

## **MASTERARBEIT**

Im weiterbildenden Master-Studiengang „Mediation“  
der FernUniversität Hagen

Zum Thema: Modelle betrieblicher Mediation bei betriebsverfassungsrechtlichen Konflikten

vorgelegt von Prof. Dr. Barbara Buschmann

<b>Gliederung:</b>	<b>S.</b>
<b>I. Einleitung: Aufgaben- und Themenbeschreibung</b>	<b>1</b>
<b>II. Charakteristika betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte</b>	<b>1</b>
1. Merkmale und Eigenschaften der Konfliktparteien	2
2. Streitgegenstände	3
3. Erscheinungsformen	5
<b>III. Behandlung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte</b>	<b>6</b>
1. Rolle der Betriebsparteien im Betriebsverfassungsrecht	6
2. Wandel im Rollenverständnis der Betriebsparteien	7
3. Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Praxis	7
<b>IV. Konfliktbewältigung durch Verhandlung und Mediation</b>	<b>8</b>
1. Verhandlungen im Verhältnis von Macht, Recht und Interessen	9
a) Verhandlungsmacht	9
b) Verhandlungen über Rechtspositionen	9
c) Vorteile interessenorientierter Verhandlung	10
2. Mediation als interessenorientierte Verhandlung	11
3. Sicherung der Interessenorientierung	11
a) Die Neutralität und Allparteilichkeit des Mediators	12
b) Die Freiwilligkeit des Verfahrens	12
c) Der Grundsatz der Selbstbestimmung	13
d) Der Grundsatz der Informiertheit	13
e) Der Grundsatz der Vertraulichkeit	14
4. Mediationseignung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte	14
a) Gesprächs- und Verständigungsbereitschaft	14
b) Dauerbeziehungen	15

c)	Gemeinsame Interessen der Parteien	15
d)	Bewältigung von Komplexität	15
<b>V.</b>	<b>Mediationsmodelle und betriebliche Mitbestimmung</b>	<b>16</b>
1.	Rechtliche Zulässigkeit der Mediation	16
a)	Mediation als alternative Konfliktbehandlung	16
b)	Mediation als komplementäre Konfliktbehandlung	17
2.	Die Einigungsstelle aus verhandlungstheoretischer Sicht	18
a)	Aufgaben der Einigungsstelle	18
b)	Gerichtlich erzwingbare Besetzung der Einigungsstelle	19
c)	Erzwingbarkeit der Verfahrens	20
d)	Verhandlungsdruck und Einigungszwang	21
e)	Beschränkung auf den Verhandlungsgegenstand	21
f)	Gerichtsförmiges und verrechtlichtes Verfahren	22
g)	Mangel an Selbstbestimmung	23
h)	Missbrauch des Verfahrens	24
3.	Mediationsmodelle und Einigungsstellenverfahren	25
a)	Die grundsätzliche Offenheit des Verfahrens	25
b)	Vormediation	26
c)	Zwischenmediation	29
d)	Mediation bei Betriebsänderungen	31
(1)	Interessenausgleich und Sozialplan	31
(2)	Verhandlungstheoretische Bewertung	32
(3)	Mediation in der Beratungsphase	33
(4)	Mediation vor Beginn des Einigungsstellenverfahrens	34
(5)	Zwischenmediation in der Einigungsstelle	35

e)	Verfahrensdesign der Mediation	37
	(1) Vorbereitungsphase	37
	(2) Erster Sitzungstag: Themensammlung und Interessenfindung	40
	(3) Zweiter Sitzungstag: Lösungsfindung und Einigung	42
	(4) Unterzeichnung der Vereinbarung	43
f)	Vorteile ergänzender Mediationsmodelle	44
	(1) Vermeidung und Abbau von Eskalation	44
	(2) Freiwilliges und selbstbestimmtes Verfahren	45
	(3) Allparteilichkeit der Streitvermittlung	45
	(4) Ausweitung des Lösungsraums	46
	(5) Berücksichtigung drittbetroffener Personen und Gruppen	46
	(6) Kostenvermeidung	47
4.	Mediation bei personellen Einzelmaßnahmen	49
	a) Lösungsdefizite der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG	49
	b) Mediation im Verfahren nach § 99 BetrVG	51
	c) Bewertung	43
5.	Mediation in betrieblichen Ausschüssen	54
	a) Betriebsratsausschüsse	54
	b) Gemeinsame Ausschüsse	54
	c) Tarifliche Paritätische Kommissionen	55
	d) Entscheidungsbefugnisse	56
	e) Mediation in gemeinsamen Betriebsausschüssen	57
	f) Bewertung	59
6.	Mediation im Beschwerdeverfahren nach §§ 84 BetrVG	60
	a) individualrechtliche und kollektive Ebene	60
	b) Lösungsdefizite	61

c)	Mediation im Beschwerdeverfahren	63
d)	Bewertung	64
7.	Mediation als Baustein der Organisationsentwicklung	65
<b>III.</b>	<b>Fazit</b>	67
1.	Zusammenfassung der Ergebnisse	67
a)	Mediationseignung	67
b)	Lösungsdefizite des Betriebsverfassungsrechts	68
c)	Mediationsmodelle und Konfliktbewältigung	68
2.	Ausblick	70
	<b>Abbildungsverzeichnis</b>	71
	<b>Literaturverzeichnis</b>	72
	<b>Anhang: Interview der Arbeitsrichter</b>	

## **I. Einleitung: Aufgaben- und Themenbeschreibung**

Betriebsverfassungsrechtliche Konflikte werden üblicherweise nach den Konfliktlösungsmechanismen des Betriebsverfassungsrechts ausgetragen. In der Literatur finden sich zwar Stellungnahmen<sup>1</sup>, die die Mediation auch mit Blick auf die Defizite betriebsverfassungsrechtlicher Konfliktaustragung behandeln, es fehlen aber bisher detaillierte und strukturierte Vorschläge, in welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Mediation im betriebsverfassungsrechtlichen Konfliktgeschehen einzusetzen ist. Das Ziel der Untersuchung liegt daher in der Erarbeitung von Mediationsmodellen, die in das Gesamtsystem betriebsverfassungsrechtlicher Konfliktbehandlung eingebettet sind und durch Abschluss von Betriebsvereinbarungen institutionalisiert werden können. Daneben ist ein Verfahrensdesign für den Ablauf der Mediation im Rahmen dieser Modelle zu entwickeln, wobei der Ablauf des Verfahrens an konkreten Fallbeispielen anknüpfen soll. Die Untersuchung orientiert sich dabei an den Konfliktlösungsmustern des Betriebsverfassungsgesetzes, um die Vorteile der Mediation auch im Vergleich zu beleuchten.

Zunächst geht die Arbeit der Frage nach, wodurch sich betriebsverfassungsrechtliche Konflikte auszeichnen (II), und wie sie nach Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) und in der Praxis üblicherweise behandelt werden (III). Im Anschluss wird die Mediation als Verfahren interessenorientierter Verhandlungen herausgearbeitet (IV), wobei die Eignung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte für die Mediation überprüft wird (IV.4). Es folgt die Entwicklung von Mediationsmodellen im Vergleich zu den klassischen Streitformen des Betriebsverfassungsrechts (V), wobei die Möglichkeiten der Mediation im Einigungsstellenverfahren (V.3), bei personellen Einzelmaßnahmen (V.4), in Betriebsausschüssen (V.5) und im Beschwerdeverfahren (V.6) untersucht werden. Die wesentlichen Untersuchungsergebnisse und ein Ausblick auf die Entwicklungsmöglichkeiten der Mediation betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte beschließen die Arbeit (VI).

## **II. Charakteristika betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte**

Ökonomen, Politologen, Soziologen, Psychologen und Spieltheoretiker systematisieren Konflikte unter den verschiedensten Gesichtspunkten, eine

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. Andrelang, Christian, Mediation arbeitsrechtlicher Konflikte (2003); Budde, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Mediation in Betrieben (2003), S.203 ff.; dies., Mediation im Arbeitsrecht (2004), S.649 ff.; Kramer NZA 2005, 135 ff.; Zartmann, (Diss. 2003) Mediation im Arbeitsrecht, S. 143 ff.

einheitliche Konflikttypologie existiert daher nicht. Glasl<sup>2</sup> ordnet die bestehenden Konflikttypologien im Wesentlichen drei Kategorien zu, indem er die Typenbildung wie folgt unterscheidet: Konflikttypologien nach Merkmalen der Parteien, unterschiedlichen Streitgegenständen und nach Erscheinungsformen. Diese Anknüpfungspunkte werden nachfolgend auf betriebsverfassungsrechtliche Konflikte angewendet, um einige Charakteristika betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten herauszuarbeiten.

## **2. Merkmale und Eigenschaften der Konfliktparteien**

Betriebsverfassungsrechtliche Konflikte beziehen sich auf Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, zwischen Betriebsratsmitgliedern sowie zwischen Betriebsratsmitgliedern und einzelnen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen. In der Praxis entwickeln sich betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten am häufigsten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich daher auf diesen klassischen Bereich betriebsverfassungsrechtlicher Auseinandersetzung.

Über den betriebsverfassungsrechtlichen Konflikt verhandeln die Arbeitgeberseite und der Betriebsrat, wobei der Betriebsrat die Interessen der Arbeitnehmer wahrzunehmen hat. In dieser Eigenschaft verhandelt er für die Mitarbeiter, die an den Verhandlungen nicht direkt beteiligt sind, aber die Konsequenzen des Konfliktausganges zu tragen haben.

Betriebsräte und Gewerkschaften nehmen unterschiedliche Aufgaben wahr. Gewerkschaften schließen Tarifverträge mit den Arbeitgeberverbänden und sind berechtigt, zur Durchsetzung von Tarifverträgen Arbeitskämpfe zu organisieren. Demgegenüber sind Arbeitskämpfmaßnahmen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat verboten (§ 74 Abs.1 und 2 BetrVG). Betriebsräte schließen Betriebsvereinbarungen mit dem Arbeitgeber, die für die gesamte Belegschaft gelten. Demgegenüber gelten Tarifverträge grundsätzlich nur für Gewerkschaftsmitglieder (§ 3 Abs.2 TVG).

Daneben haben die Gewerkschaften aber auch Rechte im Rahmen der Betriebsverfassung. Sie unterstützen die Betriebsräte und überwachen deren Arbeit. Sie können dafür sorgen, dass ein Betriebsrat gewählt wird und haben ein Vorschlagsrecht für Betriebsratswahlen (§ 14 Abs. 3, 5

---

<sup>2</sup> Glasl, Konfliktmanagement, 8. Aufl. 2004, S.53.

BetrVG). Sie nehmen an Betriebsratssitzungen teil, und sie haben das Recht auf Zugang zum Betrieb (§ 2 Abs.2 BetrVG). Aus dem Kreis der organisierten Arbeitnehmer können gewerkschaftliche Vertrauensleute gewählt werden, die die Gewerkschaftspolitik im Betrieb vertreten. Die personelle Verflechtung zwischen Gewerkschaften und Betriebsrat ist stark ausgeprägt. 68,1 % der Betriebsratsvorsitzenden, die 2002 gewählt wurden, waren im DGB organisiert.<sup>3</sup> Betriebsverfassungsrechtlich stehen die Gewerkschaften also im Lager der Betriebsräte und sind in dieser Eigenschaft selbst am Konflikt beteiligt.

In ihrer Rolle als Tarifvertragspartei haben Gewerkschaften aber darauf zu achten, dass die Betriebsparteien Tarifverträge einhalten und die Regelung von Gegenständen unterlassen, die üblicherweise in Tarifverträgen geregelt werden. Das BetrVG selbst sichert den Vorrang und die Sperrwirkung der Tarifautonomie (§§ 77 Abs.3 und § 87 Abs. 1 BetrVG). Insofern befinden sich Betriebsräte oft im Spannungsfeld zwischen gewerkschaftlichen Positionen, betrieblichen Belangen und Arbeitnehmerinteressen.

## **2. Streitgegenstände**

Betriebsverfassungsrechtliche Konflikte entzündeten sich an den mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Das BetrVG regelt die Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung abschließend, daher entzündet sich der Streit oft schon an der Vorfrage, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates überhaupt besteht. Das BetrVG unterscheidet zwischen kollektiven Angelegenheiten, die sich auf den Betrieb und die Belegschaft insgesamt beziehen und personellen Einzelmaßnahmen.

Im Bereich der mitbestimmungspflichtigen kollektiven Angelegenheiten streiten die Betriebsparteien im Kern um die Frage, ob und wie die mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen - z.B. eine Überstundenanordnung oder ein neues Prämiensystem – durchzuführen sind. Der Streitgegenstand wird im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes durch entsprechende Anträge festgelegt, die beide Seiten allein stellen können. Die Arbeitnehmer sind an den Verhandlungen nicht beteiligt, auch wenn es in der Konfliktbehandlung vor allem um ihre Interessen geht.

---

<sup>3</sup>vgl. die Angaben bei Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Bd. 2, 3. Aufl. 2004, S.128.

Neben den mitbestimmungspflichtigen kollektiven Angelegenheiten, hat der Betriebsrat bei personellen Einzelmaßnahmen mitzubestimmen. In diesem Bereich ist das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtlich vom betriebsverfassungsrechtlichen Konflikt zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu trennen. Im betriebsverfassungsrechtlichen Konflikt geht es um die Frage, ob z.B. die Einstellung oder Versetzung vorgenommen werden darf, obwohl der Betriebsrat widersprochen hat. Auf der einzelvertraglichen Ebene geht es um die Wirksamkeit der Maßnahme im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die Rechtslage kann auf beiden Ebenen divergieren. Der betriebsverfassungsrechtliche Streitgegenstand wird auch hier durch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates determiniert.

Betriebsverfassungsrechtliche Konflikte beinhalten damit die starke Tendenz zur Verrechtlichung. Mit zunehmender Eskalation konzentriert sich der Streit ohne Intervention auf Rechtsfragen, wenn nicht in frühen Konfliktstadien Deeskalationsstrategien angewendet werden.

Unter der Oberfläche betriebsverfassungsrechtlich eingenommener Positionen existiert aber auch ein sozialer Konflikt, in dem sich die Parteien durch unvereinbare Auffassungen in ihrer Wahrnehmung, im Denken, Fühlen und Handeln beeinträchtigt sehen.<sup>4</sup> Soziale Konflikte weisen eine Oberflächen- und Tiefenstruktur auf. An der Oberfläche geht es um Divergenzen bei der Bewertung von Fakten (Notwendigkeit von Überstunden), oder um die Verteilung von Ressourcen wie Geld und Zeit (Überstundenvergütung) und schließlich um betriebsverfassungsrechtliche Positionen (Mitbestimmungsrecht ja oder nein). Unter der Oberfläche liegen tieferliegende Bedürfnisse, die oft nicht ausdrücklich angesprochen werden, das Konfliktgeschehen aber maßgeblich beeinflussen. Dazu können das Streben nach Sicherheit, nach Macht und Einfluss, Ansehen und Anerkennung gehören. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Konflikten ist außerdem zu berücksichtigen, dass neben den Interessen der verhandelnden Betriebsparteien die Interessen Dritter eine Rolle spielen. Die Arbeitgeberseite steht möglicherweise unter dem Druck der Konzernspitze, der verhandelnde Betriebsrat unter dem Druck der Gewerkschaften einerseits und unter dem der Arbeitnehmer andererseits. Dies wird aber häufig nicht realisiert und thematisiert. Eingefordert wird das Recht auf Mitbestimmung, dahinter aber steht die Sorge, Macht und

---

<sup>4</sup> Glasl (FN 2), S. 18 ff., 40 ff.

Einfluss einzubüßen oder das Gesicht zu verlieren, oder aber es wird von der Arbeitgeberseite die Mitwirkung des Betriebsrates in einer krisenhaften Situation beansprucht, die Verhandler auf der Arbeitgeberseite fürchten aber primär um die eigene Sicherheit oder zumindest die Kritik im Unternehmen.

Der betriebsverfassungsrechtlich definierte Streit- und Verhandlungsgegenstand beschreibt mit anderen Worten die Oberfläche des Konflikts, die Spitze des Eisberges. Die darunter liegenden Anliegen und Interessen der verhandelnden Parteien und dahinter stehender Dritter bleiben dagegen zunächst unsichtbar.

### **3. Erscheinungsformen**

Die Erscheinungsformen eines Konflikts können nach institutionalisierter oder informeller Austragung unterschieden werden. Betriebsverfassungsrechtliche Konflikte werden nach den Regeln des Betriebsverfassungsrechtes ausgetragen. Ist das Stadium erreicht, in dem unvereinbare betriebsverfassungsrechtliche Positionen bezogen werden, bietet das BetrVG ein Muster institutionalisierter und verrechtlichter Konfliktbehandlung. Dies beeinflusst das gesamte Konfliktgeschehen. Einerseits gewährt die Institutionalisierung des Konflikts den Konfliktparteien eine gewisse Sicherheit im Verfahren, andererseits besteht die Gefahr, dass der Konflikt durch das Festhalten an der Form im Kern nicht gelöst werden kann.<sup>5</sup>

Das Betriebsverfassungsrecht schließt eine informelle Zusammenarbeit der Betriebsparteien keineswegs aus. Im Vorfeld von Konflikten oder auch im Verlaufe des Konfliktgeschehens können sich die Betriebsparteien jederzeit unter Einhaltung der sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen verständigen. Ohne einvernehmliche Konfliktlösung fällt der Konflikt aber in das formelle und institutionalisierte Verfahren zurück. Verhandlungen zur Konfliktlösung werden daher immer im Schatten betriebsverfassungsrechtlicher Verfahrens- und Entscheidungsregeln geführt. Dieses System prägt umgekehrt das Konfliktverhalten der Betriebsparteien, wenn zur Risikovermeidung eben auf das System und nicht auf informelle Vereinbarungen vertraut wird.

---

<sup>5</sup> Glasl (FN 2), S. 74 f.

### III. Behandlung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte

#### 3. Rolle der Betriebsparteien im Betriebsverfassungsrecht

Das Verhältnis zwischen den Betriebsparteien ist einerseits durch das gemeinsame Interesse am Wohlergehen und Erfolg des Unternehmens bestimmt. Andererseits müssen die Betriebspartner ihre Aufgaben im Spannungsverhältnis zwischen betrieblichen Belangen und Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen, insofern ist das Verhältnis auch von gegensätzlichen Interessen geprägt. Gemeinsame und gegensätzliche Interessen werden im § 2 des BetrVG angesprochen, wonach *Arbeitgeber und Betriebsrat ....vertrauensvoll.....zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes zusammen arbeiten*. Verlangt wird also eine partnerschaftliche Zusammenarbeit. Arbeitgeber und Betriebsrat haben ehrlich und offen mit dem ernstesten Willen zur Einigung zu verhandeln, bevor die betriebliche Einigungsstelle als Schlichtungsorgan oder die Gerichte bemüht werden. Hierfür genügt es nicht, die unterschiedlichen Standpunkte (Positionen) auszutauschen, beide Seiten müssen auch zum Nachgeben bereit sein.<sup>6</sup> Daneben sollen die betriebliche Friedenpflicht (§ 74 Abs.2 Satz 2 BetrVG) und das Verbot parteipolitischer Betätigung (§ 74 Abs.2 Satz 3 BetrVG) den Betriebsfrieden und den ungestörten Arbeitsablauf sichern. Das Betriebsverfassungsgesetz setzt damit die Gesprächs- und Verständigungsbereitschaft beider Seiten voraus. Erst wenn Verhandlungen scheitern, kann die Intervention durch Dritte erzwungen werden.

Das Rollenverständnis der Betriebspartner hängt davon ab, inwieweit es gelingt, die gemeinsamen Interessen im Blick zu behalten. Wird primär der Interessengegensatz wahrgenommen, entwickelt sich ein konfrontativer, kompetitiver Verhandlungsstil. Werden die Gemeinsamkeiten in der Interessenlage erkannt, wird kooperatives Verhandeln möglich. In der Praxis sind dementsprechend sog. Konfliktmuster oder Kooperationsmuster anzutreffen.<sup>7</sup> Im Konfliktmuster verhalten sich Betriebsleitung und Betriebsrat konfliktorientiert: Der Betriebsrat scheut nicht den Gang vor die Einigungsstelle oder das Gericht, umgekehrt beschränkt sich die Arbeitgeberseite auf die Einhaltung einschlägiger Bestimmungen und überlässt die Entscheidung im Zweifel dem Gericht oder einer

---

<sup>6</sup> Hromadka/Maschmann (FN 3), S.259.

<sup>7</sup> Müller, WSI Mitteilungen 2005, S.559.

Einigungsstelle. Im Kooperationsmuster sehen die Akteure ihre Chancen hingegen im gemeinsamen Erfolg und vermeiden den offenen Konflikt.

## **2. Wandel im Rollenverständnis des Betriebsparteien**

Globalisierung, Wettbewerbsdruck und neue Kommunikationstechnologien haben das Wirtschafts- und Arbeitsleben in den letzten Jahren grundlegend verändert. Die Unternehmen mussten hierauf mit durchgreifenden Strukturänderungen reagieren. Flexible Arbeitszeit- und Vergütungssysteme, Lohnverzicht und Personalabbau waren die Folge. Betriebsräte haben dabei zunehmend die Rolle als Überwachungsorgan abgelegt und sich aktiv in den Prozess der Unternehmensgestaltung eingebracht. Der Betriebsrat wird daher inzwischen auch als Manager von Arbeitnehmerinteressen oder als Co-Manager bezeichnet. Aus der Sicht der Betriebsleitung werden sie zunehmend als Mitgestalter des betrieblichen Geschehens, als Führungskraft und Produktionsfaktor wahrgenommen.<sup>8</sup> Dementsprechend orientiert sich die Betriebsverfassungskultur immer öfter am Grundsatz partnerschaftlicher Zusammenarbeit. Zahlreiche Betriebsbündnisse zum Thema Arbeitszeitflexibilisierung und Lohnverzicht belegen diesen Wandel.<sup>9</sup>

## **3. Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Praxis**

Überblicksartig und kurz gefasst lassen sich die betriebsverfassungsrechtlichen Instrumente der Konfliktbehandlung wie folgt beschreiben:

Auf der Basis des BetrVG stehen dem Betriebsrat Überwachungs-, Mitwirkungs und erzwingbare Mitbestimmungsrechte zu, wobei das System der Beteiligung betriebsverfassungsrechtlich stark formalisiert ist. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten, der Betriebsrat muss angehört und unter Fristsetzung zur Stellungnahme aufgefordert werden, in gemeinsamen Gesprächen müssen Betriebsrat und Arbeitgeber beabsichtigte Maßnahmen beraten. Bei Einstellungen und Versetzungen kann der Betriebsrat schriftlich widersprechen, aber nur wenn die betriebsverfassungsrechtlich vorgegebene Widerspruchsgründe vorliegen. Wird die Zustimmung verweigert, muss der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht die Zustimmungsersetzung beantragen, wenn er an der Maßnahme festhalten

---

<sup>8</sup> Niedenhoff, Die Mitbestimmung in der BRD (2005), S. 233 ff., 243, 278.

<sup>9</sup> Nach einer Untersuchung der Hans-Böckler-Stiftung (WSI) wurden in 23 % der befragten Betriebe mit mehr als 20 Beschäftigten und 42% der befragten Betriebe mit mehr als 1000 Mitarbeitern betriebliche Bündnisse eingegangen, vgl. dazu Niedenhoff (FN 8), S.245 f.

will. Über mitbestimmungspflichtige kollektive Angelegenheiten können Arbeitgeber und Betriebsrat nur gemeinsam beschließen, auch hier darf der Arbeitgeber nicht einseitig tätig werden, wenn die Maßnahme der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt. Zur Durchsetzung der Beteiligungsrechte kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht Anträge auf Unterlassung, Duldung oder auch Durchführung bestimmter Handlungen stellen oder aber zur Regelung von Sachfragen die Einigungsstelle anrufen, die zwar paritätisch besetzt ist, aber bei fehlender Einigung mit der Stimme eines unparteiischen Vorsitzenden auf der Basis der gestellten Anträge entscheidet. Dennoch setzt das BetrVG vorrangig auf die Einigungsbemühungen der Betriebsparteien durch Verhandlungen. Fraglich ist nur, ob die betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben echte Verhandlungslösungen fördern oder eher behindern.

Neben diesem System der formalisierten und institutionalisierten Mitbestimmung haben sich in der betrieblichen Praxis zahlreiche Formen eines informellen Umganges miteinander entwickelt. Nach einer Untersuchung des Deutschen Instituts der Deutschen Wirtschaft werden Betriebsvereinbarungen oder sonstiger Abreden zu 98 % auf der Basis informeller Gespräche getroffen.<sup>10</sup> Zur Konfliktprävention werden in Steuerkreisen, Arbeitskreisen oder an runden Tischen betriebliche und unternehmerische Vorhaben unter Beteiligung beider Betriebspartner behandelt. Lässt sich eine Einigung nicht erzielen, werden auch unternehmensbezogene oder dritte Personen zur Vermittlung herangezogen. In der Praxis sind also die Erfordernisse und die Vorteile einer informellen Zusammenarbeit durchaus anerkannt.

