützt die Arbeitnehmer in diesem Vorhaben, wie etwa die Betriebsratsgründung bei Hello Fresh zeigt.<sup>1</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist eine spannende Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2021 ergangen, die gerade mit Blick auf die Start-up-Szene eine neue Dimension erreicht. Das BAG entschied zum unternehmenseinheitlichen Betriebsrat, konkret zu § 3 BetrVG. Trotz der aktuellen Entwicklungen in der Start-up-Szene sind die aussagekräftigen und wegweisenden Feststellungen, die in diesem Urteil getroffen wurden, bei vielen unberücksichtigt geblieben. Das kann auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden: In Deutschland gibt es bislang kaum Betriebsräte, die auf Akklamation der Mitarbeiter gewählt werden und dabei unternehmenseinheitlich, unabhängig von etwaigen Standorten, zuständig sind. Darüber hinaus ist ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat bislang überwiegend als unwichtig eingestuft worden. Überdies ist die Norm des § 3 BetrVG zwar vielen bekannt, die meisten wissen aber nicht, wofür sie Anwendung finden soll. Dabei wird teilweise sogar so weit gegangen, die Regelung als einen „Betriebsunfall des Gesetzgebers“ zu bezeichnen. Doch wie die jüngsten Entwicklungen zeigen, sollte sich gerade in der Start-up-Szene mit dieser Entscheidung auseinandergesetzt werden. So kann sich bereits in einem frühen Entwicklungsstadium der Betriebsratsgründung entsprechend verhalten und auf diese Weise Risiken einer Betriebsratsgründung nach § 3 BetrVG vermieden werden.

---

<sup>1</sup> Tagesspiegel v. 9.2.2023, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/berliner-wirtschaft/betriebsrat-fur-hellofresh-wahlvorbereitung-kann-starten-9320321.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

- 3 Neben der Bedeutung dieser Entscheidung aus Start-up-Sicht gehen mit ihr auch schwierige Fragen zum Legitimationszweck einher. Demzufolge ist sich in diesem Zusammenhang auch mit anderen Legitimationsthemen auseinanderzusetzen. Dabei wird letztlich die Thematik der Abwägung in den Fokus rücken, konkret zwischen der Legitimationsfrage einerseits und der Effektivitätsfrage andererseits.

## II. Entscheidung des BAG<sup>2</sup>

- 4 Im März 2021 befasste sich das BAG in einer Entscheidung mit einem nach § 3 Abs. 3 BetrVG gewählten unternehmenseinheitlichen Betriebsrat. Dabei wies das BAG darauf hin, dass ein Belegschaftsbeschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG, einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat zu wählen, bis zu einer gegenteiligen Beschlussfassung („actus contrarius“) der Arbeitnehmer bestehen bleibt. Änderungen der betrieblichen Strukturen innerhalb des Unternehmens haben dabei keine Auswirkungen auf den Beschluss der Arbeitnehmer. Bei der Aufnahme anderer Betriebe in die Unternehmensstruktur bleibt ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat bestehen. Ein bei einem der aufgenommenen Betriebe bestehender Betriebsrat geht unter. Dies gilt jedoch nur, solange im Rahmen von verschiedenen Organisationsmaßnahmen kein gemeinsamer Betrieb mit einem weiteren Unternehmen entsteht. In diesem Fall ist ein Betriebsrat nach den gesetzlichen Strukturen zu wählen.
- 5 Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:
- 6 Die beteiligte Arbeitgeberin beschäftigt an mehr als 30 Standorten etwa 4.600 Mitarbeiter. Bei ihrer Rechtsvorgängerin fand im Jahr 2002 eine Abstimmung der Arbeitnehmer über die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats statt. Zu diesem Zeitpunkt bestand weder eine tarifliche Regelung nach § 3 Abs. 1 BetrVG noch war ein Betriebsrat bei ihr gebildet worden. Die Mehrheit der Arbeitnehmer stimmte für die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats. Dieser wurde daraufhin erstmals im Jahr 2002 sowie auch in der Folgezeit gewählt. Im Anschluss kam es zu diversen Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers: Es fanden Verschmelzungen und Übertragungen statt. Im Jahr 2012 übertrug die Rechtsvorgängerin einen Teilbereich auf eine weitere GmbH. Aufgrund dieser Übertragung kann nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen der Rechtsvorgängerin und der Arbeitgeberin ein gemeinsamer Betrieb gegründet wurde. Im Jahr 2014 wurde eine weitere GmbH unter Auflösung auf die Rechtsvorgängerin verschmolzen. Bei dieser GmbH bestand zum Zeitpunkt der Auflösung ein Betriebsrat. Im Laufe der Zeit wurden an mehreren Standorten der Arbeitgeberin Betriebsräte gewählt. Die an diesen Standorten gewählten Betriebsräte errichteten schließlich einen Gesamtbetriebsrat. Im Jahr 2019 wurde eine weitere GmbH auf die Arbeitgeberin verschmolzen. Auch bei

<sup>2</sup> BAG, 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337.