#### **IV. Konfliktbewältigung durch Verhandlungen und Mediation**

Das BetrVG setzt primär auf die partnerschaftliche Zusammenarbeit der Betriebsparteien und damit auf Verhandlungslösungen, die im gemeinsamen Dialog von beiden Seiten erarbeitet worden sind. Erst wenn die Möglichkeiten von Verhandlungen ausgeschöpft sind, können die Betriebsparteien eine institutionalisierte Zwangsschlichtung über Sachfragen herbeiführen oder aber das Arbeitsgericht zur Entscheidung über Rechtsfragen anrufen. Im Verlaufe des Konfliktgeschehens gibt es also nach der Vorstellung des BetrVG vorausschauend einen möglichen Zeitpunkt, in dem die Parteien den Konflikt nicht aus eigener Kraft bewältigen können und insofern auf die Intervention durch Dritte

---

<sup>10</sup> Niedenhoff (FN 8), S. 280 ff.

angewiesen sind. Für diesen Zeitpunkt stellt sich die Frage, ob Verhandlungen als alternative Konfliktlösungsverfahren noch effizient eingesetzt werden können, und welche Anwendungsmöglichkeiten sich für die Mediation ergeben können.

## **1. Verhandlungen im Verhältnis von Macht, Recht und Interessen**

Unter Verhandlungen ist die Kommunikation zwischen zwei oder mehreren Parteien zu verstehen, durch die über gegensätzliche Positionen und Interessen eine von beiden Seiten getragene Einigung erzielt werden soll, die im Ergebnis eine bessere Lösung beinhaltet, als sie durch gerichtliche oder sonstige Entscheidungen Dritter hätte erreicht werden können.<sup>11</sup> Konflikte können von den Konfliktparteien unterschiedlich interpretiert werden. Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich am Konzept der Verhandlungslösung im Spannungsverhältnis zwischen Macht, Recht und Interessen.<sup>12</sup>

### **a) Verhandlungsmacht**

Wer als Konfliktpartei aus eigener Sicht über größere Machtressourcen verfügt als die andere Seite, kann die Verhandlungen durch Einsatz von Macht oder zumindest durch Androhung von Macht dominieren. Ressourcen in diesem Sinne können Zeit, Geld, Zugang zu Wissen aber auch Rechtspositionen sein.

Der Einsatz von Verhandlungsmacht führt zur Eskalation von Konflikten, wenn sich die andere Seite auf eigene Machtressourcen besinnt, diese nutzt oder zumindest damit droht. Darüber hinaus schaffen Verhandlungen durch und über Verhandlungsmacht in der Regel (i.d.R.) kaum tragfähige und nachhaltige Lösungen. Konflikte werden bestenfalls unterdrückt und brechen höchst wahrscheinlich bei nächster Gelegenheit in anderer Form und häufig mit weiteren Konfliktbeteiligten erneut und in anderen Erscheinungsformen aus.

### **b) Verhandlungen über Rechtspositionen**

Grundsätzlich können Konflikte auch über die Geltendmachung von Rechten und die Anrufung der Gerichte gelöst werden. Verhandlungen im Vorfeld konzentrieren sich damit häufig auf die Rechtslage. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Konflikten können die Betriebsparteien zur Konfliktbewältigung auf die rechtliche Auseinandersetzung vor dem

---

<sup>11</sup> Eigene Definition nach Breidenbach, Mediation (1995), S.57.

<sup>12</sup> Breidenbach (FN 11), S. 65 ff.

Arbeitsgericht vertrauen oder auch auf die Konfliktbehandlung im Einigungsstellenverfahren.<sup>13</sup>

Die rechtliche Auseinandersetzung vor dem Arbeitsgericht beschränkt die Konfliktbehandlung auf Rechtsfragen, ohne umfassende Lösungen schaffen zu können. Auch die betriebsverfassungsrechtliche Konfliktbehandlung konzentriert sich auf Rechtsfragen. Insofern bleiben die tieferliegenden Interessen der Konfliktbeteiligten unberücksichtigt.

### **c) Vorteile interessenorientierter Verhandlung**

Konflikte beziehen sich an der Oberfläche auf bestimmte Streitthemen und Streitgegenstände. Man streitet über Fakten, über Zukunftsprognosen über die Richtigkeit von Gutachten, über die Rechtslage usw. und nimmt insofern bestimmte Positionen ein. In der Konfliktdanalyse lässt sich aber aus psychologischer Sicht feststellen, dass der Konflikt in seiner Tiefenstruktur<sup>14</sup> durch Anliegen, Bedürfnisse Ziele und Befürchtungen beherrscht wird, die nicht offen gelegt werden, weil die Parteien die Selbstoffenbarung scheuen. Das eigene Geltungsbedürfnis, die Sorge um Macht und Anerkennung, das Streben nach Ordnung oder nach Gerechtigkeit können wesentliche Triebkraft für Konflikte sein, ohne dass dies offenbart wird. Insbesondere wenn Konfliktparteien als Repräsentanten für Dritte auftreten, ist deren Sichtweise in den Köpfen der Repräsentanten ständig präsent, ohne dass dies in den Verhandlungen ausdrücklich thematisiert wird.<sup>15</sup> Nachhaltige Verhandlungslösungen basieren auf einem Interessenausgleich, der den tieferliegenden Anliegen der Konfliktparteien Rechnung trägt.

Das Harvard-Konzept<sup>16</sup> hat diese grundlegende Unterscheidung zwischen Interessen und Positionen herausgearbeitet und eine Verhandlungsmethode entwickelt, die sich eben auf Interessen und nicht auf Positionen konzentriert. Dazu gehört die Kenntnis und Akzeptanz unterschiedlicher Sichtweisen, ohne diese inhaltlich als falsch oder richtig zu bewerten. Der Vorteil interessenorientierter Verhandlungen liegt in der Chance, einen Kooperationsgewinn zu erzielen und nicht nur einen

---

<sup>13</sup> vgl. dazu unten S. 18-25.

<sup>14</sup> vgl. dazu Montada/Kals, Mediation, 2. Aufl. 2007, S. 81.

<sup>15</sup> Montada (FN 14), S. 82. Streiten z.B. Arbeitgeberseite und Betriebsrat über Vergütungssysteme, so verfolgt der Betriebsrat die Interessen der vertretenen Arbeitnehmer aber auch das eigene unausgesprochene Anliegen, diesen gegenüber das Gesicht wahren zu können. Ähnliche Bedürfnisse beherrschen möglicherweise die Verhandlungsführer auf der Arbeitgeberseite, die im Unternehmen Rechenschaft für das Verhandlungsergebnis ablegen müssen.

<sup>16</sup> Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, 22. Aufl. 2004, S.71 ff., vgl. auch Breidenbach (FN 11) S. 69 ff.

Kompromiss, der nach Art eines Nullsummenspiels<sup>17</sup> lediglich die Aufteilung des vorhandenen aber begrenzten Kuchens vornimmt. Die Chancen für einen Interessenausgleich steigen, wenn sich die Verhandlungen auf möglichst viele auch nicht unmittelbar konfliktbezogene Lösungsoptionen ausdehnen lassen. Die insofern subjektive Bewertung verschiedener Handlungsalternativen setzt die Wahrnehmung unterschiedlich gewichteter Interessen voraus. Die Verhandlungen müssen daher zunächst die Interessen der Beteiligten aufdecken, um sie bei der Lösungsfindung berücksichtigen zu können.<sup>18</sup> Interessenorientierte Verhandlungen bieten im Vergleich zu Verhandlungen über Verhandlungsmacht und Rechtspositionen die besseren Chancen für nachhaltige und zukunftsorientierte Lösungen.

#### **4. Mediation als interessenorientierte Verhandlung**

In der Mediation verhandeln die Parteien mit Hilfe einer unparteiischen dritten Person, um autonom eine interessengerechte Lösung zu entwickeln und als Mediationsergebnis festzuschreiben. Der Mediator verzichtet in der Konfliktbehandlung auf eine persönliche Stellungnahme und hält sich idealtypischerweise mit eigenen Lösungsvorschlägen zurück. Die Konfliktparteien wählen die Vermittlungsperson frei aus. Das Verfahren beginnt nach einer Eröffnungsphase zunächst mit der Verhandlung über die Streitthemen und Konfliktegegenstände. Im nächsten Verfahrensabschnitt werden die tatsächlichen Bedürfnisse und Anliegen der Konfliktparteien herausgearbeitet. Die Vermittlungsperson unterstützt die Offenlegung von Interessen, indem sie vor allem die Gründe für die Geltendmachung bestimmter Positionen erforscht. Diese Phase der Interessenfindung ist Dreh- und Angelpunkt der Mediation. Erst auf der Basis der zu Tage geförderten Interessen kann die Lösungsfindung im Einigungsbereich beginnen. Die Mediation lässt sich daher als Verfahren interessengerechter Verhandlungen bezeichnen, um in freien Verhandlungen eine interessengerechte Konfliktregelung zu erreichen.<sup>19</sup>

#### **3. Die Sicherung der Interessenorientierung**

Im Mediationsverfahren sind bestimmte Prinzipien zu beachten, damit das Ziel einer interessengerechten Lösung erreicht werden kann. Die betriebsverfassungsrechtlich vorgesehene Konfliktbehandlung ist daher

---

<sup>17</sup> vgl. dazu Breidenbach (FN 11) S. 71 ff.; Eidenmüller, Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen (1997), S. 41; Mähler/Mähler, Mediation – eine interessengerechte Konfliktregelung (1997), S.26.

<sup>18</sup> Breidenbach (FN 11), S. 71 f.

auch an diesen Prinzipien zu messen, wenn sie interessengerechte Lösungen anstreben will.

### **a) Die Neutralität und Allparteilichkeit des Mediators**

Der Mediator muss gegenüber den Konfliktparteien unvoreingenommen sein, andernfalls verliert er den Blick für die Interessen beider Seiten. Die Neutralität des Mediators ist als Kernelement des Mediationsverfahrens zu bezeichnen. Sie muss in doppelter Hinsicht gesichert sein: Der Mediator muss persönlich neutral sein und er muss sich im Verfahren selbst neutral, d.h. unparteiisch verhalten.<sup>20</sup>

An der persönlichen Neutralität fehlt es z.B., wenn der Mediator bei einer der Parteien beschäftigt ist, wenn er eine Partei in derselben Sache anwaltlich vertritt, wenn er in derselben Sache als Sachverständiger oder als Zeuge auftritt, wenn er ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens verfolgt oder aber eine besondere persönliche Nähe zu einer der Parteien hat. In Anlehnung an die Ausschlussgründe für Richter (§ 41 ZPO) muss der Mediator in diesen Fällen die Übernahme des Verfahrens ablehnen.<sup>21</sup> Diese persönliche Neutralität ist bereits bei der Auswahl des Mediators sicher zu stellen, indem die genannten Kriterien bei den zur Auswahl stehenden Mediatoren geprüft werden. Wenn kein förmliches Auswahlverfahren stattfindet, das diesen Kriterien Rechnung trägt, ist der Mediator selbst verpflichtet, etwaige Ausschlussgründe für sich selbst zu prüfen, bevor er das Verfahren übernimmt. Die beschriebene persönliche Neutralität ist notwendige Voraussetzung für die Allparteilichkeit des Mediators im Verfahren selbst. Er muss auch in seinen Verfahrensentscheidungen die Parteiinteressen beider Seiten berücksichtigen und auf einen fairen Umgang der Parteien untereinander achten. Dazu gehört die Gleichbehandlung der Konfliktparteien; beide Seiten müssen Gelegenheit erhalten, ihre Vorstellungen zu unterbreiten, und beide Seiten müssen die Gelegenheit zu Einzelgesprächen erhalten.<sup>22</sup>

### **b) Die Freiwilligkeit des Verfahrens**

Das Verfahren wird freiwillig begonnen und kann jederzeit auf Wunsch einer Partei oder auch des Mediators abgebrochen werden kann. Das Prinzip der Freiwilligkeit umfasst auch die freiwillige Auswahl der Vermittlungsperson. Zweifel an der Freiwilligkeit des Verfahrens entstehen,

---

<sup>19</sup> Mähler/Mähler (FN 17), S. 18 ff.

<sup>20</sup> Kracht in: Handbuch der Mediation (2002), S. 366 ff.

<sup>21</sup> Kracht (FN 20), S. 371.

<sup>22</sup> Hager, Konflikt und Konsens, S.80.

wenn ein erhebliches Machtgefälle zwischen den Parteien besteht, so dass das Verfahren der anderen Partei oktroyiert oder auch der Ausstieg aus dem Verfahren verhindert werden kann.<sup>23</sup> Der Mediator hat in allen Phasen des Verfahrens darauf zu achten, dass frei von Druck und Zwang verhandelt werden kann. Andernfalls berücksichtigt das Mediationsergebnis nur unvollkommen die Interessen der Parteien.

### **c) Der Grundsatz der Selbstbestimmung**

Das Prinzip der autonomen Konfliktlösung beinhaltet, dass die Parteien das Verhandlungsergebnis selbstbestimmt entwickeln und festschreiben.<sup>24</sup> Andernfalls gerät der Interessenausgleich in Gefahr. Auch die Auswahl der Vermittlungsperson soll durch die Konfliktparteien selbst erfolgen. Der Mediator sammelt und strukturiert die Lösungsvorschläge, wobei er auch die Rolle des Ideengebers übernehmen kann. Allerdings darf er keine fertigen Lösungsvorschläge einbringen, weil dadurch die parteiautonome Einigung gefährdet wird, ähnlich wie bei einem gerichtlich herbeigeführten Vergleich.

### **d) Der Grundsatz der Informiertheit**

Zum Wesen autonomer Entscheidung gehört, dass die Parteien diese informiert treffen können.<sup>25</sup> Daher gehört zu den Grundprinzipien der Mediation, dass die Parteien in gleichem Umfang über die Rechtslage und entscheidungsrelevante Tatsachen informiert sein müssen. Beide Seiten müssen den gleichen Zugang zu Sachverständigengutachten, Berechnungen, Entwürfen, Beratungsleistungen und rechtlichen Informationen haben. Andernfalls könnte eine Seite den erworbenen Informationsvorsprung nutzen, um die Verhandlungen in ihrem Sinne zu beeinflussen. Der Grundsatz der Informiertheit und das oben beschriebene Prinzip der Neutralität stehen insofern in einem innerem Zusammenhang, als die Zurückhaltung von Informationen eine Partei begünstigen und die andere Seite dementsprechend benachteiligen würde. Die Informiertheit dient der Interessenfindung und der Entwicklung angemessener Lösungsalternativen.

---

<sup>23</sup> Kracht (FN 20), S.383 Rn.100.

<sup>24</sup> Breidenbach (FN 11), S.224; Kracht (FN 20) S. 384 f.

<sup>25</sup> Breidenbach, (FN 11), S. 184.

#### **e) Der Grundsatz der Vertraulichkeit**

Der Grundsatz der Vertraulichkeit<sup>26</sup> ist wesentliches Verfahrensprinzip in der Mediation und entspricht der Geheimhaltungspflicht gem. § 79 BetrVG.<sup>27</sup> Der Mediator darf vertrauliche Informationen, die er z.B. in Einzelgesprächen von einer Partei erhalten hat, nicht an die andere Partei oder auch an Dritte weitergeben. Der Grundsatz der Informiertheit findet in diesem Falle seine Grenze dort, wo Informationen ausdrücklich vertraulich gegeben worden sind. Damit bleiben die Interessen in Teilbereichen unsichtbar. Dennoch sichert die Vertraulichkeit möglicherweise das Gleichgewicht der Kräfte, so dass eine interessengerechte Einigung gerade von der Vertraulichkeit abhängen kann.

#### **4. Mediationseignung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte**

Auch bei der Lösung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte geht es um Interessenausgleich, wobei kollektive aber auch individuelle Interessen zu berücksichtigen sind. Insofern kommt die Mediation als geeignetes Konfliktbehandlungsverfahren in Betracht, wenn die Betriebsparteien im Wege zweiseitiger Verhandlungen nicht zu einer Einigung gelangen. Nicht jeder Konflikt eignet sich aber für die Mediation. Daher sind die Eignungskriterien für eine Mediation genauer zu betrachten.

##### **a) Gesprächs- und Verständigungsbereitschaft**

Die Streitvermittlung verspricht nur Aussicht auf Erfolg, wenn die Konfliktparteien gesprächs- und einigungsbereit sind. Dies ist jedenfalls bei frühen Stadien der Konfliktentwicklung vorauszusetzen, weil es gerade zu den Aufgaben der Betriebsparteien gehört, sich im Dialog zu verständigen. Im Einzelfall ist allerdings die Verständigungsbereitschaft auszuloten, bevor ein Mediationsverfahren begonnen wird. Wenn die Parteien auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt sind, kann die Mediation kaum erfolgreich sein. Grundvoraussetzung ist also die Ergebnisoffenheit beider Seiten. Sie ist vor der Mediation zu prüfen.

---

<sup>26</sup> Kracht (FN 20), S.388 f.

<sup>27</sup> Während aber die Vertraulichkeit in der Mediation nur durch entsprechende Vereinbarung gesichert werden kann, ist die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht im Einigungsstellenverfahren nach § 120 BetrVG strafbewehrt. Wegen des strafrechtlichen Analogieverbotes wird man strafrechtliche Sanktionen für die Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes in der Mediation nicht bejahen können. Insofern wird die Vertraulichkeit im Einigungsstellenverfahren stärker geschützt.

## **b) Dauerbeziehungen**

Die regelmäßigen Betriebsratswahlen finden alle vier Jahre statt (§ 13 BetrVG). Betriebsparteien müssen also dauerhaft miteinander auskommen. Insofern handelt es sich um Dauerbeziehungen, in denen sich das Interesse beider Seiten auf einen friedlichen Umgang richtet, wobei vor allem zukunftsfähige Lösungen gefragt sind. Dies fördert die Bereitschaft zur Verständigung und zur Zusammenarbeit über den konkreten Konfliktgegenstand hinaus.

## **c) Gemeinsame Interessen der Parteien**

Das Mediationsverfahren sichert interessenorientierte Verhandlungen und bietet gute Erfolgsaussichten für eine interessengerechte und tragfähige Lösung. Dies setzt gemeinsame Interessen der Konfliktparteien voraus. Neben dem Interesse an einer dauerhaft partnerschaftlichen Zusammenarbeit sollten die Betriebsparteien gleichermaßen am betrieblichen Erfolg interessiert sein.<sup>28</sup> Insofern besteht eine gemeinsame Interessenbasis, die genügend Ansatzpunkte für interessengerechtes Verhandeln und interessenorientierte Lösungen bietet. Keine Seite wird diese Basis vernünftigerweise beschädigen wollen.

## **d) Bewältigung von Komplexität**

Bei kollektiven Streitigkeiten, die den Betrieb und die Belegschaft insgesamt betreffen (z.B. Arbeitszeitflexibilisierungsmaßnahmen), erfasst der Konflikt nebeneinander die betriebliche Organisation, betrieblich vertretene Gewerkschaften und die letztlich betroffenen Arbeitnehmer. Daher gibt es viele Konfliktbeteiligte, vielfältige Konfliktgegenstände und unterschiedliche Formen der Konfliktaustragung. Diese Komplexität löst das Arbeitsrecht auf, indem es zwischen betriebsverfassungsrechtlicher, tarifvertraglicher und einzelvertraglicher Rechtslage unterscheidet. Damit werden Teilstrukturen geschaffen, denen sich die rechtliche Bewertung des Sachverhalts unterzuordnen hat, allerdings um den Preis, dass konfliktbetroffene Arbeitnehmer sowohl hinsichtlich des Schutzes als auch hinsichtlich der Teilhabe an der Gestaltung der betrieblichen Organisation zum Objekt der Verhaltenspflichten von Arbeitgeber und Betriebsrat werden.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> vgl. oben S. 6.

<sup>29</sup> Wiese NZA 2006, S. 8

Auch im Falle personeller Einzelmaßnahmen (z.B. Versetzung) wird der einzelne Arbeitnehmer an der betriebsverfassungsrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht beteiligt. Das BetrVG vertraut darauf, dass der Betriebsrat im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer tätig wird. Der Arbeitnehmer muss sich im Streitfall also bemühen, den Betriebsrat auf seine Seite zu ziehen. Bleibt er untätig, wird der Arbeitnehmer auf die individualrechtliche Verfolgung seiner Interessen verwiesen. Demgegenüber liegen die Chancen der Mediation gerade in der ganzheitlichen Betrachtung von Lebenssachverhalten. Die damit einhergehende Komplexität des Streitstoffs lässt sich durch inhaltlich sachgerechte Strukturierung der Streitthemen bewältigen. Demgegenüber dient die Trennung zwischen kollektiver und individueller Rechtslage nicht der ganzheitlichen und nachhaltigen Bewältigung des Konflikts.

## **V. Mediationsmodelle und betriebliche Mitbestimmung**

### **1. Rechtliche Zulässigkeit der Mediation**

Wenn im Unternehmen und Betrieb kein Betriebsrat existiert, konkurrieren alternative Konfliktbehandlungsverfahren nicht mit den Instrumenten des Betriebsverfassungsrechts. Der Arbeitgeber kann unter Einhaltung arbeitsvertraglicher, bei Tarifbindung auch tarifvertraglicher und gesetzlicher Regeln unter Ausnutzung seines Weisungsrechtes einseitige Anordnungen treffen. Betriebliche Konflikte können im Rahmen sonstiger rechtlicher Rahmenbedingungen also durch Machtintervention geregelt werden. Andererseits steht es dem Unternehmen frei, im Wege alternativer Konfliktbehandlung eine Verhandlungslösung herbeizuführen. Zwischen diesen beiden Extremen können beliebige Konfliktbehandlungsverfahren gewählt werden.

Das BetrVG beinhaltet Instrumente und Verfahren zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten. Wenn also ein Betriebsrat existiert, stellt sich damit die Frage, ob und in welchem Umfang diese Regelungen durch alternative Konfliktbehandlungsverfahren ersetzt oder zumindest ergänzt werden können.

#### **a) Mediation als alternative Konfliktbehandlung**

Das Betriebsverfassungsrecht sieht im Bereich der Mitbestimmung unabdingbare, aber nicht unbedingt abschließende Regelungen zur Konfliktbewältigung vor. Dazu gehören insbesondere die Verfahren zur Beteiligung des Betriebsrates bei Einzelmaßnahmen nach §§ 99, 102

BetrVG und das Einigungsstellenverfahren im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung gem. § 76 BetrVG. Diese Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates können weder in Tarifverträgen noch in Betriebsvereinbarungen aufgehoben oder eingeschränkt werden.<sup>30</sup> Klauseln in Kollektivregelungen, wonach alternative Konfliktbehandlungsverfahren wie die Mediation die Mitbestimmungsregeln nach BetrVG ersetzen wollten, blieben daher unwirksam. Der Betriebsrat kann auch nicht auf die ihm gesetzlich eingeräumten Mitbestimmungsrechte verzichten<sup>31</sup>, indem er etwa eine Betriebsvereinbarung schließt, wonach im vorhinein grundsätzlich auf die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens zugunsten der betrieblichen Mediation verzichtet wird. Im Übrigen können auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen den Kernbereich betrieblicher Mitbestimmung nicht einschränken. Insofern können Mediationsmodelle die betriebsverfassungsrechtlichen Konfliktlösungsinstrumente nicht ersetzen.

#### **a) Mediation als komplementäre Konfliktbehandlung**

Das BetrVG beinhaltet aber keine abschließenden Regelungen zur Konfliktbewältigung. Die Tarifvertragsparteien oder auch Arbeitgeber und Betriebsrat können sich durchaus verpflichten, neben den betriebsverfassungsrechtlichen Verfahren alternative Verfahren zur Konfliktbewältigung durchzuführen. Dies ergibt sich schon aus dem Modell der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den Betriebsparteien. Die Konfliktlösung durch Dialog kann als Leitentscheidung des BetrVG angesehen werden<sup>32</sup>. Es steht den Betriebsparteien daher frei, sich im Einzelfall gütlich zu einigen oder sich auch auf ein Verfahren festzulegen, indem die gütliche Einigung versucht wird, bevor der Konflikt mit den Instrumenten des BetrVG ausgetragen wird.<sup>33</sup> So wird auch die Zulässigkeit der Mediation neben dem Einigungsstellenverfahren<sup>34</sup> oder im anderen betriebsverfassungsrechtlichen Kontext<sup>35</sup> nicht ernsthaft bestritten. Im Ergebnis können Mediationsmodelle zur Bearbeitung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte nur ergänzend herangezogen werden.

---

<sup>30</sup> h. M., vgl. Däubler/Kittner/Klebe, 10. Aufl. 2006, § 87 BetrVG Rn. 38 m. w. Nachw.

<sup>31</sup> Däubler/Kittner/Klebe (FN 30), Rn. 39.

<sup>32</sup> Däubler/Kittner/Klebe (FN 30), BetrVG, Einl. Rn.69.

<sup>33</sup> Albrecht, Mediation im Arbeitsrecht (2001), S.101 ff. Zartmann (FN 1), S. 117 f. m. w. Nachw. unter FN 504.

<sup>34</sup> Zartmann (FN 1), S. 118.

<sup>35</sup> Kramer (FN 1), S.135 ff. (138).

## **2. Die Einigungsstelle aus verhandlungstheoretischer Sicht**

### **a) Aufgaben der Einigungsstelle**

Das Betriebsverfassungsgesetz beinhaltet mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten, für die eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in einem Einigungsstellenverfahren erzwungen werden kann. Die Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung sind im BetrVG immer im Zusammenhang mit der nachfolgenden Formulierung geregelt:

*„Kommt eine Einigung über eine Angelegenheit ..... nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.“*

Zum Kernbestand der über die Anrufung der Einigungsstelle erzwingbaren Mitbestimmung gehören die sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG, die allgemeinen personellen Angelegenheiten gem. §§ 94,95 BetrVG und das Mitbestimmungsrecht bei Betriebsänderungen nach den §§ 111 ff. BetrVG.

Die Einigungsstelle wird auf Antrag einer Seite tätig (§ 76 Abs. 5 Satz 1) Wenn sich also z.B. Arbeitgeber und Betriebsrat nicht auf eine Betriebsvereinbarung über Akkord- und Prämiensätze (§ 87 Abs.1 Nr.11 BetrVG) verständigen können, wird die Einigungsstelle auf Antrag des Arbeitgebers oder des Betriebsrats tätig. Für nicht erzwingbare Gegenstände der Mitbestimmung können die Betriebsparteien gemeinsam die Einigungsstelle anrufen, ein Spruch der Einigungsstelle ist in diesen Fällen aber nur wirksam, wenn beide Seiten sich im vorhinein dem Spruch unterworfen haben oder diesen nachträglich annehmen (§76 Abs. 6 BertrVG). In der Praxis sind derartige freiwillige Einigungsstellenverfahren außerordentlich selten anzutreffen. In der Regel werden die Einigungsstellenverfahren im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung veranlasst.<sup>36</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf das erzwingbare Einigungsstellenverfahren.

Die Einigungsstelle muss aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern bestehen, die vom Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt werden und aus einem oder einer unparteiischen Vorsitzenden auf die sich Arbeitgeber und Betriebsrat einigen müssen (§ 76 Abs. 2 BetrVG).

Die Auswahl des Vorsitzenden ist in der Praxis von größter Bedeutung, weil seine Stimme bei fehlgeschlagener Einigung ausschlaggebend ist: Die

Einigungsstelle fasst ihre Beschlüsse mit einfacher Mehrheit. Bei Stimmgleichheit kann der Vorsitzende der Einigungsstelle in einer zweiten Abstimmung mitstimmen (§ 76 Abs.3 BetrVG). Damit entscheidet in Pattsituationen die Stimme der Vorsitzenden darüber, ob der Antrag des Arbeitgebers oder Betriebsrates angenommen oder abgelehnt wird.

### **b) Gerichtlich erzwingbare Besetzung der Einigungsstelle**

Wenn sich die Betriebsparteien nicht auf die Person verständigen können, die den Vorsitz über die zu bildende Einigungsstelle übernimmt, wird diese auf Antrag nach § 98 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) durch das Arbeitsgericht bestellt. Dasselbe gilt, wenn über die jeweilige Anzahl der Beisitzer keine Einigung erzielt werden kann. Die Vorsitzenden müssen unparteiisch, d.h. objektiv und unabhängig sein. Im Übrigen verlangt das BetrVG keine fachlichen Qualifikationen. Vorsitzende von Einigungsstellen sollen allerdings nach gängiger Auffassung in der Verhandlungsführung erfahren und in der Lage sein, durch bilaterale Gespräche eine Verständigung der Betriebspartner herbeizuführen, auch indem Alternativvorschläge zur Lösung unterbreitet werden. Außerdem wird neben juristischem Fachwissen eine gewissen Sachkompetenz hinsichtlich des streitbefangenen Reglungsgegenstandes für erforderlich gehalten.<sup>37</sup> In der Regel werden Berufsrichter und –richterinnen der Arbeitsgerichtsbarkeit mit der Aufgabe des Vorsitzes in der Einigungsstelle betraut. Auf Grund ihrer beruflichen Tätigkeit gelten sie für diese Tätigkeit als besonders geeignet.<sup>38</sup> Dennoch wird arbeitsgerichtlich oft unerbittlich über die Person der Vorsitzenden gestritten, weil manche Arbeitsrichter als verbandsempfohlen und insofern als besonders arbeitnehmer- oder arbeitgeberfreundlich gelten. Da jede Seite in ihrem Antrag auf arbeitsgerichtliche Bestellung eine Person ihres Vertrauens vorschlagen kann, muss das Arbeitsgericht letztlich über die im Antrag enthaltenen Vorschläge entscheiden. Unterstellt man, dass das Arbeitsgericht rechtlich an den jeweiligen Vorschlag der Betriebsparteien gebunden ist<sup>39</sup>, setzt derjenige Antragsteller die Person seiner Wahl durch, dem es gelingt, zuerst den Antrag beim Arbeitsgericht zu stellen,<sup>40</sup> wobei Minuten darüber entscheiden können, welche Seite ihren Vorschlag letztlich durchsetzen

---

<sup>36</sup> Stevens-Bartol, Mediation im Arbeitsrecht (1997), S.143 f.

<sup>37</sup> Neft/Ocker, Die Einigungsstelle (1995), S. 59; Pünnel, die Einigungsstelle, 3. Aufl. 1990, Rn.14.

<sup>38</sup> Pünnel (FN 37), Rn.15.

<sup>39</sup> LAG Bremen AiB 1988,315, LAG Hamburg LAGE § 98 ArbGG 1979 Nr.30, dagegen Koch in: Düwell//Lipke, ArbGG, 2. Aufl. 2005, § 98 ArbGG Rn.18.

<sup>40</sup> Göritz//Hase/Pankau/Röhrich/Rupp/Teppich, Handbuch Einigungsstelle (2007), S.99.

kann.<sup>41</sup> Geht man davon aus, dass das Arbeitsgericht an den Vorschlag des Antragstellers rechtlich nicht gebunden ist, so können sachliche Gründe zur Ablehnung des Bestellungsvorschlages führen, wobei umstritten ist, ob objektiv Gründe gegen die Eignung vorliegen müssen oder auch subjektive Bedenken gegen die vorgeschlagene Person ausreichen.<sup>42</sup> Der Kampf um die Besetzung der Einigungsstelle kann sich auch auf die Anzahl der Bewerber erstrecken<sup>43</sup>. Schon das der Besetzung der Einigungsstelle offensichtlich innewohnende Konfliktpotential lässt nur allzu deutlich erkennen, dass das Verfahren schon zu Beginn nicht selbstbestimmt geführt wird. Dadurch mindern sich aber von vornherein die Chancen für eine echte Verhandlungslösung.

## **b) Erzwingbarkeit des Verfahrens**

Oft ist unklar, wann eine Einigungsstelle gebildet werden muss. Gem. § 76 Abs.1 Satz 1 BetrVG ist zur *Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ...bei Bedarf eine Einigungsstelle zu bilden*. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 98 ArbGG und demzufolge der Bedarf für die Bildung der Einigungsstelle erst besteht, wenn ein innerbetrieblicher Verhandlungs- und Einigungsversuch zuvor gescheitert ist oder Verhandlungen und Einigung zumindest vorher von einer Seite ernsthaft verweigert worden sind.<sup>44</sup> Dies fördert in der Praxis die Hinhaltenaktik einer Seite, die das Einigungsstellenverfahren erst einmal blockieren möchte. In jedem Falle ist beiden Seiten zu empfehlen, gegebenenfalls das Scheitern der Verhandlungen schriftlich zu erklären.

Da sich in der Praxis fast alle Einigungsstellenverfahren an Gegenständen erzwingbarer Mitbestimmung entzünden, beginnt das Verfahren letztlich in der Erkenntnis, dem Verfahren im Streitfall nicht ausweichen zu können. Da die Betriebsparteien durch einseitigen Antrag das Einigungsstellenverfahren über Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung in Gang setzen können, handelt es sich insofern um eine betriebsverfassungsrechtlich vorgesehene Zwangsschlichtung.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Tschöpe NZA 2004,945 ff. (946 f.).

<sup>42</sup> zum Streitstand vgl. Tschöpe (FN 41), S.946 f.; Göritz/Hase/Pankau/Röhrich/Rupp/Teppich (FN 40), S.99.

<sup>43</sup> dazu Tschöpe (FN 41) S.947 f.

<sup>44</sup> Tschöpe (FN 41) S. 945 m .w. Nachw. unter FN 1 und 2.

<sup>45</sup> Kramer (FN 1) S.138.

#### **d) Verhandlungsdruck und Einigungszwang**

Die Strategie des Vorsitzenden im Einigungsstellenverfahren ist von der Suche nach einem Kompromiss bestimmt. In der Regel wird sich der Vorsitzende zunächst abwartend verhalten und beide Seiten über die eigene Position im Unklaren lassen, um Verhandlungsraum zu lassen. Bei festgefahrenen Verhandlungen werden oft getrennte Verhandlungen durchgeführt, in denen der Verhandlungsspielraum auszuloten ist. Diese Pendeldiplomatie erhöht die Unsicherheit auf beiden Seiten, wenn die Position des Vorsitzenden unklar bleibt. Beide Seiten konzentrieren sich darauf, ihre Positionen überzeugend darzustellen. Die Arbeitgeberseite wird möglicherweise mit der arbeitsgerichtlichen Anfechtung eines möglichen Spruchs drohen, wenn sie die betrieblichen Belange nicht ausreichend gewürdigt sieht. Die Betriebsratsmitglieder können darauf hinweisen, dass die Zusammenarbeit in anderen Bereichen der erzwingbaren Mitbestimmung künftig schwieriger wird, wenn die Arbeitgeberseite nicht nachgibt. Paketlösungen, in denen sich Gegenstände erzwingbarer und freiwilliger Mitbestimmung mischen, kommen häufig nur in der Erwartung eines unvorteilhaften Spruchs zustande.<sup>46</sup> Oft kündigen Vorsitzende in der Einigungsstelle ganz ausdrücklich an, dass der Spruch sich auf bestimmte Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung beschränken muss und daher mager ausfallen wird, wenn man sich nicht zuvor auf eine weitergehende Lösung verständigt.<sup>47</sup> Es verhält sich im Grunde wie in der Güteverhandlung im ersten Prozesstermin. Die Vergleichsmöglichkeiten werden erörtert, das Gericht unterbreitet einen Vergleichsvorschlag, und die Parteien vergleichen sich unter dem Eindruck der Prozessaussichten, die zuvor erörtert wurden. Verhandlungsmacht und Rechtspositionen bestimmen die Verhandlungen. Der Streit um einen interessenorientierten Konsens findet nicht wirklich statt.<sup>48</sup>

#### **e) Beschränkung auf den Verhandlungsgegenstand**

Sowohl bei einer gerichtlichen Entscheidung über die Besetzung der Einigungsstelle nach § 98 ArbGG als auch bei ihrer einvernehmlichen Bildung muss der Verhandlungsgegenstand mit dem Antrag eindeutig festgelegt werden. Im späteren Einigungsstellenverfahren kann er nur im

---

<sup>46</sup> so auch Stevens-Bartol (FN 36), S. 143 f.

<sup>47</sup> Aus diesem Grund gibt es Fälle, in denen im Anschluss an den Spruch der Einigungsstelle doch noch eine Betriebsvereinbarung geschlossen wird, die dem Interesse beider Seiten besser entspricht.

<sup>48</sup> Mähler/Mähler (FN 17), S. 17 ff.

Einvernehmen der Betriebsparteien geändert oder erweitert werden.<sup>49</sup> Der Spruch der Einigungsstelle kann daher nur den durch Antrag festgelegten Verhandlungsgegenstand erfassen. Dies hindert allerdings nicht, von den Anträgen der Betriebsparteien in der Sache abzuweichen.<sup>50</sup> Am Ende der Beratung kann der unparteiische Vorsitzende also sowohl über die Anträge der Betriebsparteien als auch über den eigenen Vorschlag abstimmen lassen, selbst wenn er von den gestellten Anträgen der Betriebsparteien abweicht<sup>51</sup>. Dennoch kann der Spruch nur den Verhandlungsgegenstand und die darin enthaltenen Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung erfassen. Wenn also die Verlängerung der Arbeitszeiten Gegenstand des Verfahrens ist, kann der Spruch dem Arbeitgeber keine Neueinstellungen aufgeben, auch wenn dies im Einzelfall sachgerecht erscheinen mag. Die Parteien treiben zwischen Scylla und Charybdis: Entweder sie erhalten einen Spruch oder aber sie erzielen eine in der Erwartung des Spruchs nicht ganz freiwillig getroffene Vereinbarung. Dadurch verengen sich von vornherein die möglichen Verhandlungs- und Gestaltungsfelder.<sup>52</sup> Interessenorientierte Ergebnisse außerhalb des Verhandlungsgegenstandes und außerhalb der erzwingbaren Mitbestimmung werden von vornherein ausgeklammert.

#### **f) Gerichtsförmiges und verrechtlichtes Verfahren**

Für das Verfahren gelten ganz allgemein die Grundsätze des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG), der mündlichen Verhandlung (§ 76 Abs.3 BetrVG) und der nichtöffentlichen Sitzung. Die sonstigen Einzelheiten des Verfahrens sind umstritten, weil sich das BetrVG dazu nicht äußert. Da in der Regel Arbeitsrichter und Arbeitsrichterinnen den Vorsitz in der Einigungsstelle übernehmen, orientiert sich das Verfahren in der Praxis am arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren,<sup>53</sup> zumindest werden einzelne Vorschriften des Beschlussverfahrens herangezogen<sup>54</sup>. Danach soll der Grundsatz der Officialmaxime gelten, wonach die Einigungsstelle über die Ladung von Parteien, Zeugen und Sachverständigen oder auch Ortsbesichtigung beschließen kann.<sup>55</sup> Die Sitzungsleitung liegt in den Händen der Vorsitzenden. Bestehen schon bei Beginn des Verfahrens

---

<sup>49</sup> BAG NZA1993,607; Kreuzt in: GK-BetrVG, 7. Aufl. 2002, § 76 Rn.96 m. w. Nachw.; Tschöpe (FN 41), S.949.

<sup>50</sup> BAG NZA 1990,571; Worzalla in: Hess/Schlocher/Worzalla/Glock (HSWG), 6. Aufl. 2006, § 76 BetrVG Rn.51 a m. w. Nachw.

<sup>51</sup> Pünnel (FN 37), Rn.110.

<sup>52</sup> vgl. dazu Mähler/Mähler (FN 17), S.25 ff.

<sup>53</sup> Pünnel (FN 37), Rn. 49.

<sup>54</sup> Neft/Ocker (FN 37), S.85.

<sup>55</sup> Kramer (FN 1), S.138; Neft/Ocker (FN 37), S.96 f; Pünnel (FN 37), Rn. 92-96.

Anhaltspunkte für dessen Befangenheit, kann er deswegen von jeder Betriebspartei abgelehnt werden. Dies muss auch gelten, wenn die Parteien erst im laufenden Verfahren von den Befangenheitsgründen Kenntnis erlangen.<sup>56</sup> Umstritten ist, ob über den Befangenheitsantrag die Einigungsstelle oder von vornherein das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren zu entscheiden hat.<sup>57</sup> Wenn sich die Verhandlungsführung aus der Sicht der Parteien als parteiisch erweist, können Arbeitgeber und die Betriebsratsseite den Vorsitzenden weder einseitig noch gemeinsam abberufen, selbst wenn seine Verhandlungsführung aus der Sicht beider Seiten parteiisch ist.<sup>58</sup> Insofern können im Verfahren also Zweifel an der Unparteilichkeit aufkommen, ohne dass dies letztlich Konsequenzen hat. Die einmal von beiden Seiten ausgewählte Person des Vorsitzenden gilt grundsätzlich bis zum Ende des Verfahrens als unparteiisch.

Daneben bestimmen sonstige Rechtsfragen aller Art das Verfahren. Dazu gehört das Problem der Antragsbindung<sup>59</sup> aber auch die Zuständigkeit der Einigungsstelle. Der Vorsitzende hat zu Beginn zu prüfen, ob überhaupt eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit vorliegt, weil andernfalls das Verfahren nur im Einvernehmen beider Betriebsparteien durchzuführen ist. Gegebenenfalls ist im Protokoll mit eingehender Begründung festzuhalten, warum das Mitbestimmungsrecht bejaht wird. Andernfalls müssen sich die Betriebsparteien auf die Durchführung des Verfahrens verständigen, oder aber der einseitig gestellte Sachantrag wird durch Spruch zurück gewiesen. In seiner Handhabung unterliegt das Einigungsstellenverfahren damit zahlreichen Regeln, die eine interessenorientierte Verhandlung eher behindern und darüber hinaus nicht durch die Parteien bestimmt worden sind.

### **g) Mangel an Selbstbestimmung**

Die Qualität eines Konfliktbehandlungsergebnisses kann insbesondere daran gemessen werden, ob die Parteien die Konfliktlösung selbstbestimmt entwickelt haben. Selbstbestimmung ist danach ein wesentliches Ziel der Konfliktbehandlung. Dies schließt die Möglichkeit ein, dass die Parteien selbst und ohne Einwirkung Dritter zu ihrer selbstverantworteten Lösung kommen. Das beinhaltet auch die Freiheit, sich nicht zu einigen. Das

---

<sup>56</sup> Neft/Ocker (FN 37), S. 62 Rn. 51.

<sup>57</sup> Göritz//Hase/Pankau/Röhrich/Rupp/Teppich, (FN 40), S.115.

<sup>58</sup> Pünnel (FN 37), Rn.102.

<sup>59</sup> vgl. oben S. 21 f.

Einigungsstellenverfahren behindert aber durch den Zwang zur Einigung und durch Verfahrensregeln aller Art die Selbstbestimmung im Verfahren und Ergebnis. Die Einigung ist gewissermaßen vorprogrammierter Baustein des Verfahrens.

Damit stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Selbstbestimmung zur Lösung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte hat. Sie wird umso wichtiger, je dauerhafter und personenbezogener die Beziehungen der Parteien angelegt sind, weil nur dadurch eine nachhaltige und zukunftsorientierte Konfliktlösung möglich wird.<sup>60</sup> Die nach BetrVG erforderliche vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber erschöpft sich nicht in der Bearbeitung eines konkreten betriebsverfassungsrechtlichen Konflikts. Insofern ist ein selbstbestimmtes Verfahren und ein selbstverantwortetes Ergebnis zur Zukunftsbewältigung besonders wichtig. Im Einigungsstellenverfahren wird hingegen der Einigungserfolg durch vorgegebene Normen und die Verfahrens- und Entscheidungsmacht der Vorsitzenden bestimmt.

Schließlich wird es den Betriebsparteien oft auch darum gehen, die Entscheidung ganz bewusst auf die Person der Vorsitzenden zu delegieren, um unangenehme Entscheidungen zu verlagern und der eigenen Basis keine Angriffspunkte zu bieten. In diesen Fällen wird die Entscheidung auf den Einigungsstellenvorsitz verlagert, eine Verhandlungslösung ist damit ganz ausdrücklich oder hinter vorgehaltener Hand nicht erwünscht.<sup>61</sup>

#### **h) Missbrauch des Verfahrens**

Ein immer wieder geltend gemachter Einwand gegen das Einigungsstellenverfahren richtet sich gegen dessen missbräuchliche Nutzung. Beanstandet wird vor allem die Taktik des Betriebsrates, seine Zustimmung von Zugeständnissen im Bereich nicht mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten abhängig zu machen. Oft zitiertes Beispiel ist die Verweigerung von Überstunden durch den Betriebsrat, wenn er seine Zustimmung von tariflich nicht zustehenden Überstundenzuschlägen oder auch Neueinstellungen abhängig macht,

---

<sup>60</sup> Breidenbach (FN 11), S.227 f.; Zum Kriterium von Dauerbeziehungen vgl. oben S. 15. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Konflikten wird es sich allerdings überwiegend um Gruppenkonflikte handeln. Dennoch kann es auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat personenbezogene Konflikte geben, die auf individuelle Eigenschaften und individuelle Prägung der Betriebspartner zurück zu führen sind. Es handelt sich also mitunter nicht nur um Gruppenkonflikte sondern auch um einen interpersonellen Beziehungskonflikt, der durch unterschiedliche kulturelle Faktoren beeinflusst wird.

<sup>61</sup> Niedenhoff (FN 8), S. 290.

obwohl diese Gegenstände nicht in die Kompetenz der Betriebsparteien fallen.<sup>62</sup> Die Grenzen zu missbräuchlich ausgeübten Mitbestimmungsrechten hängen im Einzelfall von der Art der Mitbestimmungsrechte ab. In den sozialen Angelegenheiten des § 87 BetrVG nennt das Gesetz nicht die zulässigen Gründe für eine berechtigte Zustimmungsverweigerung. Die Grenzen des Mitbestimmungsrechts ergeben sich dort nur aus dem Gegenstand der Mitbestimmungstatbestände, so dass eine umstrittene Auslegung bereits die Zustimmungsverweigerung rechtfertigen kann. Das Einigungsstellenverfahren kann aber verzögert werden und ist in seiner Durchführung zeit- und arbeitsintensiv, so dass eine womöglich eilbedürftige Überstundenregelung zu spät kommen kann.<sup>63</sup> Dennoch besteht kein einstweiliger Rechtsschutz vor den Arbeitgerichten, weil auch bei Eilbedürftigkeit zunächst die Einigungsstelle anzurufen ist, und ein Recht des Arbeitgebers, die Maßnahme einseitig durchzuführen, wird i.d.R. von den Arbeitsgerichten nicht anerkannt.<sup>64</sup> Insofern bestehen kaum durchgreifende Möglichkeiten, sich gegen eine missbräuchliche Zustimmungsverweigerung zu wehren. In diesen Fällen werden Paketlösungen wegen Eilbedürftigkeit und unter dem Druck eines zeitraubenden Einigungsstellenverfahrens durchgesetzt, ohne frei verhandelt worden zu sein.

### **3. Mediationsmodelle und Einigungsstellenverfahren**

Wenn das BetrVG die Mediation ergänzend neben dem Einigungsstellenverfahren zulässt, stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt und mit welchem Verfahrensdesign die Mediation in die betriebsverfassungsrechtliche Konfliktaustragung zu integrieren ist.

#### **a) Die grundsätzliche Offenheit des Verfahrens**

Das BetrVG regelt das Einigungsstellenverfahren nur rudimentär. Die Einigungsstelle kann das Verfahren nach pflichtgemäßem Ermessen selbst gestalten. Das Verfahren ist daher in gewisser Hinsicht formfrei, es soll nicht formalistisch aber auch nicht willkürlich gestaltet werden.<sup>65</sup> Insofern bietet es mehr Offenheit, als seine Handhabung in der Praxis vermuten lässt. Durch Betriebsvereinbarung können die Einzelheiten des

<sup>62</sup> Gentz NZA 2004,1011 ff. (S.1011).

<sup>63</sup> Gentz (FN 52) S.1013.

<sup>64</sup> ArbG Hamburg NZA 1985,404; Fitting, 23. Aufl. 2006, § 87 BetrVG, Rn. 26; Wiese in: GK-BetrVG, 8. Aufl. 2005, § 87 BetrVG Rn.161.; a.A. LAG Frankfurt a.M. NJW 1979,783; Worzalla (FN 50), § 87 BetrVG Rn. 35 c ff. für eilbedürftige Notfälle.

<sup>65</sup> Kramer (FN 1) S.137; Neft/Ocker (FN 37), S.85 Rn.109 f.; Pünnel (FN 37), Rn. 48.

Einigungsstellenverfahrens geregelt werden (§ 76 Abs. 4 BetrVG). Wenn also Mediationsverfahren nach dem Willen der Betriebsparteien vor oder im Einigungsstellenverfahren stattfinden sollen, könnte dies in Betriebsvereinbarungen abgesichert werden, wobei die Mediation vorab für bestimmte Konflikte festgelegt werden kann. Die Einigungsstelle kann aber auch, bevor sie den konkreten Konflikt behandelt, eine Geschäftsordnung vereinbaren,<sup>66</sup> in der sie sich auf ein mediatives Verfahren oder auf ein ergänzendes Mediationsverfahren festlegt.

Im Modell kann die Mediation als selbständiger Verfahrenabschnitt vorgeschaltet oder zwischengeschaltet werden: entweder die Mediation findet vor Beantragung des Einigungsstellenverfahrens statt, oder aber das Einigungsstellenverfahren wird ausgesetzt, um eine Mediation durchzuführen. Denkbar ist aber auch, dass sich die Betriebsparteien in Absprache mit den Einigungsstellenvorsitzenden auf ein mediatives Verfahren verständigen, dass sich vom Vorbild des klassischen Einigungsstellenverfahrens weitgehend löst.

#### **b) Vormediation**

Wenn die Betriebsparteien einseitig die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens zur Regelung mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten beantragen, hat der betriebsverfassungsrechtliche Konflikt möglicherweise bereits einen gewissen Eskalationsgrad erreicht. Die Betriebsparteien erleben weitere verbale Auseinandersetzungen als sinnlos und möchten die Gegenseite durch Ausübung von Druck zum Nachgeben zwingen. Emotionen und Drohgebärden gewinnen an Gewicht. Die Parteien neigen zu negativer Interpretation des Verhaltens auf der anderen Seite. Gleichzeitig wächst die Angst, den eigenen Standpunkt nicht durchsetzen zu können. Das Geschehen beginnt den Parteien zu entgleiten.<sup>67</sup> In diesem Zeitpunkt erscheint das Einigungsstellenverfahren unausweichlich. Es beginnt womöglich der Kampf um die Person, die den Vorsitz im Einigungsstellenverfahren übernehmen soll. Im Einigungsstellenverfahren selbst wird um die Gunst der Vorsitzenden gekämpft, um sie auf die eigene Seite zu ziehen. Die Streitvermittlung wird damit immer schwieriger, Strategien des win-win sind aber noch möglich.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine extern durchgeführte Mediation vor Beginn des Einigungsstellenverfahrens im Bereich der erzwingbaren

---

<sup>66</sup> Neft/Ocker, (FN 37) S.85 Rn.110.