## II. Entscheidung des BAG

dieser GmbH bestand an einem Standort ein Betriebsrat, der nach der Verschmelzung zunächst zurücktrat, einen Wahlvorstand zur Neuwahl bestellte und schließlich nach der Verschmelzung erneut gewählt wurde.

Es wurde schließlich beantragt, u. a. festzustellen, dass keine unternehmenseinheitliche betriebsratsfähige Organisation mehr besteht. 7

Folgende Feststellungen des BAG sind hervorzuheben: 8

Ein Belegschaftsbeschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG setzt voraus, dass dieser von mindestens drei Arbeitnehmern des Unternehmens veranlasst ist.<sup>3</sup> Eine besondere Form ist hierfür nicht vorgeschrieben. § 3 Abs. 3 BetrVG ist in seinen Voraussetzungen abschließend: Die Wahl aufgrund eines Beschlusses der Arbeitnehmer ist nur „im Fall des Abs. 1 Nr. 1a“ zulässig. Daraus folgt, dass ein solcher Arbeitnehmerbeschluss zur Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats nur für *ein* Unternehmen mit mehreren Betrieben erfolgen kann. Daran fehlt es etwa, wenn lediglich ein Hauptbetrieb und mehrere Kleinbetriebe nach § 4 Abs. 2 BetrVG bestehen, da letztere dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind. 9

Ein nach § 3 Abs. 3 BetrVG wirksam gefasster Beschluss verliert nicht allein durch Zeitablauf seine Wirkung. Dies folgt aus gesetzessystematischen Erwägungen und dem Sinn und Zweck der Regelung: Für die tarifliche Regelung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG ist ausdrücklich anerkannt, dass eine solche getroffene Regelung erst mit dem Tarifvertrag endet, unabhängig von einer betriebsverfassungsrechtlichen Wahlperiode. Hätte der Gesetzgeber für § 3 Abs. 3 BetrVG eine andere Regelung gewollt, wäre eine solche aufgenommen worden. Überdies dient die Regelung des § 3 Abs. 3 BetrVG dem Sinn und Zweck, die Bildung einer Interessenvertretung in einem Unternehmen mit lediglich kleinen Betrieben zu erleichtern. Ein solches Bedürfnis besteht dauerhaft, ebenfalls unabhängig von einer betriebsverfassungsrechtlichen Wahlperiode. 10

Die Dauerwirkung des Beschlusses findet ihr Ende in einem sog. *actus contrarius*. Das bedeutet, dass eine Rückkehr zur gesetzlichen Betriebsverfassung und die Wahl von Einzelbetriebsräten nur dann möglich ist, wenn eine erneute Abstimmung der Belegschaft erfolgt. 11

Betriebliche Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers innerhalb des Rahmens von § 3 BetrVG haben keine Auswirkungen auf einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat. Verschmelzungen und Übertragungen führen nicht selten zu einem Anstieg der Arbeitnehmerzahl im Unternehmen. § 13 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der die Schwankungen der Arbeitnehmerzahl abschließend im Betriebsverfassungsgesetz regelt, ist auf einen Beschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG nicht anwendbar. Die Übernahme von Betrieben im Zuge von Verschmelzungen führt nicht dazu, dass die Abstimmung nach § 3 Abs. 3 BetrVG ihre Wirkung verliert. Vielmehr schafft § 3 Abs. 3 BetrVG die Möglichkeit, dass ein Betriebsrat für ein gesamtes Unternehmen gewählt wird. Dabei sind die gesetzlichen Be- 12

<sup>3</sup> Vgl. hierzu BAG, NZA 2021, 1337, 1340, Rn. 33.

etriebsstrukturen und die diese beeinflussenden möglichen Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers nicht von Bedeutung.