<sup>67</sup> Glasl (FN 2), S.249 ff. zur Beschreibung der Eskalationsstufe 3.

Mitbestimmung besonders sinnvoll, um die Eskalation von vornherein zurück zu schrauben oder zu vermeiden. Die Mediation als Voreinigungsversuch kann durch Betriebsvereinbarung gesichert werden, indem dort vereinbart wird, vor einseitiger Beantragung des Einigungsstellenverfahrens ein Mediationsverfahren in einer Voreinigungsstelle durchzuführen, die wie die Einigungsstelle paritätisch besetzt ist und in der der Konflikt mit Hilfe einer extern durchgeführten Mediation bearbeitet wird. Die mit der Mediation beauftragte Person kann im Vorhinein aber auch ad hoc festgelegt werden. Scheitert die Einigung über die mit der Mediation zu beauftragende Person, bleibt es bei der Durchführung des Einigungsstellenverfahrens. Derartige Mediationsklauseln in Betriebsvereinbarungen sind rechtlich zulässig, wenn die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens möglich bleibt.<sup>68</sup> Sie schneiden allerdings den Betriebsparteien die Möglichkeit ab, ohne weitere Verzögerung auf das Einigungsstellenverfahren und den Spruch der Einigungsstelle zu setzen, wenn die Regelung und Entscheidung über den betriebsverfassungsrechtlichen Konflikt bewusst delegiert werden soll.

Insofern werden derartige Mediationsklauseln unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit kritisch diskutiert, weil die Parteien sich damit zur Mediation verpflichtet haben, die sie im Einzelfall möglicherweise nicht (mehr) wünschen. Die vertraglich vereinbarte Pflicht zur Mediation wird sicherlich keinen Sinn machen, wenn der Zweck der Mediation dadurch gefährdet wird, dass die Parteien nur widerwillig am Verfahren teilnehmen und tragfähige Lösungen daher nicht zu erwarten sind.<sup>69</sup> Dennoch wird man generell eher von der Freiwilligkeit des Verfahrens ausgehen können, wenn sich die Parteien zuvor freiwillig auf ein solches Verfahren geeinigt haben.

Definitiv an der Freiwilligkeit des Verfahrens fehlt es aber, wenn die Mediation zum Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung erhoben würde. Eine gesetzliche Erweiterung der Gegenstände erzwingbarer Mitbestimmung um kollektive Maßnahmen der Konfliktbehandlung wie Mediation, Konfliktlotsensysteme, Mobbingregelungen u.s.w. kommt daher

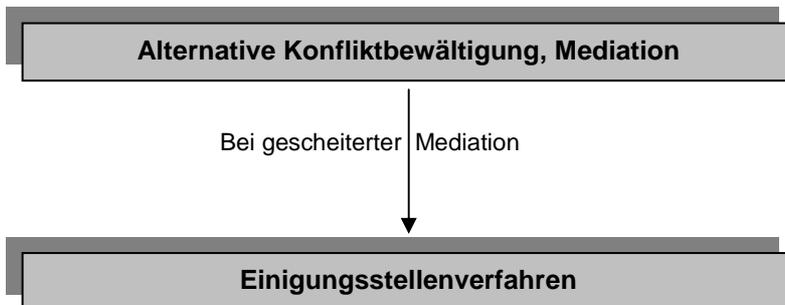
---

<sup>68</sup> Budde, Mediation im Arbeitsrecht (FN 1), S.665; Zarthmann (FN 1), S. 117 ff. Die Entscheidung des LAG Hamburg NZA 1998,1245 steht dem nicht entgegen, da es dort gerade nicht um die freiwillige Vereinbarung einer Mediationsklausel ging sondern um die Frage, ob Mobbingregelungen überhaupt Gegenstand der erzwingbaren Mitbestimmung sein können. Die Parteien stritten über die Einsetzung der Einigungsstelle im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 BetrVG. Dies lehnte das Gericht unzutreffend unter Berufung auf den Gesetzesvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG ab. Aber auch ohne Anwendung des Gesetzesvorbehaltes lag kein Mitbestimmungstatbestand nach § 87 BetrVG vor, so dass die Einigungsstelle auch aus diesem Grund unzuständig gewesen wäre. Dies hindert nicht den Abschluss freiwilliger Betriebsvereinbarungen hierzu.

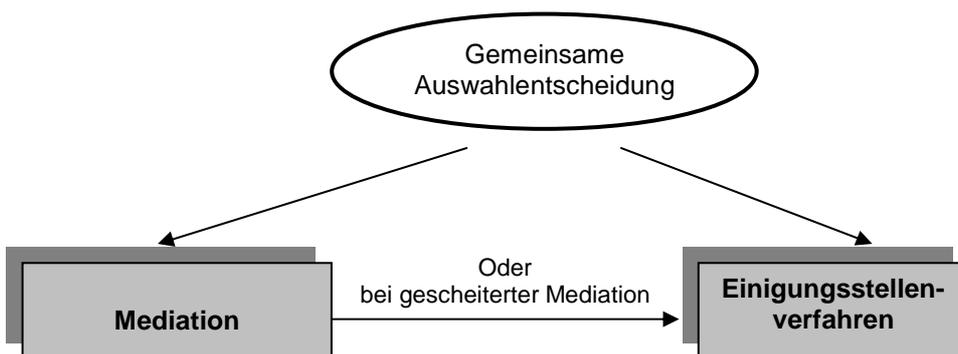
<sup>69</sup> Eidenmüller (FN 17), S.55.

schon unter Berücksichtigung des Freiwilligkeitsprinzips nicht in Betracht.<sup>70</sup> Wollen die Betriebsparteien die Mediation nur optional regeln, kann die Betriebsvereinbarung auch vorsehen, dass die Konfliktparteien im Einzelfall zwischen vorgeschalteter Mediation und Einigungsstellenverfahren ohne vorherige Mediation wählen. Das Wahlrecht sollten die Betriebsparteien gemeinsam ausüben. Scheitert die Einigung über die Art des Verfahrens, bleibt es beim einseitig erzwingbaren Einigungsstellenverfahren.<sup>71</sup> Die Wahlmöglichkeit zwischen Einigungsstellen- und Mediationsverfahren entspricht dem Konzept des Multi-Door-Courthouse<sup>72</sup>, wonach den Parteien in Abhängigkeit vom Einzelfall verschiedene Verfahrensangebote zur Verfügung stehen, so dass im konkreten Streitfall auf das geeignetere Verfahren zurückgegriffen werden kann.

**Abbildung 1** Obligatorisch vereinbarte Vormediation



**Abbildung 2** Optionale Vormediation



<sup>70</sup> Die alternative Konfliktbewältigung in Form der Mediation fällt de lege lata nicht in den Kanon der erzwingbaren Mitbestimmung, vgl. LAG Hamburg NZA 1998,1245 allerdings – kaum überzeugend - unter Berufung auf den Gesetzesvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG, vgl. FN 68.

<sup>71</sup> Budde, Mediation im Arbeitsrecht (FN 1), S. 665.

<sup>72</sup> vgl. Die Kurzbeschreibung bei Breidenbach (FN 11), S.18 m. w. Nachw. unter FN 77.

### c) Zwischenmediation

Wenn das Einigungsstellenverfahren offiziell vom Arbeitgeber oder Betriebsrat beantragt worden ist, endet es entweder mit dem freiwilligen Abschluss einer Betriebsvereinbarung im Verfahren selbst oder durch den Spruch der Einigungsstelle.

Im Verlaufe des Einigungsstellenverfahrens kann sich aber durchaus das Bedürfnis entwickeln, frei vom drohenden Spruch der Einigungsstelle zu verhandeln. Dies ist der Zeitpunkt, in dem Einigungsstellenvorsitzende normalerweise in Einzelgesprächen versuchen werden, den Verhandlungsspielraum auszuloten. In dieser Situation kommt ähnlich wie bei einer gerichtlichen Mediation im Güteverfahren eine dazwischen geschaltete Mediation in Betracht, die mit Hilfe externer Mediatoren stattfinden sollte, die nicht mit der Person identisch sind, die den Vorsitz in der Einigungsstelle übernommen hat.<sup>73</sup> Das eigentliche Einigungsstellenverfahren wäre auszusetzen, um eine extern begleitete Mediation zu unternehmen. Scheitert auch die Mediation, so kann das Einigungsstellenverfahren fortgesetzt und nach fehlgeschlagener Einigung und Abstimmung durch Spruch der Einigungsstelle beendet werden.

Die Einzelheiten eines derartigen Verfahrens können in einer Betriebsvereinbarung auf der Grundlage des § 76 Abs. 4 BetrVG festgelegt werden. Denkbar ist allerdings auch, dass sich die Parteien vor Beginn des Einigungsstellenverfahrens darauf verständigen, die Mediation zu versuchen, wenn in mehreren Sitzungen oder auch nach mehreren Abstimmungen keine Verständigung erreicht werden sollte.

---

<sup>73</sup> Vgl. Budde, Mediation und Arbeitsrecht (FN 1), S. 665, die eine Vermischung zwischen Mediation und Einigungsstelle durch Personenidentität ebenfalls ablehnt. Auch bei der gerichtlichen Mediation verbietet sich zur Wahrung der Mediationsprinzipien die Personenidentität zwischen streitentscheidendem Richter und Richtermediator, die daher nicht identisch sind.

**Abbildung 3** Zwischenmediation



Sowohl Vor- als auch Zwischenmediation müssen als selbständiger und vom Einigungsstellenverfahren losgelöster Verfahrensabschnitt behandelt werden. Andernfalls gerät die Mediation unter den Druck des Einigungsstellenverfahrens.<sup>74</sup> Insofern eignet sich nur die externe Mediation.

<sup>74</sup> Ähnlich Budde, Mediation im Arbeitsrecht (FN 1), S. 664.

## **d) Mediation bei Betriebsänderungen**

### **(1) Interessenausgleich und Sozialplan**

Betriebsänderungen beinhalten nach § 111 Abs.1 Nr.1-5 BetrVG

- Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen
- Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen
- Zusammenschluss mit anderen oder Spaltung von Betrieben
- Grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen
- Einführung grundlegend neue Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren.

Die erzwingbare Mitbestimmung des Betriebsrates bezieht sich nicht auf die Betriebsänderung als solche. Das Unternehmen kann frei darüber entscheiden, ob, wann und wie die beabsichtigte Betriebsänderung durchgeführt wird. Das Unternehmen muss allerdings den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend unterrichten und die geplanten Maßnahmen mit ihm beraten. Außerdem ist das Unternehmen verpflichtet, einen Interessenausgleich über die Betriebsänderung zu versuchen. Scheitert die Einigung der Betriebspartner, können Unternehmer oder Betriebsrat den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung ersuchen. Obligatorisch ist dieser Vermittlungsversuch nicht. Er dient der Berücksichtigung der im SGB III vorgesehenen Fördermöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit. In Betracht kommen alle Maßnahmen der aktiven Arbeitsförderung, an denen der Arbeitgeber angemessen zu beteiligen wäre. Insofern beschränkt sich der Vermittlungsversuch auf einen Teilaspekt des Konflikts. Unternehmer oder Betriebsrat können auf diesen Vermittlungsversuch verzichten und sofort die Einigungsstelle anrufen, wenn der Einigungsversuch nachweislich fehlgeschlagen ist. Im Einigungsstellenverfahren wird erneut versucht, eine Einigung über Betriebsänderung und Sozialplan herbeizuführen. Scheitert die Einigung auch im Einigungsstellenverfahren, entscheidet die Einigungsstelle über einen Sozialplan, der die wirtschaftlichen Nachteile für die Arbeitnehmer z.B. durch Abfindungen regeln soll. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die fehlende Einigung (Sozialplan) zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Das Verfahren zur Durchführung des Interessenausgleichs und

Vereinbarung des Sozialplans gilt unter den Voraussetzungen des § 112 a BetrVG auch für Fälle eines massiven Personalabbaus. Der Interessenausgleich auch über die Betriebsänderung muss nachweislich versucht worden sein, andernfalls können die Arbeitnehmer gem. § 113 BetrVG das Unternehmen arbeitsgerichtlich auf Zahlung von Abfindungen nach § 10 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und auf Ausgleich sonstiger Vermögensnachteile in Anspruch nehmen.

## **(2) Verhandlungstheoretische Bewertung**

Die bereits beschriebenen Nachteile des Einigungsstellenverfahrens<sup>75</sup> gelten auch und gerade im Zusammenhang mit Betriebsänderungen. Insbesondere wenn sich das Unternehmen in einer wirtschaftlichen Krise befindet und insofern Betriebsänderungen oder Personalabbau anstehen, nehmen sich die Betriebsparteien zunehmend als Gegner wahr. Dem Unternehmen geht es zur Sicherung von Kunden- und Lieferantenbeziehungen um die schnelle und möglichst geräuschlose Umsetzung von kostensparenden Maßnahmen. Jeder Tag zählt. Gleichzeitig sollen Imageschäden in der Öffentlichkeit vermieden werden. Demgegenüber wird der Betriebsrat versuchen, die Umsetzung der beabsichtigten Maßnahmen durch die Anrufung der Einigungsstelle zu verhindern oder aber in ihren Auswirkungen zumindest zu begrenzen. Das Beratungsrecht des Betriebsrates, die Hinzuziehung von Sachverständigen durch den Betriebsrat nach §§ 111 Satz 2 und 80 Abs. 3 BetrVG, der nach § 112 BetrVG zwingend durchzuführende Versuch eines Interessenausgleichs, das Verfahren zur Erzwingung des Sozialplans gem. § 112a BetrVG und die Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 BetrVG bei fehlerhafter Durchführung des Verfahrens können zur bewussten Verzögerung des Verfahrens und damit als Drohpotential genutzt werden.<sup>76</sup> Betriebsräte drohen - oft auch öffentlich - mit dem Antrag auf einstweilige Verfügung zur Unterlassung von Betriebsänderungsmaßnahmen (§ 85 Abs.2 Satz 1 ArbGG), um die eigenen Mitbestimmungsrechte zu sichern.<sup>77</sup> Zuständige Gewerkschaften drohen mit Streik, obwohl dessen Rechtmäßigkeit gerade fraglich ist, wenn es vordergründig um die Verhinderung der Betriebsänderung geht. Die Konfliktbeteiligten setzen zunehmend nicht mehr auf Verhandlungen sondern auf die Hilfe der

---

<sup>75</sup> Vgl. oben S.19 - 26.

<sup>76</sup> vgl. dazu ausführlich Ehlers NJW 2003, S.2337 (2339).

<sup>77</sup> Zum Streitstand vgl. Fauser/Nacken NZA 2006, S.1136 ff.

Gerichte.<sup>78</sup> Gleichzeitig wächst der Kreis der Konfliktbeteiligten. Neben den Betriebsparteien betreten Gewerkschaften, demonstrierende oder sogar streikende Arbeitnehmer, Gläubiger und Lieferanten sowie Vertreter der Politik die Konfliktbühne. Die Arbeitgeberseite kann demgegenüber durch Beantragung der Insolvenz den Personalabbau durch einen dann zu bestellenden Insolvenzverwalter beschleunigen, weil in der Insolvenz auch ohne Interessenausgleich ein Sozialplan erreicht werden kann und erleichterte Kündigungsmöglichkeiten bestehen.<sup>79</sup> Insofern liegt die Versuchung nahe, die drohende Insolvenz als Drohpotential zu nutzen. Echte Verhandlungslösungen haben daher kaum eine Chance, wenn der Konflikt unter Einsatz von Drohungen bereits derart eskaliert ist. Verhandlungsdruck und Einigungszwang beherrschen das Konfliktgeschehen, so dass ein interessenorientierter Konsens nicht wirklich stattfindet, auch wenn am Ende ein Verhandlungsergebnis präsentiert wird.

### **(3) Mediation in der Beratungsphase**

Das Verfahren zur Durchführung des Interessenausgleichs und zur Vereinbarung eines Sozialplans bietet mehrere alternative Ansatzpunkte für eine erfolgreiche Mediation. Je früher die Mediation versucht wird, desto größer sind die Vermittlungschancen.

Wenn das Unternehmen die Betriebsänderung ernsthaft plant, muss der Betriebsrat umfassend unterrichtet werden. Damit entsteht das Beratungsrecht des Betriebsrates. In dem Zeitpunkt, in dem der Betriebsrat nach § 111 Abs. 1 BetrVG unterrichtet wird und Beratungen mit dem Unternehmen aufnimmt, könnte bereits eine Mediation mit dem Ziel eines Beschäftigungspaktes begonnen werden.<sup>80</sup> Der Betriebsrat kann hierfür in Unternehmen mit mehr als 300 Mitarbeitern einen Berater nach § 111 Abs. 1 BetrVG heranziehen. Werden weniger als 300 Mitarbeiter beschäftigt, kann der Betriebsrat in Absprache mit dem Arbeitgeber Sachverständige nach § 80 Abs. 3 BetrVG hinzuziehen. Zur Wahrung der Neutralität müssen sich beide Seiten in jedem Fall auf die Person einigen, die mit der Mediation beauftragt werden soll. Die direkten Verhandlungen der Betriebspartner werden also zugunsten einer selbständigen

---

<sup>78</sup> Zum Konfliktzsenario vgl. Ehlers (FN 76), S. 2342.

<sup>79</sup> Ehlers (FN 76) S. 2339 ff.

<sup>80</sup> vgl. dazu Ehlers (FN 76) aus der Sicht der Insolvenzverwaltung und den dort abgedruckten Vorschlag einer Betriebsvereinbarung auf S. 2343.

Mediationsphase ausgesetzt. In diesem Zeitpunkt bestehen noch gute Chancen, die Eskalation des Konflikts aufzuhalten

Zuvor könnten in einer ersten Betriebsversammlung die Mitarbeiter rechtzeitig über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, u.U. auch über einen beabsichtigten Personalabbau informiert werden. Wenn es gelingt, in diesem Zeitpunkt die Interessen des Unternehmens, des Betriebsrates und der Mitarbeiter zusammen zu führen, kann eine interessenorientierte Lösung die Akzeptanz aller Konfliktbeteiligten, auch der betroffenen Arbeitnehmer finden. Dazu gehört ein Verfahrensdesign, das eine Rückkoppelung zwischen Betriebsrat, Gewerkschaften und Belegschaft einerseits und zwischen Betriebsleitung und Unternehmensspitze andererseits sicher stellt. Im Idealfall endet die Mediation mit einem Beschäftigungspakt<sup>81</sup> oder sonstigen Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Betriebsrat.

#### **(4) Mediation vor Beginn des Einigungsstellenverfahrens**

Haben die Beratungen der Betriebsparteien über einen Interessenausgleich und Sozialplan nicht zu einer Einigung geführt, können Arbeitgeber oder Betriebsrat gem. § 112 Abs.2 BetrVG den Vorstand der Bundesagentur um Vermittlung anrufen. Wenn bis dahin noch kein Mediationsversuch stattgefunden hat und die Beratungen zwischen Unternehmensleitung und Betriebsrat ergebnislos verlaufen sind, können sich die Betriebsparteien auch in diesem Zeitpunkt auf eine Mediation verständigen, die einen Interessenausgleich und einen Sozialplan zum Ziel haben kann. Daran könnten Vertreter der Bundesagentur für Arbeit beteiligt werden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Unternehmensseite an einem schnellen Fortgang des Verfahrens interessiert ist, während die Betriebsratsseite eher auf die Verzögerung des Verfahrens setzt. Dennoch liegen für beide Seiten die Chancen einer Mediation auf der Hand: Auf der Arbeitgeberseite liegt das Interesse in einer schnellen Einigung, die die Facetten der Betriebsänderung und des Sozialplans beinhalten kann. Für den Betriebsrat und die dahinter stehenden Gewerkschaften besteht die Chance, die Maßnahme der Betriebsänderungen wie Arbeitszeitverkürzung, Personalabbau, Verlagerung oder Ausgliederung von Geschäftsbereichen mit zu gestalten, auch wenn dies nicht der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt.

---

<sup>81</sup> Vgl. dazu Ehlers (FN 76), S. 2343.

## **(5) Zwischenmediation in der Einigungsstelle**

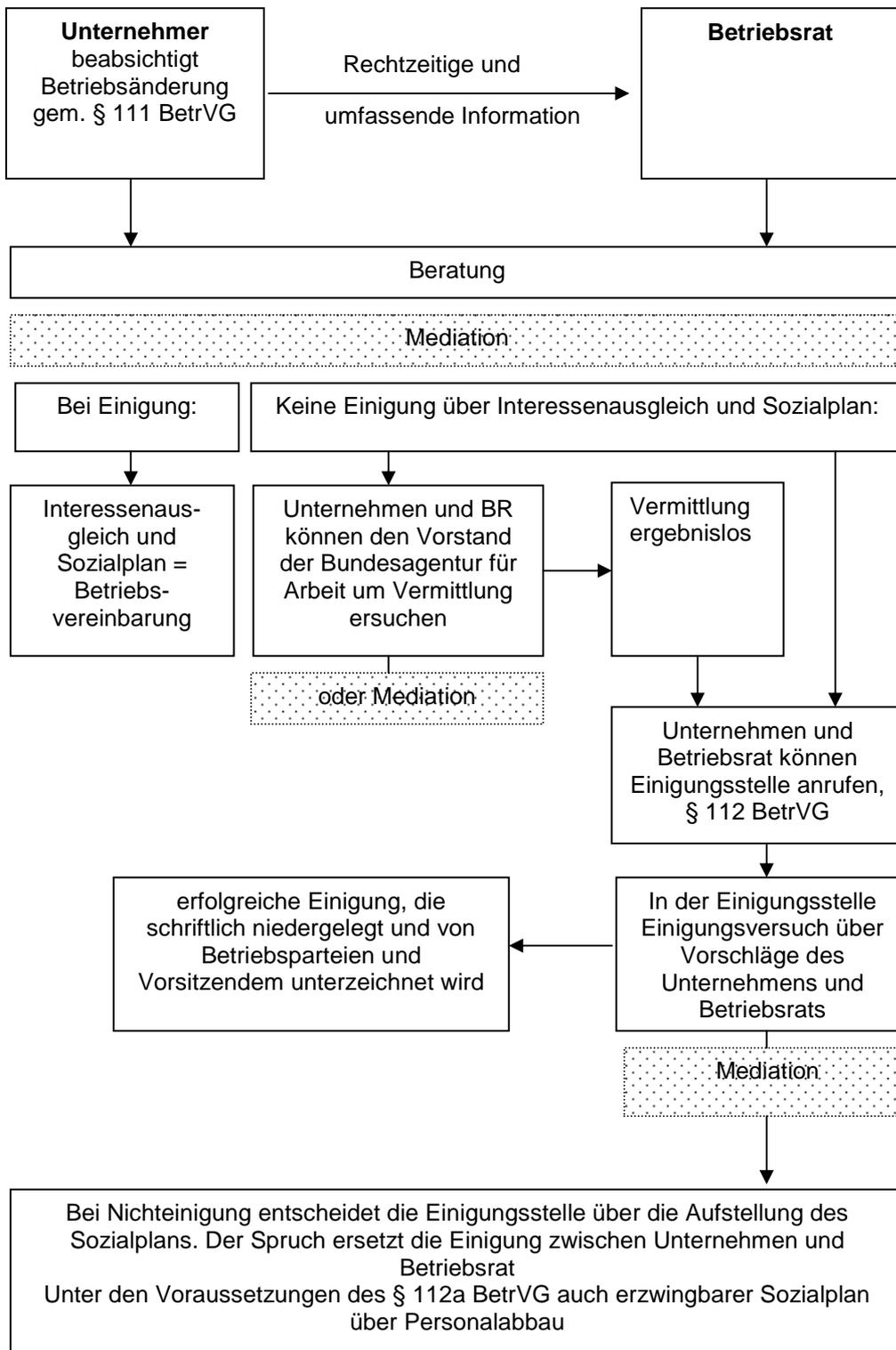
Auch im Einigungsstellenverfahren muss sich die Person der Einigungsstellenvorsitzenden um eine einvernehmliche Lösung bemühen. Für diese Phase des Verfahrens gelten aber alle Bedenken die gegen das Einigungsstellenverfahren aus verhandlungstheoretischer Sicht sprechen.<sup>82</sup> Insofern lässt sich sehr gut vorstellen, dass demgegenüber eine externe Mediation den Durchbruch bringt. Der Vorschlag zur Mediation kann auch vom Vorsitzenden der Einigungsstelle unterbreitet werden, wenn er selbst den Eindruck gewinnt, dass sich die Fronten zunehmend verhärten haben. Das beinhaltet auch die Möglichkeit, einzelne Punkte in die Mediation zu verlagern, andere wiederum der Regelung in der Einigungsstelle zu überlassen. Denkbar ist z.B., dass die Auslagerung von Dienstleistungsbereichen in der Mediation bearbeitet wird, während die daraus folgenden Abfindungsregelungen anschließend in der Einigungsstelle verhandelt und dort unter Umständen sogar bewusst dem Spruch der Einigungsstelle unterworfen werden.<sup>83</sup> Dies führt zu einer Entlastung des Einigungsstellenverfahrens und mindert den Verhandlungsdruck.

---

<sup>82</sup> Vgl. dazu oben S. 19-26.

<sup>83</sup> Niedenhoff (FN 8), S. 290.

**Abbildung 4** Mediation bei Interessenausgleich und Sozialplan



Quelle: eigene Darstellung nach Niedendorf, Mitbestimmung in der BRD, S.293

## e) Verfahrensdesign der Mediation

Um ein Ablaufschema zu bilden, in dem die Vorteile der Mediation sichtbar werden, orientiert sich die nachfolgende Darstellung an einem fiktiven Sachverhalt. Die Mediation soll im Modell der Vormediation stattfinden, also bevor das Einigungsstellenverfahren initiiert wird.<sup>84</sup> Gleichzeitig wird davon ausgegangen, dass keine Betriebsvereinbarung existiert, die die Mediation bereits verbindlich oder optional vorsieht. In diesem Falle würde die Vorbereitung der eigentlichen Konfliktbehandlung kürzer ausfallen, weil beide Seiten mit der Mediation vermutlich vertraut sind und Verfahrensregeln schon festgelegt sind.<sup>85</sup>

### Beispiel:

*In einem Warenhaus möchte die Niederlassungsleitung das Warenhaus an bestimmten Sonntagen im Jahr öffnen. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich im § 14 LadSchlG, wonach Verkaufsstellen an jährlich höchstens vier Sonn- und Feiertagen geöffnet sein dürfen. Diese Tage sind durch Rechtsverordnung von der Landesregierung festgelegt worden. Der Betriebsrat und die im Betrieb vertretene Gewerkschaft sind gegen die Sonntagsöffnung. Der Betriebsrat beruft sich auf das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Vorsitzender des Betriebsrates ist Herr Bertram. Die Niederlassungsleitung wendet sich an die ihr bekannte Mediatorin Mehl mit der Bitte, in dieser Angelegenheit zwischen Niederlassungsleitung und Betriebsrat zu vermitteln. Niederlassungsleiter ist Herr Niess.*

### (1)Vorbereitungsphase

Frau Mehl muss zunächst vorbereitend tätig werden und hierfür getrennte Gespräche mit den Betriebsparteien verabreden. In diesen Einzelgesprächen mit Herrn Bertam und Herrn Niess wird Frau Mehl den Ablauf des Verfahrens kurz skizzieren und weiteres Informationsmaterial aushändigen oder deren Übersendung ankündigen, wenn die Parteien noch keine Erfahrungen mit der Mediation gemacht haben. In den Vorgesprächen ist außerdem zu prüfen, ob die Parteien einer Mediation und ihrem Ergebnis wirklich offen gegenüber stehen. Dabei werden die Konfliktgegenstände bereits zur Sprache kommen, wobei aber Frau Mehl darauf hinweisen wird, dass die Einzelheiten erst im späteren Verfahren behandelt werden können. Sie wird die sonstigen Prinzipien der Mediation erklären und auf die eigene Schweigepflicht hinweisen.<sup>86</sup> Sinnvollerweise

---

<sup>84</sup> Vgl. oben S. 28 Abbildung 1 und 2

<sup>85</sup> Das Verfahrensdesign orientiert sich an den Prozessbausteinen bei Diez, Werkstattbuch Mediation (2005), S. 95 ff.

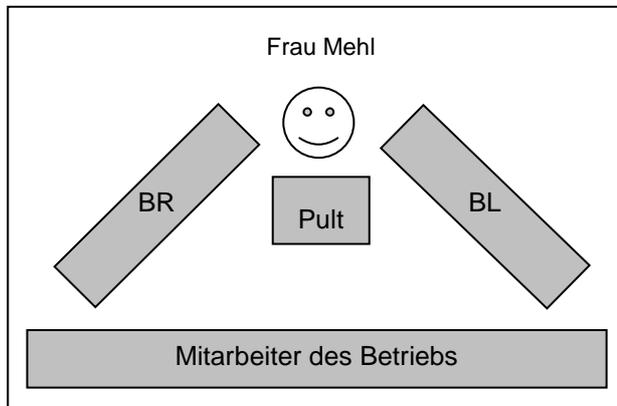
<sup>86</sup> Vgl. dazu oben S. 14.

sollten auch bereits die weiteren Verfahrensregeln festgelegt werden. Insbesondere ist zu klären, wer die Konfliktbetroffenen sind. Auf der Betriebsratsseite werden ein Gewerkschaftsvertreter und sonstige ArbeitnehmerInnen (betriebliche Vertrauensleute) einzubeziehen sein. Auf der Basis dieser Vorgespräche kann Frau Mehl eine Konfliktdiagnose vornehmen: Wer sind die Konfliktparteien? Was ist sind die Streitthemen? Wie äußert sich der Konflikt? Wie hat sich der Konflikt entwickelt? Wie stark ist der Konflikt eskaliert? Insofern können erste Hypothesen gebildet werden.

In diesem Zeitpunkt ist zu überlegen, ob eine Betriebsversammlung durchzuführen ist, um die Belegschaft über die beabsichtigte Sonn- und Feiertagsarbeit und darüber zu informieren, dass hierzu Verhandlungen im Verfahren der Mediation – anstelle eines Einigungsstellenverfahrens - aufgenommen werden sollen. Das setzt allerdings die ernsthafte Bereitschaft zum Dialog voraus. Andernfalls wird der Konflikt eskalieren, wenn die Betriebsversammlung genutzt wird, um Stimmung zu machen. Hausherr von Betriebsversammlungen ist der Betriebsrat, einzuladen ist aber auch die Betriebsleitung (§ 43 Abs.2 BetrVG). Betriebsversammlungen dienen der Aussprache und Information zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Arbeitnehmern, ohne verbindliche Entscheidungen treffen zu können. Die Betriebsversammlung kann dem Betriebsrat zwar Anträge unterbreiten, letztlich hat sie aber keinen rechtlichen Einfluss auf den Betriebsrat.<sup>87</sup> Insofern kann die Betriebsversammlung im vorliegenden Sachverhalt zur Meinungsbildung genutzt werden, ohne dass konkret Beschlüsse über den Konfliktgegenstand gefasst werden müssen. Die Mitarbeiter können Bedenken (Positionen) und Wünsche (Interessen) äußern und darauf bezogene Anträge stellen. Ein Protokoll sollte den Diskussionsstand und etwaige Anträge wieder geben. Er kann bei den nachfolgenden Mediationsverhandlungen sowohl bei der Darstellung der Konfliktpunkte als auch bei der Interessenfindung berücksichtigt werden. Die Sitzungsleitung obliegt dem Betriebsratsvorsitzenden (§ 42 Abs.1 BetrVG), Frau Mehl kann auf der Betriebsversammlung hinzugezogen werden, um das vorgesehene Mediationsverfahren vorzustellen und gegebenenfalls vermittelnd einzugreifen. Betriebsleitung und Betriebsrat sollten die Konfliktpunkte ansprechen, aber gleichzeitig deutlich machen, dass die Entscheidung letztlich in den Händen der Betriebsvertragsparteien liegt. Um eine

allseitige und allparteiliche Diskussion zu fördern, empfiehlt sich eine Sitzordnung, in der sich die Mitarbeiter und die Betriebsparteien ständig im Blick behalten können. Hierfür ist das nachfolgende Setting<sup>88</sup> geeignet:

**Abbildung 5** Setting Betriebsversammlung



Wenn die Diskussion in der Betriebsversammlung dazu führt, dass keine Sonntagsarbeit stattfinden soll, hätte dies zwar rechtlich keine Bindungswirkung für den Betriebsrat, dennoch wäre die Sonn- und Feiertagsarbeit als Verhandlungsgegenstand in einer Mediation kaum noch sinnvoll zu bearbeiten, weil die Haltung der Arbeitnehmer freie Verhandlungen auf der Betriebsrats- und Gewerkschaftsseite unmöglich macht. Insofern ist die Durchführung einer Betriebsversammlung durchaus mit Risiken belastet. Die Kosten einer außerordentlichen Betriebsversammlung werden im Übrigen die Entscheidung nahe legen, Betriebsversammlungen zu mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten auf Fälle zu beschränken, in denen essentielle Mitarbeiterinteressen betroffen sind. Ob diese für die Sonn- und Feiertagsarbeit zu bejahen ist, hängt sicherlich stark vom Einzelfall ab. Jedenfalls wird sich eine frühe erste Betriebsversammlung empfehlen, wenn Betriebsänderungen beabsichtigt sind, um dort die Möglichkeiten eines etwaigen Beschäftigungspakts zu behandeln. Auch hier ist die Betriebsversammlung nur der Auftakt für die nachfolgenden Verhandlungen zwischen den Betriebsparteien.

In der Vorbereitungsphase ist außerdem zu klären, wer an der Mediation teilnehmen sollte. Auf der Seite der Betriebsleitung werden neben Herrn Niess eine personalverantwortliche Person (Personalleitung) und möglicherweise ein sonstiger Vertreter der Unternehmensleitung und / oder ein Justitiar zu beteiligen sein. Insofern sind die Wünsche beider Seiten mit

<sup>87</sup> Niedenhoff (FN 8) S. 122 ff.

<sup>88</sup> Vorschlag nach Niedenhoff (FN 8), S. 140 f.

der Gegenseite auch telefonisch abzustimmen. Die Anzahl der Mediationsbeteiligten entscheidet darüber, ob ein Co-Mediator heranzuziehen ist, was sich für mehr als sechs Mediationsbeteiligte empfehlen dürfte. Die Einigung über die an der Mediation zu beteiligenden Personen kann als Indikator für die Gesprächs- und Verständigungsbereitschaft und den Eskalationsgrad gewertet werden, ebenso die Frage, ob beide Seiten den Mediationsauftrag erteilen und wer die Kosten<sup>89</sup> übernehmen wird. Die Betriebsratsseite wird darauf bestehen, dass der Arbeitgeber die Kosten analog § 76 a BetrVG übernimmt, zwingend ist dies außerhalb des BetrVG nicht, weil es sich nicht um Kosten der Rechtsverfolgung im Sinne des § 40 Abs.1 BetrVG handelt. Schließlich ist mit den Parteien Ort und Zeitplan abzusprechen. Im vorliegenden Sachverhalt sollten bei guter Vorbereitung zwei Sitzungstage genügen. Als Mediationsort kommen Räumlichkeiten im Unternehmen aber auch bei Frau Mehl in Betracht. Wenn beide Seiten die Mediation im Warenhausbetrieb durchführen wollen, sollte Frau Mehl dort eine erste Ortsbesichtigung durchführen, um die Möglichkeiten des Settings, der Verpflegung, der Visualisierungsmöglichkeiten, der Erstellung von Protokollen und Kopien zu prüfen und sicher zu stellen. Frau Mehl muss aus ihrer Sicht als Mediatorin klären, wo sich die Sitzungen am besten in entspannter und freundlicher Atmosphäre durchführen lassen. Haben die Vorgespräche bereits in ihren Räumlichkeiten stattgefunden, sind die Beteiligten möglicherweise bereit, auch außerhalb des Betriebs zu verhandeln.

Wenn beide Seiten sich schließlich auf die Durchführung der Mediation verständigen, kann Frau Mehl den Mediationsvertrag einschließlich der vereinbarten Verfahrensregeln ausfertigen und den Parteien zur Unterschrift zuleiten.

## **(2)Erster Sitzungstag: Themensammlung und Interessenfindung**

Frau Mehl wird am Sitzungsort das Setting der Parteien vorbereiten. Ein optimales Setting sollte darauf achten, dass die Vertreter der Parteien gemischt am runden oder mindestens ovalen Tisch sitzen, um konfrontatives Verhandeln zu vermeiden und damit zur Deeskalation beizutragen.

Das nachfolgende dargestellte Setting geht davon aus, dass an der Mediation im gegenseitigen Einvernehmen folgende Personen teilnehmen:

---

<sup>89</sup> vgl. dazu unten S. 47 f.

## Arbeitgeberseite

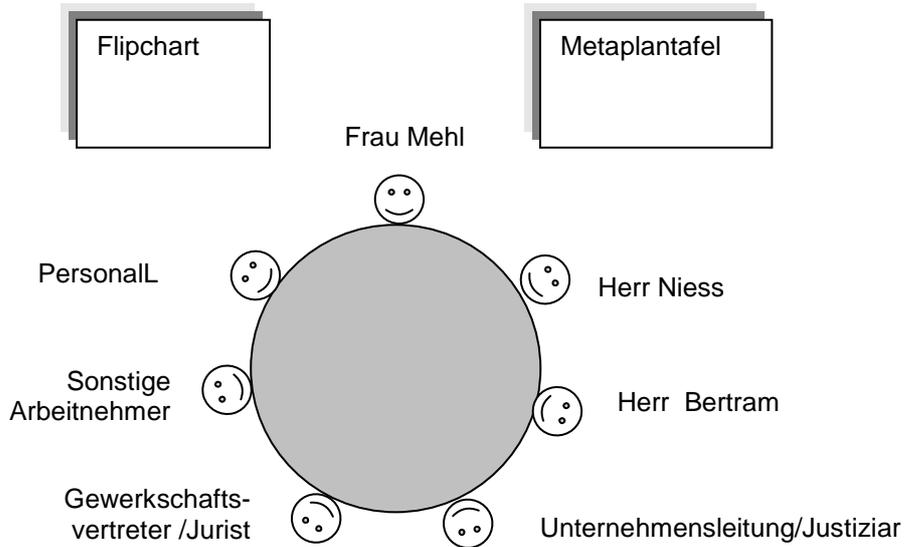
Herr Niess als Niederlassungsleiter  
Die Leiterin der Personalabteilung  
Ein Vertreter der  
Unternehmensleitung  
(Geschäftsführer oder Justiziar)

## Betriebsratsseite

Herr Bertram als BR-Vorsitzender  
Ein Gewerkschaftsvertreter (Jurist)  
Sonstige besonders betroffene  
Arbeitnehmervorteilerin

Ein gutes Setting am runden Tisch könnte wie folgt aussehen:

**Abbildung 6** Setting Mediationssitzung



In der ersten Sitzung geht es zunächst um die Sammlung der Streitthemen, die die Parteien mit der Hilfe von Frau Mehl selbst zusammentragen. Dazu wird vorrangig die Frage der Sonntagsarbeit gehören, insbesondere ob und an welchen Tagen im Jahr sie stattfinden soll. Dazu können sich aber auch schon Themen der Überstundenbelastung und des Personalbedarfs gesellen. Möglicherweise taucht als Konfliktthema auch der persönliche Umgang zwischen den Konfliktbeteiligten auf. Die Mediatorin wird die Konfliktpunkte strukturiert aufnehmen und für beide Seiten sichtbar machen.

Nach einer Unterbrechung (Frühstücks-/Mittagspause) kann die Sitzung mit der Interessenfindung fortgesetzt werden. Hierzu empfehlen sich Einzelgespräche mit den Beteiligten. Auf der Betriebsrats- und Gewerkschaftsseite wird vermutlich die Sorge vorherrschen, dass der Durchbruch zur Sonntagsarbeit den ArbeitnehmerInnen nicht ohne Gesichtsverlust zu verkaufen ist, wobei die Interessen der

Arbeitnehmerfamilien an einem arbeitsfreien und gemeinsamen Wochenende besonders hervorgehoben werden. Auf der Seite der Niederlassungsleitung wird wahrscheinlich der Wettbewerbsdruck thematisiert werden, wenn im örtlichen Umfeld Mitbewerber die Sonntagsöffnungszeiten nutzen. Möglicherweise befindet sich das Unternehmen auch bereits in einer wirtschaftlich schwierigen Lage, was aber nicht offen geäußert werden soll. In den getrennten Sitzungen wird es darauf ankommen, die Kernanliegen beider Seiten nach Rang und Gewichtung herauszuarbeiten. Die Mediatorin kann dabei auch das Verfahren der Pendeldiplomatie einsetzen und die jeweiligen Botschaften filtern, bevor sie an die andere Seite weiter gegeben werden. Frau Mehl muss sich jeweils vergewissern, welche Informationen der anderen Seite weiter gegeben werden dürfen. In den nachfolgenden gemeinsamen Verhandlungen sollten die Betriebspartner ermutigt werden, die wichtigsten Anliegen auch zu offenbaren. Dabei sind die gemeinsamen Interessen mit Hilfe der Mediatorin herauszuarbeiten. Das Kernstück der Mediation liegt in der Erkenntnis und Berücksichtigung übereinstimmender Interessen. Dazu kann im vorliegenden Sachverhalt die Erhaltung des Standortes gehören, aber auch die Motivation der MitarbeiterInnen (Krankenstand, Fluktuation), das Image der Niederlassung als familienfreundlicher Betrieb, die Arbeitszeitsouveränität der MitarbeiterInnen usw.

### **(3) Zweiter Sitzungstag: Lösungsfindung und Einigung**

Am nächsten Sitzungstag werden die Beteiligten unter Berücksichtigung der gemeinsamen Interessen und Bedürfnisse Lösungsoptionen entwickeln, wobei alle Lösungsansätze erlaubt sind, auch wenn sie nicht unmittelbar mit dem ursprünglichen Konfliktgegenstand zusammen hängen oder sich auf mitbestimmungsfreie Angelegenheiten beziehen. In Betracht kommen:

- Neueinstellung von bisher arbeitslosen MitarbeiterInnen
- Geblockter Überstundenabbau zur Verlängerung des Jahresurlaubs
- Flexibilisierung von Arbeitszeiten mit selbstbestimmter Absprache der Sonntagsarbeitszeiten
- Familienfreundliche Maßnahmen, z.B. Familieneinkaufstag, an dem auch die Angehörigen des Verkaufspersonals mit Sondervergünstigungen teilnehmen können, Familienfest

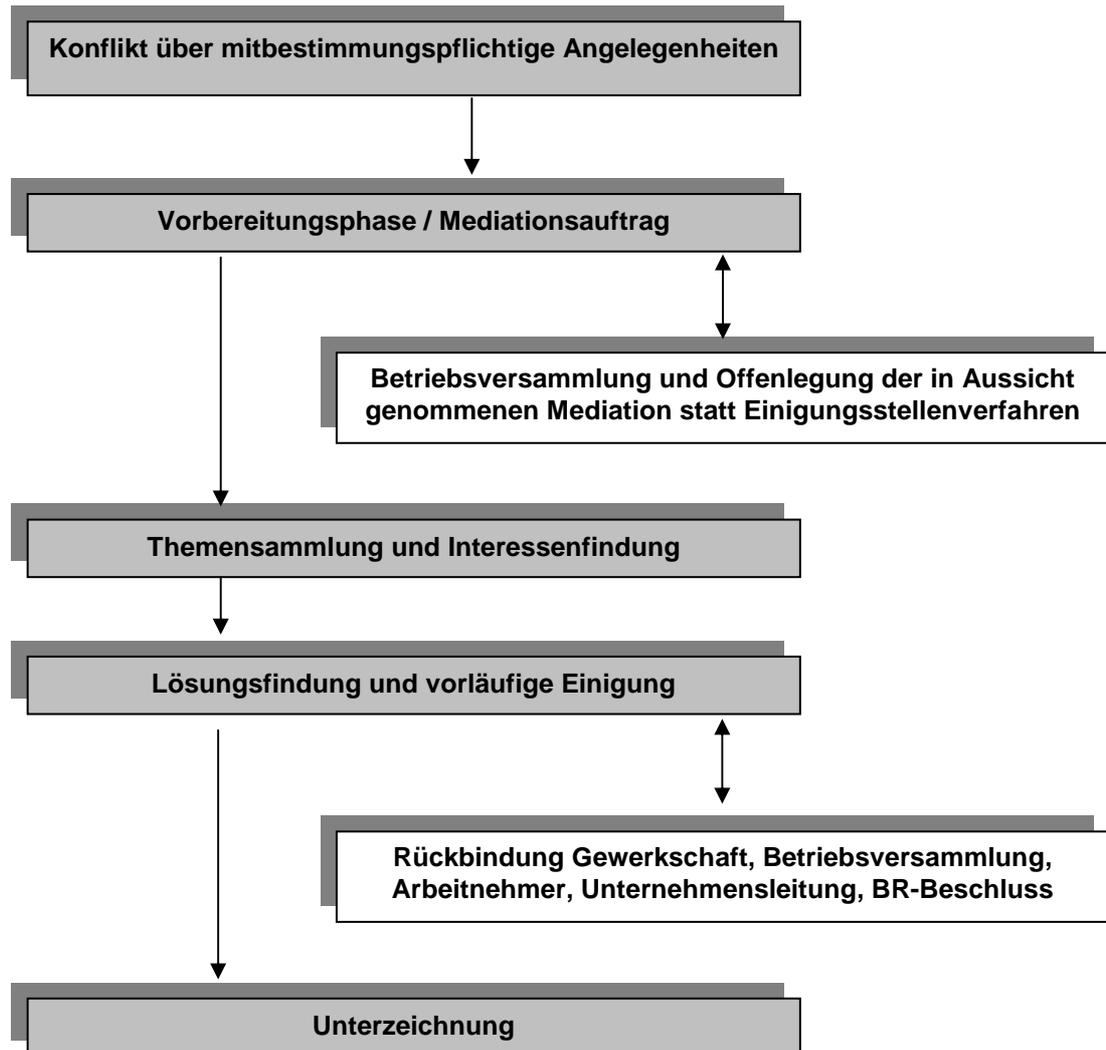
- Kinderbetreuungsangebote im örtlichen Umfeld (Kirchengemeinden als Kitaträger)
- Entwicklung generell familienfreundlicher Arbeitsbedingungen

Frau Mehl sollte sich bei der Mediation mit Vorschlägen zurück halten, möglicherweise kann sie aber als Ideengeber fungieren. Die Gesamtlösung sollte jetzt entwickelt und protokolliert werden. Wenn die Betriebsparteien sich auf eine bestimmte Lösung einigen wollen, müssen sie sich Rückendeckung bei ihren Hintermannschaften holen. Insofern kann es sich nur um eine vorläufige Vereinbarung handeln. Die zuständige Gewerkschaft einerseits, die Unternehmens- oder auch Konzernspitze andererseits muss die Gelegenheit erhalten, die Verhandlungsergebnisse zu bewerten und mit ihren Vertretern abzustimmen. Hierfür muss Frau Mehl als Mediatorin die protokollierte (vorläufige) Vereinbarung zunächst den Parteien zuleiten und darum bitten, innerhalb eines vereinbarten Zeitraumes mitzuteilen, ob das Verhandlungsergebnis von beiden Seiten akzeptiert wird.

#### **(4) Unterzeichnung der Vereinbarung**

Die getroffene Vereinbarung kann den Charakter einer Betriebsvereinbarung haben aber auch als bloße Regelungsabsprache gelten. In jedem Falle muss sie von den Mitgliedern des Betriebsrates beschlossen worden sein (§§ 77 Abs. 2, 33 BetrVG). Soll sie als Betriebsvereinbarung unmittelbare und zwingende Wirkung entfalten, muss sie vom Arbeitgeber und Betriebsrat unterschrieben werden (§ 77 Abs. 2 BetrVG), im vorliegenden Sachverhalt also von Herrn Bertram als Betriebsratsvorsitzendem und von Herrn Niess als Niederlassungsleiter. Hierfür bedarf es keiner gemeinsamen Sitzung. Die Unterzeichnung kann in gemeinsamer Sitzung aber auch getrennt durch die unterschreibungsberechtigten Personen erfolgen.

**Abbildung 7** Verfahrensdesign Vormediation



#### **f) Vorteile ergänzender Mediationsmodelle**

Im Vergleich zum klassischen Einigungsstellenverfahrens lassen sich die Mediationsmodelle wie folgt bewerten:

##### **(1) Vermeidung und Abbau von Eskalation**

Bei den frühzeitig begonnenen Mediationsverfahren wird die Konflikteskalation rechtzeitig vermieden. Das Modell der Zwischenmediation eignet sich bei festgefahrenen Verhandlungen, in denen es den Parteien nicht gelingt, die eingenommenen Positionen aufzugeben. Durch die Unterbrechung des Einigungsstellenverfahrens werden der Verhandlungsdruck reduziert und etwaige Emotionen zurück gefahren. Außerdem steht es den Parteien frei, die Mediation - ein wesentliches Verfahrensprinzip<sup>90</sup>- wieder zu verlassen. Die Betriebspar-

<sup>90</sup> Kracht (FN 20), S.375.

teilen können sich in ihren unterschiedlichen Interessen wahrnehmen, ohne um die Gunst des Vorsitzenden einer Einigungsstelle buhlen zu müssen. Kooperatives Verhandeln wird möglich, so dass auch noch in diesem Zeitpunkt die Eskalation zurückgeführt werden kann.

## **(2) Freiwilliges und selbstbestimmtes Verfahren**

Während bei den Gegenständen erzwingbarer Mitbestimmung eine Seite in das Einigungsstellenverfahren hineingezwungen werden kann, ist die Freiwilligkeit des Verfahrens in der Mediation bei allen Modellen gewahrt, weil beide Seiten sich auf die Durchführung des Verfahrens verständigen müssen. Das gilt insbesondere, wenn die Vormediation optional ausgestaltet ist. Bei der Zwischenmediation steht ohnehin der Wunsch im Vordergrund, festgefahrene Verhandlungen zu verlassen, so dass sich die Parteien freiwillig in die Mediation begeben. Vor allem aber ist die Vermittlungsperson wirklich freiwillig von den Konfliktparteien ausgewählt worden. Keine Seite muss mit einem ungeliebten Schlichter auskommen. Der Grundsatz der Selbstverantwortung bestimmt nicht nur das Verhandlungsergebnis sondern das gesamte Mediationsverfahren. Die Parteien bestimmen selbst und in absolut freier Entscheidung, welche Konfliktthemen in welcher Reihenfolge und mit welchem Gewicht zu behandeln, welche Interessen zu berücksichtigen, welche Lösungsmöglichkeiten zu erwägen und letztlich auszuwählen sind. Die Mediatorin achtet zwar auf die Einhaltung von Verfahrensprinzipien und ist zuständig für das Verfahrensdesign im Einzelfall. Sie wird aber den Ablauf der Verfahrens immer wieder in die Hände der Parteien legen, indem sie Vorschläge für den weiteren Verlauf ausdrücklich abfragt und berücksichtigt. Im Unterschied zum Einigungsstellenverfahren spielt die Haltung der Mediatorin zum Streitgegenstand und zur Konfliktlösung im gesamten Verfahren keine Rolle, so dass von Anfang bis Ende frei verhandelt werden kann. Die Parteien werden daher Verfahren und Ergebnis als fair empfinden, so dass tragfähige Lösungen erreicht werden können.