- 13 Belegschaften von neu hinzukommenden Betrieben werden ab diesem Zeitpunkt von dem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat repräsentiert. Wie die Übernahme der hinzukommenden Betriebe organisiert wird, bspw. durch Eingliederung, ist irrelevant. Der unternehmenseinheitliche Betriebsrat bleibt vielmehr bestehen. Ein Betriebsrat, der bei einem der übernommenen Betriebe gebildet wurde, geht unter. Die hier entstehende Lücke der demokratischen Legitimation, dass der unternehmenseinheitliche Betriebsrat nicht von der Belegschaft des hinzukommenden Betriebs gewählt wurde, ist hinzunehmen. Damit vergleichbar sind Fallkonstellationen, in denen Arbeitnehmer erst nach der Wahl des Betriebsrats Betriebsmitglieder geworden sind. Gerechtfertigt werden kann die Lücke mit der Erwägung, dass hinzukommende Arbeitnehmer, die den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat ablehnen, jederzeit die Möglichkeit haben, durch einen entsprechenden *actus contrarius* (Gegenabstimmung) den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat zu Fall zu bringen.
- 14 Die Grenze findet der Belegschaftsbeschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG in Umstrukturierungen, die sich nicht mehr in dessen Rahmen bewegen, also über betriebliche Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers hinausgehen. Das ist der Fall, wenn zwischen mehreren Unternehmen ein gemeinsamer Betrieb besteht. Für unternehmensübergreifende Repräsentationseinheiten verleiht § 3 BetrVG den Arbeitnehmern keine Gestaltungsmöglichkeit. § 3 BetrVG spricht nur von *einem* Unternehmen. In so einem Fall ist der Betriebsrat fortan wieder nach den gesetzlichen Strukturen zu wählen.

### III. Statusfeststellung in der Start-up-Szene

- 15 Diese BAG-Entscheidung ist insbesondere mit Blick auf die Start-up-Szene spannend: Viele Start-ups stehen derzeit vor einem Kulturwandel. Neben gestiegenen Zinsen und der Bankenkrise in den USA wird die Refinanzierung von Start-ups zunehmend schwieriger. Nicht nur große Unternehmen, wie beispielsweise Google, Amazon<sup>4</sup> oder der Facebook-Konzern Meta<sup>5</sup> müssen Personalabbaumaßnahmen im fünfstelligen Bereich vornehmen. Wie die kürzlichen Entwicklungen zeigen, macht eine Kündigungswelle auch vor der Start-up-Branche

---

4 Stern v. 23.3.2023, <https://www.stern.de/digital/online/google--amazon-und-co--wie-der-traumjob-im-silicon-valley-zum-albtraum-wurde-33302918.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

5 Handelsblatt v. 14.3.2023, <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/facebook-konzern-noch-einmal-10-000-mitarbeiter-meta-steht-vor-naechstem-deutlichen-stellenabbau/29035696.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

### III. Statusfeststellung in der Start-up-Szene

nicht Halt.<sup>6</sup> Das österreichische Nachhilfe-Start-up Gostudent, das Berliner Start-up Urban Sports Club oder auch das Berliner Mobilität-Start-up Tier Mobility mussten sich von einigen Mitarbeitern trennen.<sup>7</sup> Das Umfeld der Start-up-Szene ist ein anderes geworden. In einer solchen Zeit des Umbruchs und der Unsicherheit werden Mitarbeitervertretungen attraktiver und der Ruf nach ihnen lauter. So muss sich etwa das Start-up Sumup damit auseinandersetzen.<sup>8</sup> Die medienräftige Entwicklung der Betriebsratsgründung bei der Smartphone-Bank N26 verdeutlicht, dass eine solche der Start-up-Szene grundsätzlich fremd ist.<sup>9</sup> In der Start-up-Szene herrschen flache Hierarchien. Es besteht *ein* Team. Es herrscht ein Miteinander anstelle eines Gegeneinanders. Viele der Gründer sehen diese Entwicklung daher kritisch, andere unterstützen ihre Beschäftigten bei der Betriebsratsgründung.<sup>10</sup> Einige empfinden dies sogar als einen persönlichen Angriff gegen sich selbst. Fakt ist, diese Entwicklung ist in den anhaltenden unsicheren Zeiten selten aufzuhalten. Die Gründer stehen vor der Entscheidung, wie sie damit umgehen möchten: eine defensive Haltung oder die Rolle des proaktiven Unterstützers einnehmen. Für ersten Weg entschied sich wohl der Lieferdienst Gorillas. Laut Medienberichten wurde versucht, die Betriebsratswahlen durch strukturelle Veränderungen im Unternehmen zu Fall zu bringen.<sup>11</sup> Dennoch sollte die Rolle des proaktiven Unterstützers aus Gründersicht keinesfalls unterschätzt werden. Die Vorteile von Mitarbeitern als zukünftigen Betriebsratsmitgliedern, mit denen bereits vor einer solchen Entwicklung stets eine gute Zusammenarbeit stattgefunden hat, sollten bei der Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Auswirkungen einer Betriebsratsgründung auf Akklamation der Mitarbeiter ist eine gute Zusammenarbeit zwischen Gründer und Betriebsrat – gerade aus Gründersicht – von enormer Bedeutung.