## **(3) Allparteilichkeit der Streitvermittlung**

Der Vorsitzende im Einigungsstellenverfahren gilt grundsätzlich bis zur Beendigung des Verfahrens als unparteiisch.<sup>91</sup> In der Mediation können demgegenüber alle Mediationsbeteiligten ein als parteilich empfundenenes Verhalten während des gesamten Verfahrens thematisieren. Der Mediator

ermutigt hierzu ganz ausdrücklich in der Eröffnungsphase. Können die geäußerten Bedenken nicht ausgeräumt werden, wäre der Abbruch des Verfahrens nicht nur möglich sondern geboten.<sup>92</sup>

Daneben kann im Einigungsstellenverfahren die Unabhängigkeit und Neutralität des Vorsitzenden schon durch seine Zwangsbestellung in Gefahr geraten, während die Person des Mediators von beiden Seiten frei ausgewählt werden muss. Die Auswahl unternehmensinterner Personen ist in diesem Zusammenhang bedenklich, weil sie auf Grund ihrer Funktion oder Aufgaben einer Betriebspartei näher stehen dürfte als der anderen. Auch insofern empfiehlt sich die externe Mediation.

#### **(4) Ausweitung des Lösungsraums**

Die Mediation kann sich im Vergleich zum Einigungsstellenverfahren auf alle Gestaltungsfelder beziehen, auch wenn sie mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Konflikt unmittelbar nichts zu tun haben oder mitbestimmungsfreie Angelegenheiten betreffen. Insofern endet die erfolgreiche Mediation immer mit einer umfassenden interessenorientierten Verhandlungslösung, das Einigungsstellenverfahren hingegen mit einem Spruch oder einer auf wenige Gegenstände begrenzten Vereinbarung, die eher unter Verhandlungs- und Einigungsdruck zustande gekommen ist. Außerdem erübrigen sich in der Mediation konkrete Lösungsvorschläge durch die Mediatorin, sie sind sachlich nicht erforderlich, weil insofern keine Abstimmungen stattfinden. Die Konfliktparteien müssen sich also mit derartigen „Gütevorschlägen“ nicht auseinandersetzen. Indem die Konfliktparteien in der Mediation also von Anfang an darauf verzichten, die Letztentscheidung des Konfliktes an eine dritte Person zu delegieren, können sie selbstbestimmt eine Vielzahl von Optionen entwickeln und umfassende Lösungen für die Zukunft schaffen. Dies entspricht dem Rollenverständnis der Betriebsparteien, die im Co-Management die betrieblichen Angelegenheiten auf der Basis gemeinsamer Interessen gestalten.<sup>93</sup>

#### **(5) Berücksichtigung drittbetroffener Personen und Gruppen**

Kollektive Angelegenheiten können durch Betriebsvereinbarung und gegebenenfalls durch Spruch der Einigungsstelle geregelt werden. Sie wirken zugunsten der Arbeitnehmer unmittelbar und zwingend (§ 77 Abs. 4

---

<sup>91</sup> vgl. oben S. 23.

<sup>92</sup> Kracht (FN 20), S. 375

<sup>93</sup> vgl. dazu oben S. 7.

BetrVG). Daneben werden die Arbeitnehmer durch die Auswirkungen von Betriebsvereinbarung und Einigungsstellenspruch oft auch nachteilig betroffen, wenn z.B. Beginn und Ende der Arbeitszeit, die Einführung von Arbeitszeiterfassungssystemen oder auch neue Entlohnungsgrundsätze vereinbart werden. Dennoch werden die Arbeitnehmer am Einigungsstellenverfahren nicht beteiligt.

In der Mediation bietet sich demgegenüber die Möglichkeit, durch Einbindung und Rückbindung von Arbeitnehmerinteressen diese direkt zu berücksichtigen. Hierzu dienen vor- oder zwischengeschaltet Betriebsversammlungen, die unter Mitwirkung des Mediators stattfinden. Neben den Vertretern des Betriebsrates können auch sonstige Arbeitnehmer, z.B. betriebliche Vertrauensleute auf der Betriebsratsseite und Führungskräfte auf der Arbeitgeberseite am Mediationsverfahren teilnehmen. Die Runde erweitert sich damit um drittbetroffene Personen, die nicht unmittelbar als Beteiligte des betriebsverfassungsrechtlichen Konflikts zu bezeichnen sind. Dadurch wird die Konfliktbehandlung für viele Betriebsangehörige transparent, dennoch kann der Grundsatz der Vertraulichkeit gewahrt bleiben, wenn im Einzelfall verabredet wird, welche Informationen betriebsöffentlich erörtert werden dürfen und welche vertraulich zu behandeln sind.

## **(6)Kostenvermeidung**

Die Kosten des Einigungsstellenverfahrens trägt der Arbeitgeber (§ 76 a Abs. 1 BetrVG). Die direkten Kosten des Einigungsstellenverfahrens umfassen Vorbereitungskosten, Sachkosten, Honorare für Vorsitzende und externe Beisitzer, Kosten der Freistellung für die betriebsinternen Beisitzer und sonstigen Aufwendungsersatz.<sup>94</sup> Eine Vergütungsverordnung ist bisher nicht erlassen worden. In der Praxis schwanken die Tageshonorare von Einigungsstellenvorsitzenden zwischen 2.500 und 4.500 Euro.<sup>95</sup> Geht man davon aus, dass in der Einigungsstelle auf jeder Seite ein externer Beisitzer tätig wird, der üblicherweise 7/10 des Vorsitzendenhonorars abrechnet, ergeben sich alleine Honorarkosten zwischen 6.000 und 10.000 Euro/Tag. Empfohlen wird die nachträgliche Vereinbarung eines Pauschalhonorars, damit der tatsächlich entstandene Aufwand (§ 76 a Abs.4 BetrVG) angemessen berücksichtigt werden kann.<sup>96</sup> Damit beinhaltet

---

<sup>94</sup> Nach Niedenhoff (FN 8) betragen die Kosten im Mittelwert und im Jahr 2003/2004 pro Mitarbeiter 60,32 Euro.

<sup>95</sup> Tschöpe (FN 41) S. 949.

<sup>96</sup> Tschöpe (FN 41) S.949.

das Einigungsstellenverfahren für den Arbeitgeber eine schwer vorhersehbare Kostenlast, die ebenfalls als Drohpotential genutzt werden kann und damit echten Verhandlungslösungen im Wege steht. Die Kosten der Mediation werden demgegenüber als Betriebskosten eher akzeptiert, weil sie der betrieblichen Organisation zugute kommen können.

Im Erfolgsfall ändern sich die Kosten der Mediation gegenüber dem Einigungsstellenverfahren grundsätzlich nicht, wenn man von einer unveränderten Anzahl der Beteiligten auch in der Mediation ausgeht. Auch in der Mediation werden sinnvollerweise die Vertreter des Betriebsrates und der Arbeitgeberseite beteiligt, Sachverständige und nicht zuletzt Mediatoren in Anspruch genommen. Für die Streitfälle, die durch Mediation erfolgreich beendet werden<sup>97</sup>, sind also die direkten Kosten mit denen des klassischen Einigungsstellenverfahrens vergleichbar, wenn man unterstellt, dass auch dort die betriebsverfassungsrechtlichen Konflikte überwiegend durch einverständliche Regelung gelöst werden<sup>98</sup>. Scheitert aber die Mediation, wird es sich um betriebsverfassungsrechtliche Konflikte handeln, die auch im klassischen Einigungsstellenverfahren nicht einverständlich geregelt werden können, so dass das Risiko weiterer Kosten für beide Verfahren vergleichbar hoch ist. Im Vergleich zum Einigungsstellenverfahren werden aber bei stark eskalierten Konflikten Vorbereitungskosten gespart, wenn die Besetzung der Einigungsstelle arbeitsgerichtlich erstritten werden muss.

Vor allem können indirekte Kosten vermieden werden, die bei fehlender Konfliktbewältigung für die Zukunft zu erwarten sind. Das Einigungsstellenverfahren richtet sich demgegenüber nicht auf zukunftsorientierte Lösungen, wenn es sich auf die Behandlung des konkreten Konfliktgegenstandes beschränkt, z.B. auf die Frage ob und wie Sonn- und Feiertagsarbeit stattfinden soll. Die Chancen der Mediation für eine umfassende und nachhaltige Lösung beinhalten damit zugleich gute Aussichten zur Vermeidung indirekter Kosten.

---

<sup>97</sup> Die Erfolgsquoten werden mit 80-90% angegeben, wobei aber in Deutschland nur Evaluationsergebnisse für die Pilotprojekte der gerichtsinternen Mediation vorliegen. Das Pilotprojekt beim LG Götting ergab, dass 90 % der Fälle, in denen die Parteien der Mediation zustimmten, mit einem Vergleich abgeschlossen werden konnten. Zu den Erfolgsquoten vgl. Neuenhahn, NJW 2004, 663f.; ders. NJW 2005, 1245 f.

<sup>98</sup> In der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle einigen sich die Betriebsparteien tatsächlich und lassen es auf den Spruch nicht ankommen, weil sie davon keine umfassende Lösung erwarten, vgl. dazu oben S. 21 f.

#### **4. Mediation bei personellen Einzelmaßnahmen**

##### **a) Lösungsdefizite der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG**

Im Falle von Einstellungen, Eingruppierungen, Versetzungen und Umgruppierungen kann der Betriebsrat nach § 99 BetrVG der beabsichtigten Einzelmaßnahme begründet widersprechen. Möchte der Arbeitgeber an der Maßnahme festhalten, muss er die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht beantragen. Der einzelne Arbeitnehmer ist zwar Betroffener aber nicht Beteiligter des betriebsverfassungsrechtlichen Entscheidungsprozesses. Dementsprechend können die betriebsverfassungsrechtliche und die individualrechtliche Bewertung personeller Einzelmaßnahmen auseinanderfallen:

- Eine ohne Zustimmung des Betriebsrates vorgenommene Einstellung ist wirksam, weil der eingestellte Arbeitnehmer in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages geschützt werden soll. Dennoch darf der eingestellte Arbeitnehmer gegen den Widerspruch des Betriebsrates tatsächlich nicht beschäftigt werden.
- Eine ohne Zustimmung des Betriebsrates durchgeführte Versetzung ist unwirksam, der Arbeitnehmer muss sie daher nicht hinnehmen. Er kann die Tätigkeit am neuen Arbeitsplatz verweigern, er kann aber der unwirksamen Versetzung auch mit einer arbeitsgerichtlichen Feststellungsklage begegnen. Hat der Betriebsrat der Versetzung nicht widersprochen, bleibt es umgekehrt dem betroffenen Arbeitnehmer unbenommen, die Versetzung arbeitsgerichtlich anzugreifen. Der betriebsverfassungsrechtliche Konflikt kann also im Widerspruchsverfahren beigelegt werden, ohne den Konflikt im Einzelarbeitsverhältnis bereinigt zu haben.
- Beinhaltet die Versetzung eine Änderung von Arbeitsbedingungen, bedarf sie einer Änderungskündigung. Der Betriebsrat kann der Versetzung aber auch der Änderungskündigung widersprechen. Der Widerspruch gegen die Änderungskündigung beeinflusst aber nicht unmittelbar die Wirksamkeit der Änderungskündigung. Diese kann der betroffene Arbeitnehmer im Wege der Kündigungsschutzklage angreifen.

Die Behandlung des betriebsverfassungsrechtlichen Konflikts schafft mit anderen Worten keine umfassende Lösung des Konflikts im

Einzelarbeitsverhältnis. Das nachfolgende Beispiel ist einer Entscheidung des BAG<sup>99</sup> nachempfunden und veranschaulicht, dass die Fokussierung auf die betriebsverfassungsrechtliche Bewertung das eigentliche Anliegen des konfliktbetroffenen Arbeitnehmers übergeht.

### **Beispiel:**

*Der AG beschäftigt ca. 125 Arbeitnehmer. Im Betrieb ist die Stelle eines Schichtführers „Fertigung“ zu besetzen, weil der bisherige Schichtführer krankheitsbedingt ausscheiden musste. Auf die Stelle bewirbt sich u.a. Arbeitnehmer Berthold, der den erkrankten und jetzt ausgeschiedenen Schichtführer bereits seit langem vertritt. Arbeitnehmer Anton, der schon an anderer Stelle als Schichtführer tätig war und gegenwärtig als Sachbearbeiter in der Arbeitsvorbereitung tätig ist, bewirbt sich ebenfalls auf die ausgeschriebene Stelle. Er hofft auf eine höhere Vergütung und strebt nach einer verantwortungsvollen Tätigkeit. Berthold möchte die tatsächlich ausgeübte Schichtführertätigkeit dauerhaft als Schichtführer in einer höheren Lohngruppe ausüben. Gegenwärtig erhält er nur eine an die tatsächlich ausgeübte Schichtführertätigkeit gebundene Zulage.*

*Der Arbeitgeber will Anton auf die freigewordene Stelle versetzen und ihn dementsprechend umgruppieren. Der insofern informierte Betriebsrat verweigert die Zustimmung mit der Begründung, Berthold werde durch diese Maßnahme i.S.d. § 99 Abs.2 Nr. 3 BetrVG benachteiligt. Der Arbeitgeber beantragt daraufhin die Zustimmungsersetzung durch das Arbeitsgericht. Der Betriebsrat stützt den Widerspruch auf § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG und beruft sich hierfür auf die dem Berthold entgehende Beförderung. Dementsprechend konzentriert sich das Beschlussverfahren auf diese Rechtsfrage. Das BAG stellt in letzter Instanz fest, dass dem Berthold kein rechtlicher Nachteil entstehe, weil ihm durch die Versetzung des Anton lediglich Beförderungschancen entgingen. Im Ergebnis bleibt es damit bei der zustimmungsersetzenden Entscheidung des Arbeitsgerichts in erster Instanz. Von der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates am 9.Jan. 2001 bis zum Beschluss des Arbeitsgericht am 18.9.2002 vergehen 1 Jahr und 8 Monate.*

Das Beschlussverfahren endet also mit der Feststellung, der betroffene Arbeitnehmer habe keine *rechtlichen* Nachteile erlitten. Berthold wird aber den Verlust der Schichtführerzulage durchaus als Nachteil empfinden. Außerdem ist ihm gewissermaßen betriebsöffentlich attestiert worden, dass er als Schichtführer nicht dauerhaft einzusetzen ist. Insofern sieht er sich vermutlich auch persönlich in seinem Ansehen beeinträchtigt. Daneben ist der Betriebsrat blamiert, weil er sich mit seinen rechtlichen Argumenten nicht durchsetzen konnte, und zwar in allen Instanzen.<sup>100</sup> Der Arbeitgeber hat die freigewordene Stelle bestenfalls mit einem geeigneten Arbeitnehmer besetzt, andererseits aber einen anderen Arbeitnehmer frustriert, der Einkommens- und Ansehensverlust hinnehmen muss, ohne

---

<sup>99</sup> Nach BAG NZA 2003,622ff.

<sup>100</sup> Das BAG hat im entschiedenen Rechtsstreit andere Widerspruchsgründe in Erwägung gezogen, konnte sie aber nicht prüfen, weil sie vom Betriebsrat nicht fristgerecht geltend

eine Perspektive für die Zukunft erhalten zu haben. Möglicherweise ist die Versetzung ja auch nur das Mittel, um verdeckt andere Ziele erreichen zu können. Negative Auswirkungen auf das Betriebsklima sind zu befürchten.

### **b) Mediation im Verfahren nach § 99 BetrVG**

Unter der Voraussetzung, dass alle Beteiligten bereit sind, sich zu verständigen, könnte eine in das Verfahren nach § 99 BetrVG integrierte Mediation die Betriebsparteien und betroffene Arbeitnehmer an einen Tisch bringen, um dort eine für alle Konfliktbeteiligten nachhaltige und umfassende Lösung zu entwickeln. Der betriebsverfassungsrechtliche Konflikt wird sichtbar, wenn der Betriebsrat der Einstellung, der Versetzung, der Ein- bzw. Umgruppierung oder auch einer Änderungskündigung widerspricht. In diesem Zeitpunkt zeigt sich die Unvereinbarkeit der Positionen, wobei an der Oberfläche die Auffassungen über die Sach- und Rechtsfragen divergieren. Die wirklichen Anliegen aller Konfliktbeteiligten könnten in der Mediation herausgearbeitet und in eine allseitige Vereinbarung aufgenommen werden. Ähnlich wie bei der vorgeschalteten Mediation vor Beginn des Einigungsstellenverfahrens könnte die Mediation vor Beantragung der Zustimmungsersetzung durch Betriebsvereinbarung verbindlich festgelegt oder als alternatives Verfahren zur Auswahl gestellt werden.<sup>101</sup>

Im vorbeschriebenen Beispiel hätte die Mediation den konkreten Konflikt im Verhältnis Berthold – Arbeitgeber – Betriebsrat behandeln können. Bevor der Betriebsrat also die Zustimmung zur Versetzung des Anton verweigert, hätte auf der Basis einer entsprechenden Betriebsvereinbarung die Mediation stattfinden können. In getrennten Vorgesprächen mit der Betriebsleitung (Personalleitung), dem Betriebsrat und dem betroffenen Arbeitnehmer hätte ein externer Mediator zunächst über das Verfahren selbst, den Ort des Verfahrens und die zu erwartenden Kosten aufzuklären. Insbesondere wäre auf die Vertraulichkeit des Verfahrens hinzuweisen. Diese Aufklärungs- und Vorbereitungsarbeit könnte auch telefonisch geschehen. Dabei wären Eskalationsgrad und Ergebnisoffenheit zu prüfen, um die Eignung für die Mediation festzustellen. Da im Hintergrund auch der Arbeitnehmer Anton betroffen ist, wäre auch dessen Haltung wichtig, die über die Personalleitung zu erfahren ist. Eine unmittelbare Beteiligung des Anton kommt nur im Einverständnis aller in Betracht. Schließlich hätte ein

---

gemacht wurden und daher im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden konnten.

<sup>101</sup> vgl. oben S. 28 Abbildung 1 und 2

beauftragter Mediator den Konflikt nach Streitgegenstand, Konfliktthema, Konfliktform und Konfliktgeschichte zu analysieren. Wenn die Betriebsleitung, Betriebsrat und die betroffenen Arbeitnehmer mit der Mediation einverstanden sind, könnte der Mediationsvertrag von den Mediationsbeteiligten unterschrieben werden.

Nach dieser Vorbereitungsphase folgen die weiteren Phasen der Mediation. In einer ersten Mediationssitzung<sup>102</sup> wären die Position der Arbeitgeberseite (Versetzung des Anton) und die Position des Betriebsrates und des Berthold (Verzicht auf die Versetzung des Anton, Beibehaltung der Schichtführerzulage oder Beförderung des Berthold zum Schichtführer) heraus zu arbeiten. Anschließend sind die Interessen der Konfliktparteien sichtbar zu machen, um insoweit Gemeinsamkeiten festzustellen zu können. Sie könnten hypothetisch in einer qualitativ hochwertigen betrieblichen Organisation und in der Anerkennung guter Arbeitsleistungen liegen (Betriebliches Vorschlagswesen). Im Mediationsergebnis müssten sich die Interessen der Beteiligten aber auch das Gesamtinteresse der betrieblichen Organisation widerspiegeln. Soweit Anton an der Mediation nicht beteiligt worden ist, müsste die Personalleitung im Verlaufe des Verfahrens dessen Interessen im Auge behalten und Rücksprache nehmen (Personalentwicklungsgespräch). Die Vereinbarung des Mediationsergebnisses wäre von allen Mediationsbeteiligten zu unterzeichnen, also durch die Betriebs- oder Personalleitung, durch den Betriebsratsvorsitzenden, durch den betroffenen Berthold und durch Anton, wenn dieser an der Mediation beteiligt worden ist. Im Hintergrund müsste auf der Basis des Mediationsergebnisses ein zustimmender Beschluss des Betriebsrates herbeigeführt werden.

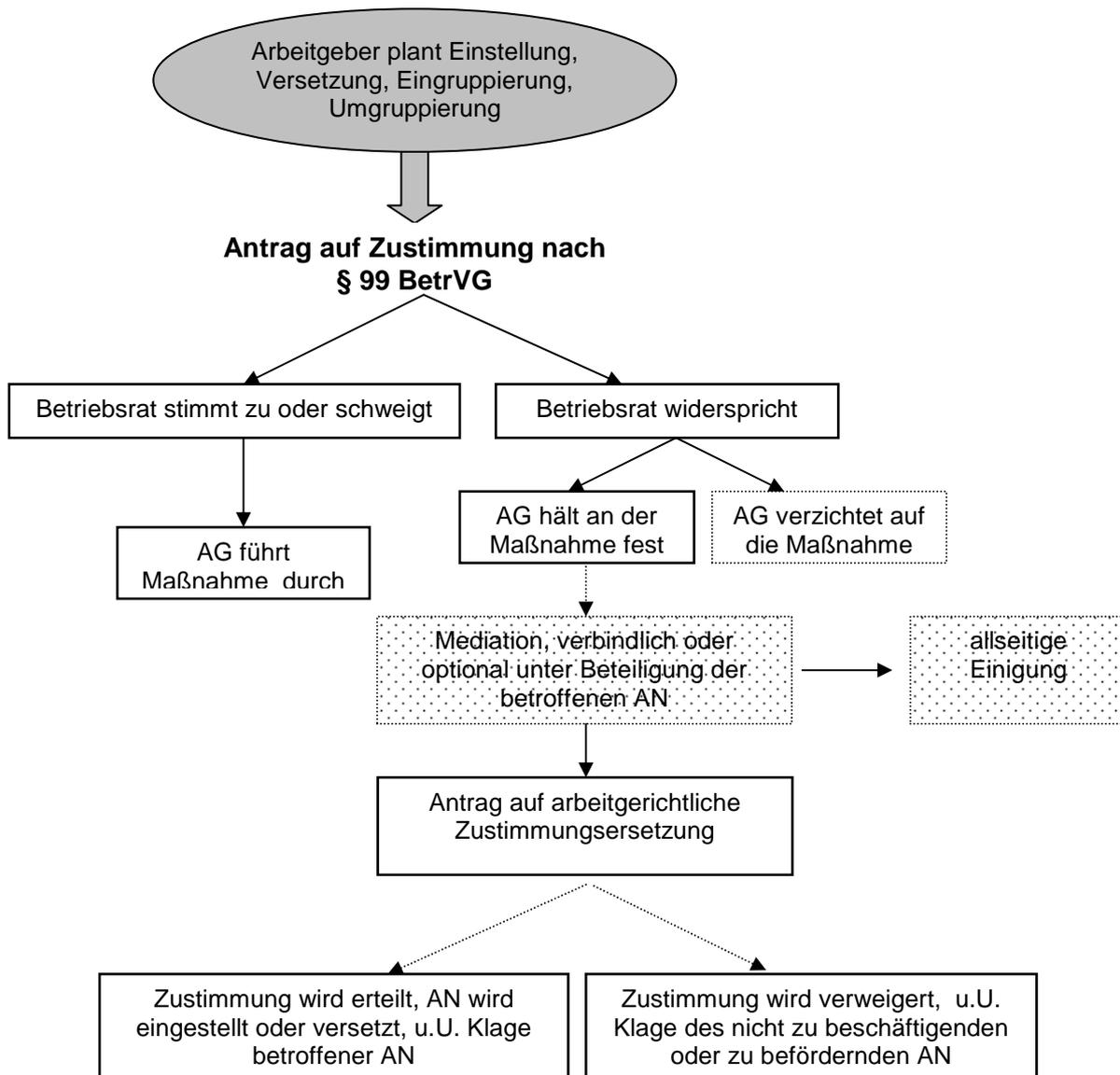
Der Verfahrensablauf für die Mediation ähnelt dem oben beschriebenen Verfahrensdesign bei kollektiven Angelegenheiten<sup>103</sup>, allerdings mit dem Unterschied, dass Betriebsversammlungen nicht in Betracht kommen. Nach der Lösungsfindung und Einigung ist die Rückbindung an den Betriebsrat zur Beschlussfassung und an die Interessen etwaig Drittbetroffener, z.B. des Anton im vorliegenden Beispiel, sicher zu stellen.

---

<sup>102</sup> vgl. oben S. 41 Abbildung 6 zum Setting, das in ähnlicher Form zu verwenden wäre.

<sup>103</sup> Vgl. oben S. 37 ff.

**Abbildung 8** Mediation bei personellen Einzelmaßnahmen



Quelle: eigene Darstellung nach Niedendorf, Mitbestimmung in der BRD, S. 68

### c) Bewertung

Das aufgezeigte Mediationsmodell hat vor allem den Vorteil, betroffene Arbeitnehmer einzubinden zu können, bevor der Betriebsrat abschließend über Zustimmung oder Ablehnung entscheidet und bevor betroffene Arbeitnehmer oder Betriebsrat das Arbeitsgericht anrufen. Das Mediationsergebnis ersetzt entweder bereits die einzelvertragliche Umsetzung oder liefert zumindest die Basis für die einzelvertragliche Regelung.

Außerdem wird der Betriebsrat an der Entscheidungsfindung beteiligt, ohne sich auf Zustimmungserteilung- oder Zustimmungsverweigerung beschränken zu müssen. Dadurch wird die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gestärkt.<sup>104</sup> Das Mediationsergebnis kann weiterhin die Basis für die zukünftige organisatorische Entwicklung im Betrieb sein. Scheitert die Mediation, kann der Arbeitgeber immer noch auf die Durchführung der Maßnahme verzichten. Andernfalls ist allerdings die Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens unumgänglich.<sup>105</sup>

Im oben beschriebenen<sup>106</sup> Beispiel hätte die Mediation den betrieblichen Belangen, dem Gestaltungswillen des Betriebsrates und den individuellen Interessen des begünstigten und des benachteiligten Arbeitnehmers Rechnung tragen können. Nicht zuletzt hätte sich der Betrieb die direkten und indirekten Kosten eines längeren Rechtsstreits erspart, so dass die Mediation im konkreten Einzelfall spürbare Kostenvorteile erbracht hätte.

## **5. Mediation in betrieblichen Ausschüssen**

### **a) Betriebsratsausschüsse**

Wenn der Betriebsrat mindestens neun Mitglieder hat, bildet er gem. § 27 BetrVG Betriebsausschüsse, die die laufenden Geschäfte des Betriebsrates führen. Nach § 28 Abs.1 BetrVG kann der Betriebsrat in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern Ausschüsse bilden und ihnen bestimmte Aufgaben auch zur selbständigen Erledigung übertragen. Mitglied in diesen Ausschüssen sind Betriebsratsmitglieder und bei Betriebsräten mit mehr als neun Mitgliedern auch weitere Ausschussmitglieder, die vom Betriebsrat aus seiner Mitte gewählt werden. Da der Ausschuss nur mit Betriebsratsmitgliedern besetzt ist, eignet er sich nicht für die Vermittlung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeberseite.

### **b) Gemeinsame Ausschüsse**

§ 28 BetrVG sieht darüber hinaus nach Abs. 2 Ausschüsse vor, deren Mitglieder vom Betriebsrat und vom Arbeitgeber benannt werden. Diesen Ausschüssen können Aufgaben zur selbständigen Entscheidung übertragen werden. Der gemeinsame Ausschuss ist kein Organ des Betriebsrates sondern eine eigenständige Einrichtung der Betriebs-

---

<sup>104</sup> vgl. oben S. 6 f.

<sup>105</sup> Die vorläufige Durchführung nach § 100 dürfte danach nicht mehr in Betracht kommen, weil die Dringlichkeit durch Zeitablauf entfallen ist.

<sup>106</sup> vgl. oben S. 50.

verfassung.<sup>107</sup> Gemeinsame Ausschüsse befassen sich besonders oft mit der Verwaltung von Sozialeinrichtungen und der Bewertung von Verbesserungsvorschlägen.<sup>108</sup> Sie müssen nicht paritätisch besetzt sein, in der Praxis finden sich aber vielfach paritätisch besetzte gemeinsame Ausschüsse oder paritätische Kommissionen, die auch im Bereich mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten über die Anwendung von Betriebsvereinbarungen verbindlich entscheiden können.

### **c) Tarifliche Paritätische Kommissionen**

Außerdem werden auf der Basis von Tarifverträgen auch sog. paritätische Kommissionen gebildet, die mit Vertretern des Betriebsrates und des Arbeitgebers paritätisch besetzt sind und im Rahmen der tarifvertraglich begründeten Zuständigkeit entscheiden dürfen.

Zur Umsetzung des Entgeltrahmenabkommens (ERA) der Metall- und Elektroindustrie auf der Basis des Einführungstarifvertrages sind z.B. tarifliche Paritätische Kommissionen mit der Ersteingruppierung nach ERA Gruppenmerkmalen befasst. Sie sind mit je zwei Vertretern des Betriebsrates und des Unternehmens besetzt. Wenn Paritätische Kommissionen über die tatsächlichen Voraussetzungen für die Eingruppierung zu entscheiden haben, werden nach dem Einführungstarifvertrag zum ERA sowohl dem Betriebsrat als auch dem betroffenen Mitarbeiter im Verfahren der Paritätischen Kommissionen fristgebundene Widerspruchsrechte eingeräumt, um im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung eine allseitige Konfliktlösung herbeizuführen. Scheitert die Einigung am Widerspruch des Betriebsrates oder des betroffenen Arbeitnehmers muss das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 BetrVG durchgeführt werden.<sup>109</sup> Der Tarifvertrag lässt also letztendlich die Mitbestimmungsregeln nach BetrVG unberührt, will aber die einverständliche Regelung im Vorfeld fördern, um die Vielzahl der zu erwartenden Streitfälle möglichst ohne Inanspruchnahme des Arbeitsgerichts lösen zu können.

---

<sup>107</sup> BAG 20.10.93 AP Nr.5 zu § 28 BetrVG 1972; Däubler/Kittner/Klebe (FN 30), § 28 BetrVG Rn. 16; Fitting (FN 64), § 28 BetrVG Rn. 41; Raab in: GK-BetrVG (FN 64), § 28 Rn.36, Richardi, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 28 BetrVG Rn.27, Senne BB 1995,306.

<sup>108</sup> vgl. Senne BB 1995,S.305. Außerdem befassten sich im Zeitpunkt der Untersuchung die gemeinsamen Ausschüsse mit personellen Einzelmaßnahmen, Aus- und Weiterbildung, analytischer Arbeitsplatzbewertung, EDV-Einführung und Entwicklung, Arbeits- und Gesundheitsschutz, betrieblicher Altersversorgung, Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, Arbeitszeitproblemen, Maßnahmen für Auszubildende und zur Frauenförderung, der Herausgabe von Mitarbeiterzeitschriften, Schwerbehindertenproblemen und mit Umweltfragen.

<sup>109</sup> vgl. oben S. 49.

Ein Mediationsmodell könnte sich an diesen Konfliktbehandlungsverfahren orientieren.

#### **d) Entscheidungsbefugnisse**

Die Entscheidungskompetenz der gemeinsamen Ausschüsse und Kommissionen, die Bindungswirkung ihrer Entscheidungen und die Verfahrens- und Abstimmungsregeln für die Entscheidungsfindung sind umstritten. Ihre Zuständigkeit beruht auf einer zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarung, wonach jede Seite für die dem gemeinsamen Ausschuss übertragenen Aufgaben Entscheidungsbefugnis erhält.

Gemeinsame Ausschüsse dürfen keine Betriebsvereinbarungen schließen (§ 28 Abs.1 Satz 3 i.V.m. § 27 Abs.2 Satz 2 , letzter HS), insofern haben ihre Beschlüsse keine normative Wirkung für Einzelarbeitsverhältnisse. Dieses Verbot kann auch nicht durch Abschluss von Betriebsvereinbarungen umgangen werden (umstr). Im Übrigen ist das Verbot schiedsgerichtlicher Entscheidungen (§ 101 ArbGG) zu beachten. Danach haben dritte Stellen (gemeinsame Ausschüsse und Kommissionen) nicht die Befugnis, mit Wirkung für die Arbeitsvertragsparteien Rechtsauslegung und Rechtsanwendung zu betreiben.<sup>110</sup>

Solange die Beschlussfassung nicht abweichend geregelt ist, können die Entscheidungen mehrheitlich getroffen werden (umstr)<sup>111</sup>. Bei Pattsituationen kann mangels gesetzlicher Regelung weder die Einigungsstelle noch das Arbeitsgericht angerufen werden,<sup>112</sup> so dass die umstrittene Angelegenheit entweder an Betriebsrat und Arbeitgeber zurückfällt, oder aber bei Untätigkeit unregelt bleibt, womit der Ausschuss seine gesetzliche Aufgabe letztlich nicht erfüllen könnte.

Insgesamt bereitet danach die Beschlussfassung und die Umsetzung der Beschlüsse im Einzelarbeitsverhältnis rechtliche Probleme. Dadurch wird die Bedeutung der Betriebsausschüsse gemindert, insbesondere weil die

---

<sup>110</sup> BAG NZA 2004, S.994 ff. (997). Das BAG hatte über die Entscheidung einer paritätischen Kommission zu befinden, die auf der Basis einer Betriebsvereinbarung tätig wurde und die Prämierung eines Verbesserungsvorschlag abgelehnt hatte. Dabei führte das BAG seine bisherige Rechtsprechung fort, wonach die Kommission verbindlich über die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Vergütung eines betrieblichen Verbesserungsvorschlages entscheiden könne, nicht aber über den Rechtsanspruch auf Vergütung. Derartige Schiedsgutachten verstießen nicht gegen das im Arbeitsrecht mit wenigen Ausnahmen geltende Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit. Mehrheitsentscheidungen seien nur auf grobe Unbilligkeit und Verstöße gegen Betriebsvereinbarungen überprüfbar.

<sup>111</sup> Problematisch ist, ob eine Mehrheitsentscheidung auch gegen die Betriebsratsmitglieder getroffen werden kann, vgl. dazu Däubler/Kittner/Klebe (FN 30), § 28 Rn. 19 m.w.Nachw.

<sup>112</sup> Fitting (FN 64), Rn. 46, § 27 BetrVG Rn. 73.

Umsetzung der Entscheidungen über das arbeitsrechtliche Direktionsrecht im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages erfolgen muss.<sup>113</sup> Insofern kann der Konflikt im Einzelarbeitsverhältnis durch die Tätigkeit der Ausschüsse nicht abschließend bearbeitet werden.

Einvernehmen herrscht aber darüber, dass in gemeinsamen Ausschüssen Verhandlungen und Entscheidungen von Betriebsrat und Arbeitgebern vorbereitet werden können (Voreinigungsstelle), ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Der Praxis wird aus Sicht der Betriebsräte angeraten, den gemeinsamen Ausschüssen lediglich vorbereitende Tätigkeiten zu übertragen und dem Betriebsrat die abschließende Entscheidung vorzubehalten.<sup>114</sup> Auch die Arbeitgeberseite sieht paritätische Kommissionen mit Entscheidungskompetenz kritisch, akzeptiert sie aber als Voreinigungsstelle.<sup>115</sup> Dabei handelt es sich allerdings dann nicht mehr um entscheidungsbefugte Ausschüsse i.S.d. § 28 Abs.2 BetrVG.

#### **e) Mediation in gemeinsamen Betriebsausschüssen**

Die Mediation ist im Zusammenhang mit der Tätigkeit der gemeinsamen Ausschüsse dort sinnvoll, wo die Entscheidungsbefugnisse der Ausschüsse enden, so dass Regelungsdefizite vorhersehbar sind. In der Mediation können betroffene Arbeitnehmer beteiligt werden, so dass das Mediationsergebnis auch für das Einzelarbeitsverhältnis eine abschließende Regelung beinhalten kann. In Anlehnung an die Tätigkeit der tariflichen paritätischen Kommissionen könnte die Mediation stattfinden, bevor die Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG im Einzelfall ausgeübt werden,<sup>116</sup> wenn also unvereinbare Positionen im Verhandlungswege nicht aufzulösen sind.

Die Mediation wird sich vor allem für Konflikte in Ausschüssen eignen, die verbindliche Entscheidungen treffen sollen, die sich also nicht nur auf Empfehlungen beschränken wollen. Das Konfliktszenario hängt von der Ausschussbesetzung ab. Wenn der Ausschuss nicht paritätisch besetzt ist, stehen die Verhandlungen unter dem Druck einer künftigen Mehrheitsentscheidung. Aus Mediationssicht besteht daher ein Machtgefälle, das Vermittlungsstrategien nicht zugänglich ist. Im Falle einer Abstimmung wird die Minderheit die Mehrheitsentscheidung nicht als selbstbestimmte Lösung akzeptieren. Insofern würde die Mediation nur

---

<sup>113</sup> Raab in: GK-BetrVG (FN 107), § 28 Rn. 46.

<sup>114</sup> Däubler/Kittner/Klebe (FN 30) § 28 Rn. 16.

<sup>115</sup> So Niedenhoff (FN 8) S. 287.

<sup>116</sup> Vgl. oben S. 55 f.

Sinn machen, wenn für die Dauer der Mediation auf Mehrheitsentscheidungen verzichtet wird. Bei paritätisch besetzten Kommissionen haben Verhandlungslösungen zwar eine echte Chance. Denkbar ist aber auch, dass sich die Betriebsparteien in Positionen verrennen, die einer interessengerechten Lösung im Wege stehen. Dies wird vor allem der Fall sein, wenn der Einzelfallentscheidung generelle Bedeutung für den Betrieb zukommt. Wenn also konkret um die Bewertung eines Verbesserungsvorschlages oder auch um die tatsächliche Erfüllung von Eingruppierungsmerkmalen gestritten wird, damit aber gleichzeitig grundsätzliche Fragen angesprochen werden, kann die Mediation zukunftsorientiert Abhilfe schaffen.

Mediationsmodelle können sich an Vermittlungsmodellen orientieren, so wie sie in der betrieblichen Praxis bereits anzutreffen sind. Bei Niedenhoff<sup>117</sup> werden Regelungen in Betriebsvereinbarungen wieder gegeben, die für derartige Situationen die Einschaltung unternehmensbezogener Dritter, bei gescheiterter Einigung aber auch die Benennung von externen Sachverständigen nach § 80 Abs. 2 BetrVG vorsehen. In diesem Zeitpunkt kann eine zwischengeschaltete Mediation einen Ausweg bieten, die auch in entsprechenden Betriebsvereinbarungen zu regeln wäre. Tatsächlich finden sich in Betriebsvereinbarungen auch Regelungen, wonach im Falle der Nichteinigung einseitig die Einigungsstelle angerufen werden kann.<sup>118</sup> Alternativ oder ergänzend könnte in diesen Fällen die Mediation stattfinden. Das dargestellte Mediationsmodell beschränkt sich auf die Tätigkeit paritätisch besetzter Ausschüsse oder Kommissionen. Für das Verfahren der Mediation selbst ist auf den Ablauf bei betrieblichen Einzelmaßnahmen zu verweisen.<sup>119</sup>

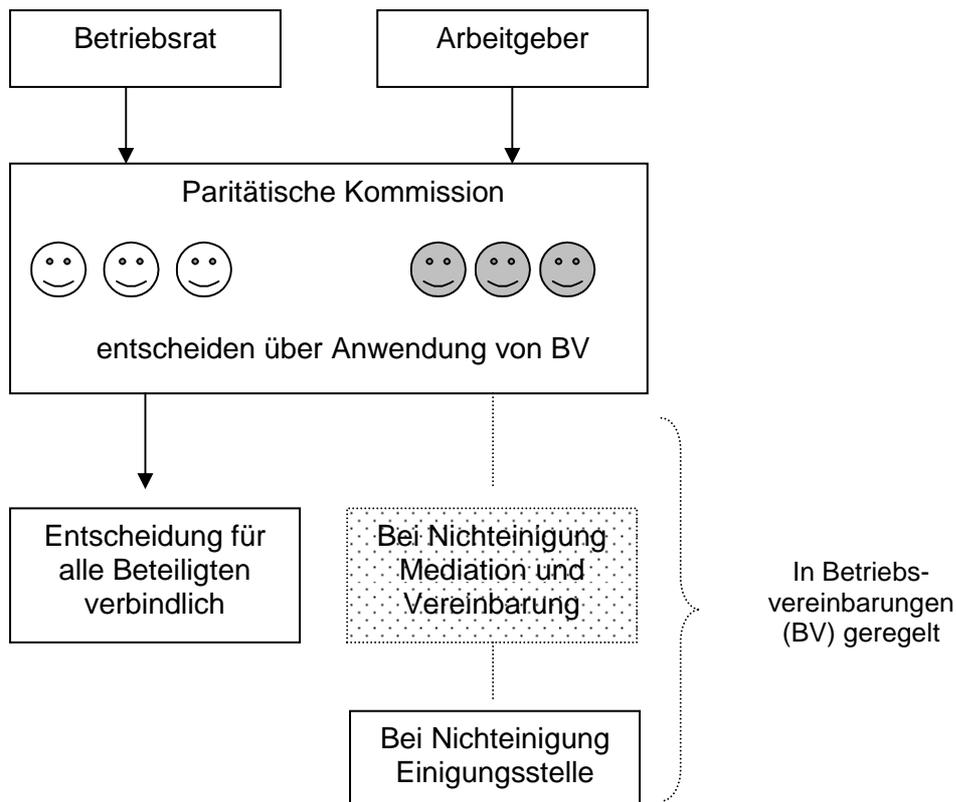
---

<sup>117</sup> Niedenhoff (FN 8), S.287 f.

<sup>118</sup> Niedenhoff (FN 8), S.288.

<sup>119</sup> vgl. oben S. 51 f.

**Abbildung 9** Mediation in Betriebsausschüssen



Quelle: eigene Darstellung nach Niedendorf, Mitbestimmung in der BRD, S.286

#### f) Bewertung

Die erfolgreiche Mediation löst Pattsituationen auf, die bei paritätisch besetzten Kommissionen auftreten können, vermeidet aber die Nachteile des Einigungsstellenverfahrens. Außerdem können auch die betroffenen Arbeitnehmer beteiligt werden, um deren Ansprüche es geht. Deren Beschwerderechte nach BetrVG blieben ohnehin durch die Entscheidung der Kommission unberührt. Wenn also ein Mitarbeiter behauptet, sein Verbesserungsvorschlag erfülle die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Vergütung, könnte er sich nach §§ 84 ff BetrVG beschweren oder auch das Arbeitsgericht anrufen, wenn der Verbesserungsvorschlag abgelehnt wird. Demgegenüber könnte in der Mediation der Mitarbeiter in die Vereinbarung über seinen Verbesserungsvorschlag einbezogen werden. Die oben beschriebenen Regelungsdefizite<sup>120</sup> würden vermieden. Die Einigung in der Mediation kann den Konfliktfall also abschließend auch im Einzelarbeitsverhältnis regeln oder zumindest die Basis für die einzelvertragliche Umsetzung schaffen.

## 6. Mediation im Beschwerdeverfahren nach §§ 84 ff BetrVG

### a) individualrechtliche und kollektive Ebene

Fühlt sich der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber oder von anderen Arbeitnehmern des Betriebes benachteiligt oder ungerecht behandelt, kann er sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs beschweren (§ 84 Abs. 1 BetrVG). Dieses Beschwerderecht ist ausschließlich individualrechtlich ausgestaltet und gilt auch, wenn kein Betriebsrat besteht. Existiert aber ein Betriebsrat, kann der betroffene Arbeitnehmer ein Betriebsratsmitglied zur Unterstützung oder Vermittlung heranziehen. Dabei handelt es sich um einen individuellen Anspruch des Arbeitnehmers, der sich nur betriebsverfassungsrechtlich begründen lässt. Der Arbeitgeber muss über die Behandlung der Beschwerde bescheiden und ihr abhelfen, wenn er sie für berechtigt hält. Wenn die Beschwerde individualrechtlich verworfen wird, so kann der Arbeitnehmer zur Verfolgung von Rechtsansprüchen Klage vor dem Arbeitsgericht erheben. Gem. § 85 Abs. 1 BetrVG hat auch der Betriebsrat Arbeitnehmerbeschwerden entgegen zu nehmen und beim Arbeitgeber auf Abhilfe zu drängen, wenn er sie für berechtigt erachtet.

Auf die Ebene eines betriebsverfassungsrechtlichen Konflikts gerät die Arbeitnehmerbeschwerde aber erst, wenn sich zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber Meinungsverschiedenheiten über die Behandlung der Beschwerde ergeben. In diesen Fällen kann der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen, die den Streit durch Spruch regeln kann, allerdings ohne über Rechtsansprüche des betroffenen Arbeitnehmers entscheiden zu können (§ 85 Abs. 2 BetrVG). Die Einzelheiten des Beschwerdeverfahrens können in Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung geregelt werden, wonach anstelle des Einigungsstellenverfahrens gem. § 85 Abs. 2 BetrVG eine betriebliche Beschwerdestelle vorgesehen werden kann. Fehlt eine derartige Vereinbarung, führt der Konflikt damit bei unüberbrückbaren Gegensätzen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat unweigerlich ins Einigungsstellenverfahren. Insofern empfiehlt sich die Einrichtung einer Beschwerdestelle, deren Besetzung und Tätigkeit in einer Betriebsvereinbarung abgesichert ist. Dadurch lässt sich das betriebsverfassungsrechtliche Beschwerde- und Einigungsstellenverfahren nach § 85 Abs. 2 BetrVG i.d.R. ersetzen.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> vgl. oben S. 56 f.

<sup>121</sup> Die Beschwerdestelle schafft nur eine zusätzliche dritte Entscheidungsmöglichkeit über die Beschwerde, die Einigungsstelle wird aber bei fehlender Einigung in der Beschwerdestelle nicht verdrängt, vgl. Däubler/Kittner/Klebe (FN30), § 86 BetrVG Rn. 4; Fitting (FN 64), § 86 BetrVG Rn.5; Richardi (FN 107), § 86 BetrVG Rn.9.

§ 13 AGG begründet ein besonderes Beschwerderecht für die Fälle, in denen sich Beschäftigte aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt fühlen. Das Beschwerderecht ist ebenfalls individualrechtlich ausgestaltet, lässt aber die kollektivrechtlichen Rechtsbehelfe ausdrücklich unberührt. In der Personalpraxis wird oft auf die Einrichtung einer besonderen Beschwerdestelle für Diskriminierungsfälle verzichtet. Arbeitnehmer können sich daher mit ihrer Beschwerde vornehmlich an die Personalabteilung oder auch andere bereits vorhandene Einrichtungen (Gleichstellungsbeauftragte) wenden.

### **b) Lösungsdefizite**

Im konkreten Beschwerdefall überlagern sich die individualrechtliche und kollektivrechtliche Konfliktbehandlung. Auf der individualrechtlichen Ebene kann sich der Arbeitnehmer auch mit Unterstützung des Betriebsrates oft nicht durchsetzen, weil er in seinen Rechtspositionen nicht betroffen ist, auch wenn er sich benachteiligt fühlt.

Auf kollektivrechtlicher Ebene kann die Einigungsstelle bei Mitarbeiterbeschwerden nach § 85 Abs. 2 Satz 3 BetrVG über den materiellen Anspruch betroffener Arbeitnehmer ohnehin nicht entscheiden. Daneben kann die Einigungsstelle dem Arbeitgeber keine konkreten Abhilfemaßnahmen oder personalwirtschaftliche Maßnahmen aufgeben. Wenn sich also Beschäftigte z.B. wegen einer personellen Unterbesetzung im Betrieb beschweren, kann die Einigungsstelle zwar der Beschwerde stattgeben, die erforderlichen Maßnahme der Abhilfe wie Versetzung, Verlängerung von Arbeitszeiten für bestimmte Beschäftigte oder Verlagerung von Zuständigkeiten können hingegen nicht aufgegeben werden. Insofern wird die Einigungsstelle oft (offensichtlich) unzuständig sein, wenn sie über Abhilfemaßnahmen und damit nicht mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten entscheidet. Zumindest führt sie einen unwirksamen Beschluss herbei, wenn sie dessen ungeachtet entscheidet. Wenn sie also der Beschwerde stattgeben möchte, muss sie sich auf die Feststellung beschränken, dass die Beschwerde berechtigt war. Das Einigungsstellenverfahren nach § 85 Abs.2 BetrVG lässt sich insofern zutreffend als Fehlkonstruktion bezeichnen.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> BAG NZA 2006,803; Hunold NZA 2006,1025.