---

6 Handelsblatt v. 7.2.2023, <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/kuendigungswelle-diese-deutschen-start-ups-und-tech-firmen-bauen-stellen-ab/28965910.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

7 Gründerszene v. 8.9.2022, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/business/massenentlassungen-in-der-deutschen-startup-szene-sept-2022/> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

8 Finance Forward v. 20.12.2021, <https://financefwd.com/de/sumup-betriebsrat/> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

9 Zeit Online v. 13.8.2020, <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2020-08/betriebsrat-n26-arbeitsbedingungen-einstweilige-verfuegung-management> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

10 Business Insider v. 27.4.2023, <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/meta-facebook-mitarbeiter-in-deutschland-waehlen-betriebsrat/> (zuletzt aufgerufen am 7.11.2023).

11 Süddeutsche Zeitung v. 24.11.2023, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/gorillas-betriebsrat-arbeitsgericht-berlin-1.5472240> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

#### IV. Die Auswirkungen der BAG-Entscheidung auf die Start-up-Szene

- 16 Bedeutung erlangt die Entscheidung des BAG vom 24.3.2021 – 7 ABR 16/20 für ein Start-up, wenn in diesem ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat gewählt wird und das Start-up weiterwächst. Auch nach weiterem Wachstum besteht ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat grundsätzlich fort. Für dieses Szenario lohnt sich ein genauerer Blick auf die Entscheidung des BAG. Nach dem BAG ist entscheidend, ob die ursprüngliche Identität gleichbleibt.<sup>12</sup> Dieser Punkt ist der Dreh- und Angelpunkt, denn anders gewendet: Hat sich die ursprüngliche Identität verändert, ist der ursprüngliche durch Akklamation entstandene unternehmenseinheitliche Betriebsrat nicht mehr anzuerkennen. Wann die ursprüngliche Identität noch gewahrt bzw. nicht mehr gewahrt ist, ist eine Abwägungsentscheidung. Maßgebend ist das Demokratieprinzip, auf der einen Seite im Sinne der Anerkennung des Wahlergebnisses eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats auf Grundlage des BetrVG und auf der anderen Seite im Sinne einer angemessenen Interessenvertretung, einen dem Interesse der Beschäftigten in ihrer Variabilität angemessenen Vertreter zu finden.
- 17 Die Anerkennung eines Wahlergebnisses einer Betriebsratswahl hat im Allgemeinen einen hohen Schutz und Stellenwert. Ein einmal gewählter Betriebsrat hat grundsätzlich Bestandsschutz. Das ergibt sich daraus, dass eine Nichtigkeit einer Betriebsratswahl faktisch nie gegeben ist. Hierzu müssten offensichtliche und grobe Verstöße gegen wesentliche Grundsätze des im Betriebsverfassungsrecht kodifizierten Wahlrechts vorliegen. Diese müssen so gravierend sein, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: Die Betriebsratswahl müsste „den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen“.<sup>14</sup> Auch eine Anfechtbarkeit einer Betriebsratswahl im Sinne des § 19 BetrVG ist nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Nach § 19 Abs. 1 BetrVG muss gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden sein, eine Berichtigung nicht erfolgt sein und zudem müsste der Verstoß geeignet gewesen sein, das Wahlergebnis zu ändern oder jedenfalls zu beeinflussen. Schließlich hat eine wirksame Anfechtung nur zur Folge, dass der Betriebsrat mit Ex-nunc-Wirkung sein Amt verliert.<sup>15</sup> Bis zur Rechtskraft der Entscheidung bleibt der gewählte Betriebsrat im Amt.<sup>16</sup> Sämtliche Beteiligungsrechte des Betriebsrats muss der Arbeitgeber bis dahin wahren.

12 BAG, 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337.

13 BAG, 27.7.2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345.

14 St. Rspr.: vgl. BAG, 20.4.2005 – 7 ABR 44/04, NZA 2005, 1426; BAG, 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, NZA-RR 2012, 186.

15 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 19 Rn. 68.

16 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 19 Rn. 69.