## Beispiel:

*Drei im Schalterdienst beschäftigte Mitarbeiter beschwerten sich beim Betriebsrat nach § 85 Abs. 1 BetrVG, weil der vierte Arbeitsplatz in ihrer Filiale dauerhaft nicht besetzt sei. Dadurch würden die üblichen Kurzpausen entfallen, Überstunden seien immer wieder erforderlich, außerdem stünden die Beschäftigten unter hoher Stressbelastung um die Warteschlangen der Kunden abzuarbeiten, die sich ihrerseits über lange Wartezeiten und nicht besetzte Arbeitsplätze beschwerten würden. Die Beschwerde mündet in der Forderung nach voller Besetzung aller vier Arbeitsplätze in der Filiale. Der Betriebsrat hält die Beschwerden für begründet und leitet sie an den Arbeitgeber weiter. Die Einigungsstelle hält die Beschwerde ebenfalls für berechtigt, allerdings ohne dies im einzelnen zu begründen.*

Offensichtlich waren die Beschäftigten im vorstehenden Sachverhalt nicht in ihren individuellen Rechten betroffen. Sie hatten im konkreten arbeitsgerichtlichen Verfahren weder einen Anspruch auf Pausengewährung, Überstundenvergütung oder ein Recht auf Verweigerung von Mehrarbeit geltend gemacht. Darüber hätte die Einigungsstelle auch nicht wirksam beschließen können. Die Interessen der Arbeitnehmer spielten daher in der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung letztlich keine Rolle. Sie waren ohnehin - ebenso wie die Einigungsstelle selbst - gem. § 83 Abs. 3 ArbGG nicht am arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu beteiligen. Aber auch die kollektivrechtliche Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat führte nicht zum Ziel. Das BAG hielt den angegriffenen Spruch der Einigungsstelle für zu unbestimmt, weil er nicht erkennen lasse, welche konkreten tatsächlichen Umstände als zu vermeidende Beeinträchtigung der Beschäftigten anzusehen seien. Im Übrigen könne die Einigungsstelle nicht über konkrete Abhilfemaßnahmen entscheiden.<sup>123</sup> Hätte also die Einigungsstelle bei präziser Beschreibung der tatsächlichen Beeinträchtigungen konkrete Maßnahmen der Abhilfe beschlossen, wären diese tatsächlich nicht durchsetzbar gewesen.<sup>124</sup>

Im konkreten Sachverhalt erhielten damit alle Beteiligten den begehrten Beschluss des BAG aber keine interessengerechte Lösung: Der Betriebsrat konnte das Problem der Unterbesetzung nicht aus der Welt schaffen. Die betroffenen Arbeitnehmer müssen weiterhin unter hoher Stressbelastung arbeiten, und der Arbeitgeber hat keine Vereinbarung mit dem Betriebsrat erzielt, in der Maßnahmen der Abhilfe hätten vereinbart werden können, für

---

<sup>123</sup> BAG NZA 2006, 807. Dennoch sieht das BAG Sinn und Zweck des Einigungsstellenverfahrens gerade darin, dass der Arbeitgeber zum Ergreifen geeigneter Abhilfemaßnahmen verpflichtet werde. Darin läge die *Konfliktlösung* durch die Einigungsstelle. Offen bleibt dabei, durch welche Maßnahmen sie zu erreichen ist.

die er ohnehin auf die Zustimmung des Betriebsrates angewiesen ist. Insofern kommen Vermittlungsstrategien in Betracht, die das Beschwerdeverfahren nach §§ 84,85 BetrVG ergänzen und die beschriebenen Lösungsdefizite ausgleichen können.

### **c) Mediation im Beschwerdeverfahren**

Auf individualrechtlicher Ebene kann der beschwerdeführende Arbeitnehmer den Betriebsrat zur Unterstützung und Vermittlung hinzuziehen. Damit wird dem Betriebsrat Vermittlungskompetenz eingeräumt. Dennoch ist der Betriebsrat nicht der ideale Mediator. Als Interessenvertreter ist er weder neutral noch allparteilich. Er befindet sich eher in der Rolle eines Anwalts, der den Beschwerdeführer vertritt.<sup>125</sup> Insofern kommt nur die Vermittlung durch neutrale Dritte innerhalb und außerhalb des Betriebes in Betracht. Die interne oder auch externe Mediation kann alle Konfliktbeteiligten einbeziehen und die nachhaltige Lösung auf individueller und kollektiver Ebene herbeiführen. Auf der Basis des § 86 Satz 2 BetrVG sollten Tarifvertrag oder auch Betriebsvereinbarung anstelle der Einigungsstelle eine betriebliche Beschwerdestelle in paritätischer Besetzung vorsehen. Für den Fall, dass dort keine Einigung erzielt wird, wäre zur Vermeidung des Einigungsstellenverfahrens die Mediation vorzusehen. Das Scheitern einer Einigung könnte sich analog § 76 Abs. 3 BetrVG aus mehreren Abstimmungen ergeben, die in einer Pattsituation enden. Die Mediation ließe sich in das Verfahren vor der betrieblichen Beschwerdestelle - ähnlich wie im Verfahren vor den paritätischen Ausschüssen oder Kommissionen - integrieren.<sup>126</sup> Sie bietet eine Vermittlungsoption für den Fall, dass auch vor der Beschwerdestelle keine Lösung erzielt wird.<sup>127</sup> Daneben lässt sich die Mediation im Rahmen eines betrieblichen Konfliktmanagementsystems institutionell verankern. An dieser Stelle setzen Konfliktlotsensysteme an, die in Betriebsvereinbarungen verankert sind, Hilfe zur betrieblichen Selbsthilfe liefern und die Konfliktkultur im Unternehmen positiv beeinflussen können.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> So Hunold (FN 122), S. 2006,1027.

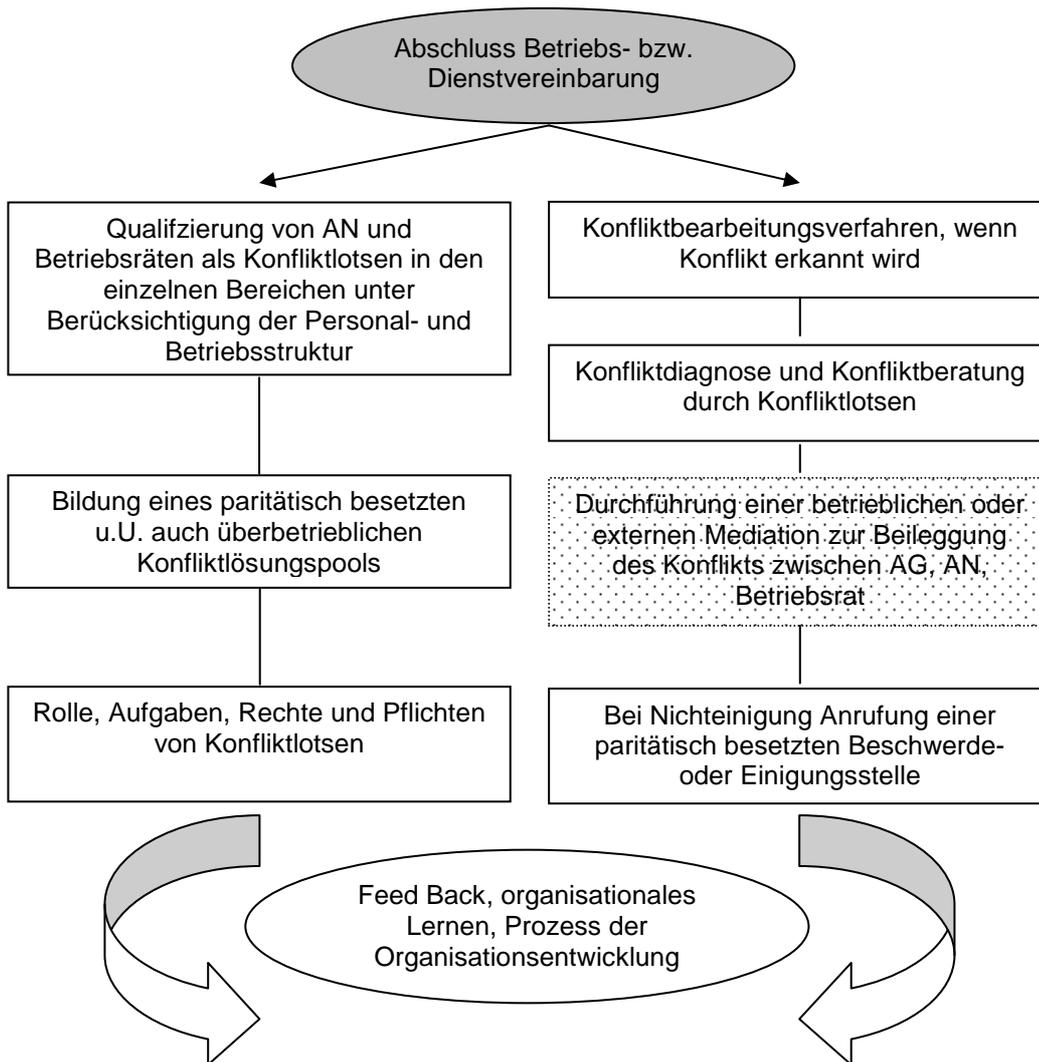
<sup>125</sup> Andrelang (FN 1), S. 126,128; Budde (FN 1), Rahmenbedingungen S.203 ff.

<sup>126</sup> vgl. dazu oben S. 58 Abbildung 9.

<sup>127</sup> S. 56 ff. zur Mediation von Konflikten in betrieblichen Ausschüssen.

<sup>128</sup> Budde (FN 1), Mediation im Arbeitsrecht, S.655 ff.; dies.: QUAK Projektdokumentation, S. 71 ff.

**Abbildung 10** Konfliktlotsenmodell, Beschwerdeverfahren



Quelle: eigene Darstellung in Anlehnung an Budde, QUAK, S. 82 ff.

#### d) Bewertung

Viele Gegenstände einer Beschwerde sind schwer justizierbar. Das gilt insbesondere für die Fälle der Diskriminierung und des Mobbing. Konfliktlotsensysteme und interne Mediation eignen sich hier zur Konfliktbehandlung im Verhältnis zwischen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmergruppen. Die Mediation im Konfliktlotsensystem bietet die Möglichkeit, zügig und praxisnah auch unkonventionelle Lösungen zu entwickeln.<sup>129</sup> Das beinhaltet auch zukunftsorientierte Verhaltensregeln für die Konfliktparteien. An der Konfliktbehandlung sind außerdem viele Arbeitnehmer direkt oder indirekt beteiligt, weil sie das Konfliktlotsensystem selbst tragen.

Im oben beschriebenen Sachverhalt der stellenmäßigen Unterbesetzung hätte die Beschwerde der betroffenen Arbeitnehmer aber auf kollektiver

Ebene nicht im Konfliktlotsensystem behandelt werden können, weil sich der Konflikt im Verhältnis Betriebsrat und Betriebsleitung nicht durch intern geschulte Konfliktlotsen bearbeiten lässt. Zur Behandlung des betriebsverfassungsrechtlichen Konflikts zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat bedarf es externer Mediatoren, die den Betriebsparteien unabhängig und auf Augenhöhe begegnen und den Weg aus der Sackgasse weisen können. Der Vorteil einer Mediation im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hätte vorliegend in der Verbindung individual- und kollektivrechtlichen Streitstoffs gelegen. In der Streitvermittlung hätten alle Konfliktbeteiligte, die Betriebsleitung, Personalverantwortliche, betroffene Mitarbeiter und Vertreter des Betriebsrates beteiligt werden können und eine für alle Seiten verbindliche Vereinbarung treffen können. Während das Beschwerderecht nach § 84 BetrVG eben nur Rechtsfragen im Einzelarbeitsverhältnis und das Einigungsstellenverfahren nach § 85 Abs. 2 BetrVG nur die Berechtigung der Beschwerde kollektivrechtlich feststellen kann, schafft das Mediationsergebnis allseitige Lösungen. Die Einigung kann - soweit erforderlich - in Einzelvereinbarungen und in Betriebsvereinbarungen umgesetzt werden. Gleichzeitig bietet sie die Basis für weiterführende Maßnahmen der Organisationsentwicklung.<sup>130</sup>

## **7. Mediation als Baustein der Organisationsentwicklung**

Jeder Konflikt in Organisationen kann auf der Basis eines Mediationsergebnisses zum Katalysator für anstehende Veränderungen und organisationales Lernen im Betrieb werden.<sup>131</sup> Die erfolgreiche Mediation schafft daher auch die Basis für die zukünftige Gestaltung des betrieblichen Geschehens.

Konflikte zwischen Arbeitnehmern ziehen oft Konflikte zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach sich. Umgekehrt haben die einzelnen Beschäftigten in der Regel die Auswirkungen kollektiver Maßnahmen zu tragen. Diesen Wechselwirkungen kann die Mediation Rechnung tragen, weil sie zumindest die Chance bietet, die Hauptbeteiligten des Konflikts an einen Tisch zu bringen. Die Mediationsergebnisse liefern Erkenntnisse über die Notwendigkeit organisatorischer Veränderungen. Auf dieser Basis beginnt die Organisationsentwicklung, die in einem nachgelagerten

---

<sup>129</sup> Budde (FN 1), Mediation im Arbeitsrecht, S.656.

<sup>130</sup> Budde (FN 128), QUAK S. 17-20; dies., Betriebliche Konfliktlotsen, in: Pühl, Mediation in Organisationen (2003), S.97 ff. vgl. auch die dort (S.109-112) wiedergegebene Betriebsvereinbarung der Stadtverwaltung Kerpen.

<sup>131</sup> Kerntke, Mediation als Organisationsentwicklung 2004, S. 68 ff.;73 ff.

Workshop erarbeitet werden kann.<sup>132</sup> Hierfür ist über den konkreten betriebsverfassungsrechtlichen Konflikt hinaus Bilanz zu ziehen. Dabei können vor allem folgende Fragen eine Rolle spielen: Konnten die betrieblichen und sozialen Interessen ausreichend berücksichtigt werden, welche organisatorischen Veränderungen ergeben sich aus dem Ergebnis der Mediation für Gegenwart und Zukunft, welche Entwicklungen sollten möglicherweise fortgesetzt werden, welche Peergroups und Stakeholder des früheren Konflikts sind in die künftigen Entwicklungen einzubeziehen?<sup>133</sup> Daraus kann sich z.B. der Anstoß zur Entwicklung eines dauerhaft verankertes Konfliktmanagement geben, das sich einerseits auf den Umgang zwischen den Betriebsparteien bezieht andererseits aber auch sonstige Betriebsangehörige einbezieht. Dazu können Erhebungen zur Konfliktkultur im Betrieb, Konfliktsensibilisierungs- und Konfliktberatungsprogramme, Erfahrungspartnerschaften mit anderen Betrieben oder Unternehmen und betrieblich verankerte Konfliktlotsensysteme gehören. Insofern kann die Mediation auch der Konfliktprävention dienen. Daneben wird eine prozessorientierte Organisationsentwicklung gefördert, die auf diese Lernprozesse angewiesen ist.

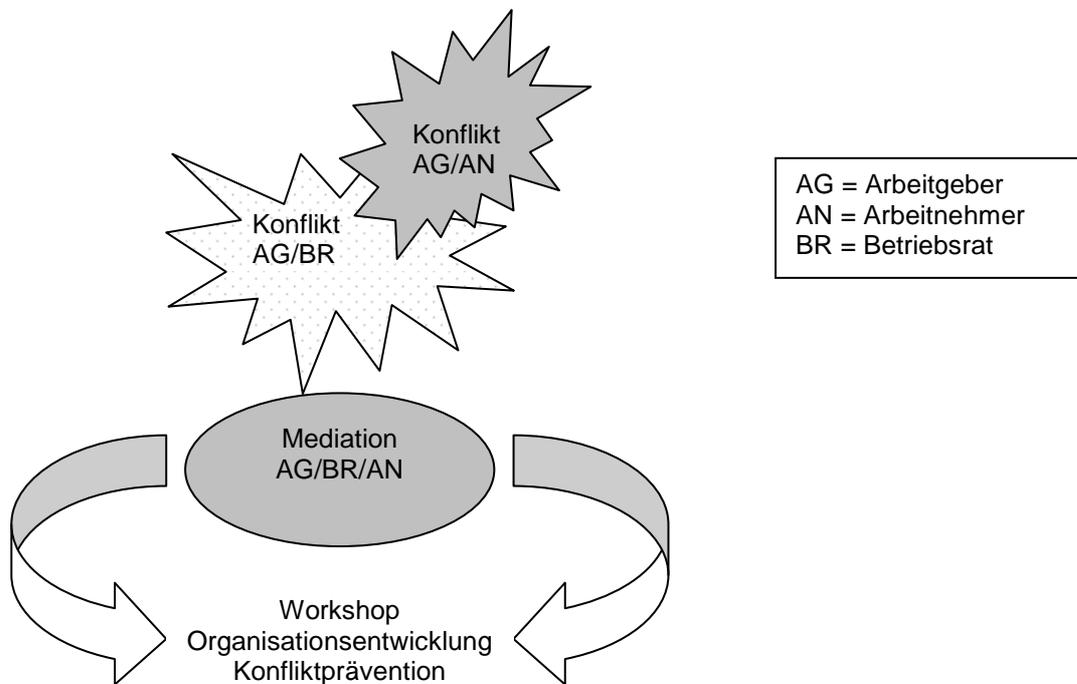
Die Mediation als Baustein und Grundlage für die spätere Organisationsentwicklung beschränkt sich nicht auf die Mediation betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte, weil alle Konflikte im Betrieb und Unternehmen letztlich als Indikator für strukturelle Defizite zu nutzen sind. Die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nach BetrVG bilden aber die typischen Konfliktpotenziale ab, die im Verhältnis zwischen Arbeitgeber, Führungskräften, Betriebsrat und Arbeitnehmern Konflikte auslösen können. Einstellungen, Versetzungen und Beförderungen, Kündigungen, Betriebsänderungen oder sonstige organisatorische Maßnahmen sind eben häufig zugleich Folge von und Nährboden für Konflikte. Werden sie in der Mediation behandelt, liefern die Mediationsergebnisse gewissermaßen einen Überblick über die betriebliche Konfliktkultur und über die Erfordernisse organisatorischer Veränderungen. Das gilt für kollektive Angelegenheiten ebenso wie für personelle Einzelmaßnahmen. In dem Maße, in dem es gelingt, den Betriebsparteien und sonstigen Betriebsangehörige im Wege der Mediation aus der Sackgasse gescheiterter Verhandlungen heraus zu helfen, in dem Maße sind die

---

<sup>132</sup> Zum Post Mediations Workshop vgl. Kerntke (FN 131), S. 181 ff.

Betriebsparteien auch befähigt, sich in den Prozess der Organisationsentwicklung einzubringen, um gemeinsam die betriebliche Zukunft zu gestalten.

**Abbildung 11** Vom Konflikt zur Organisationsentwicklung



## VI. Fazit

### 1. Zusammenfassung der Ergebnisse

#### a) Mediationseignung

Betriebsverfassungsrechtliche Konflikte eignen sich grundsätzlich für die Mediation. Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, die gemeinsamen Interessen im Betrieb und Unternehmen, die auf Dauer angelegte Zusammenarbeit der Betriebsparteien und die Komplexität des Streitstoffes sprechen für die eine Konfliktbehandlung durch Mediation.

<sup>133</sup> Kerntke (FN 131) S.132 ff.; Pühl, Organisations-Mediation im Kontext verwandter Beratungsverfahren in: Pühl Mediation in Organisationen (2003), S.165 ff.

## **b) Lösungsdefizite des Betriebsverfassungsrechts**

Das Betriebsverfassungsrecht setzt zwar ganz ausdrücklich auf Verhandlungslösungen. Die vorgegebenen Konfliktlösungsmuster zwingen die Betriebsparteien aber zur Einigung oder zur Akzeptanz fremder Entscheidungsmacht, die in den Händen des Einigungsstellenvorsitzes oder des Arbeitsgerichts liegt. Dadurch werden freie und interessenorientierte Verhandlungen beeinträchtigt. Der Einigungszwang fördert im Übrigen den Missbrauch betriebsverfassungsrechtlicher Konfliktlösungsinstrumente.

Die betriebsverfassungsrechtliche Auseinandersetzung konzentriert den Konflikt auf Rechtsfragen und unterscheidet nach kollektiver und individueller Rechtslage. Das gilt insbesondere für den Bereich der personellen Einzelangelegenheiten. Dadurch können die Interessen der Arbeitnehmer als Beteiligte eines sozialen Konflikts auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene nicht ausreichend berücksichtigt werden. Eine etwaige Einigung wird inhaltlich durch den erwarteten Ausgang eines streitigen Verfahrens in der Einigungsstelle und vor dem Arbeitsgericht bestimmt. Insofern orientieren sich die Verhandlungen und Lösungsansätze an den jeweiligen rechtlichen Vorgaben. Damit verengt sich der Lösungsraum, so dass eine umfassende und zukunftsweisende Konfliktlösung behindert wird.

## **c) Mediationsmodelle und Konfliktbewältigung**

Die Konfliktbehandlung in der Mediation kann die betriebsverfassungsrechtlichen Konfliktlösungsmuster sinnvoll ergänzen, weil das Betriebsverfassungsrecht keine abschließenden Regelungen zur Konfliktbereinigung beinhaltet. Die Modelle einer Vormediation bieten die größten Erfolgsaussichten, weil sie den Konflikt auf niedriger Eskalationsstufe bearbeiten können. Insofern empfehlen sich Betriebsvereinbarungen, die die Mediation für den Zeitpunkt verbindlich oder optional vorsehen, in dem die Betriebsparteien erkennbar unvereinbare betriebsverfassungsrechtliche Positionen beziehen und der Gang ins Einigungsstellenverfahren oder zum Arbeitsgericht unmittelbar bevorsteht. Im Verlaufe eines Einigungsstellerverfahrens kann das Modell der Zwischenmediation zur Deeskalation beitragen, Emotionen abbauen und damit Raum für echte Verhandlungslösungen schaffen. Auch die Zwischenmediation kann in Betriebsvereinbarungen institutionalisiert werden. Die Mediation kann darüber hinaus in die Arbeit betrieblicher

Ausschüsse und in das Beschwerdeverfahren integriert werden. Zur Behandlung von Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern eignen sich ergänzend Konfliktlotsensysteme, die in Betriebsvereinbarungen verankert sind. Dadurch werden Konflikte auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene vermieden.

Vormediation und Zwischenmediation setzen voraus, dass die Betriebsparteien dies wünschen und sich auf eine Vermittlungsperson verständigen können, die keine Entscheidungsmacht zur Regelung des Konflikts besitzt. Verhandlungszwang und Einigungsdruck werden dadurch gemindert. Die Freiwilligkeit des Verfahrens sichert die selbstbestimmte Lösungsfindung. Die Mediationsbeteiligten bestimmen selbst den Ablauf des Verfahrens, auch wenn die Vermittlungsperson auf die Einhaltung von Verfahrensprinzipien achten muss und das Verfahrensdesign im Einzelfall entwickeln wird.

Die Chancen der Mediation liegen vor allem in einer Ausweitung des Lösungsraums, weil über den konkreten Verhandlungsgegenstand hinaus sämtliche Lösungsoptionen einbezogen werden können. Im Bereich individueller Einzelmaßnahmen können betroffene Arbeitnehmer an der Mediation beteiligt werden, so dass deren Interessen im sozialen Konflikt Berücksichtigung finden. Dies gilt insbesondere für die Tätigkeit von Betriebsausschüssen und für das Beschwerdeverfahren auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene. Insgesamt schafft die Mediation im Vergleich zur betriebsverfassungsrechtlichen Konfliktbehandlung interessengerechte und zukunftsorientierte Lösungen.

Ein Kostenvorteil der Mediation kann sich aus der möglichen Vermeidung indirekter Kosten ergeben. Im Bereich der direkten Kosten ergeben sich keine Kostenvorteile aber auch keine Kostennachteile, wenn man die Erfolgsaussichten in der Mediation und in der streitigen Auseinandersetzung gleich bewertet.

Wenn die Mediation zur Lösung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte führt, können die Mediationsergebnisse als Baustein zur Organisationsentwicklung genutzt werden, insbesondere wenn umfassende Lösungen unter Beteiligung der Betriebsparteien und sonstiger konfliktbeteiligter Personen erarbeitet wurden. Die nachfolgende Organisationsentwicklung lässt sich ganz allgemein auf die betriebliche Organisation aber auch auf die Entwicklung von Konflikt-

managementsystemen beziehen. Insofern dient die Mediation auch der Konfliktprävention im Betrieb.

### 3. Ausblick

Die Chancen der Mediation zur Lösung betriebsverfassungsrechtlicher Konflikte werden zunehmend auch von den Vertretern der Tarifvertragsparteien positiv beurteilt. In der Praxis bedienen sich bereits viele Betriebsparteien der Mediation als Methode zur Konfliktbehandlung. Die Defizite der betriebsverfassungsrechtlichen Konfliktlösungsinstrumente werden offensichtlich von allen Beteiligten gesehen. Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften diskutieren gemeinsam auf Fachtagungen das Thema Wirtschaftsmediation als Alternative zu Stillstand und Einigungsstelle. Hervorgehoben wird insbesondere die Möglichkeit, in der Mediation umfassende Lösungen zu schaffen, die weder Sieger noch Besiegte kennt und die Konfliktlösungskultur im Unternehmen verbessern kann. Auch aus arbeitsgerichtlicher Sicht kann die Mediation ein positiveres Konfliktlösungsklima im Betrieb herbeiführen<sup>134</sup> und dadurch die Arbeitsgerichtsbarkeit entlasten. Der Erfolg der Methode wird davon abhängen, in welchem Maße sich die Betriebsparteien zukünftig auf die betriebliche Mediation einlassen. Die Arbeitsgerichte könnten die Mediation befördern, indem sie Arbeitsrichter als Mediatoren ausbilden lassen und die Mediation gerichtsintern anbieten. Damit würde sich zugleich die Bereitschaft entwickeln, in Einigungsstellenverfahren Modelle betrieblicher Mediation zu erproben oder das klassische Einigungsstellenverfahren zumindest mediationsgestützten Verhandlungen anzunähern. Erste Erfahrungen mit Mediationsangeboten beim Arbeitsgericht Hamburg<sup>135</sup> liegen inzwischen vor. Es bleibt zu hoffen, dass sich auch andere Arbeitsgerichte für Pilotprojekte dieser Art öffnen.

---

<sup>134</sup> Vgl. das im Anhang beigefügte Interview mit Horst-Dieter Krashöfer, Direktor des Arbeitsgerichts Hagen.

<sup>135</sup> Vgl. Welt Online – unter [www.welt.de/print-wams/article144498/Arbeitsgericht\\_bietet\\_jetzt\\_Mediation\\_an.html](http://www.welt.de/print-wams/article144498/Arbeitsgericht_bietet_jetzt_Mediation_an.html) – und [www.welt.de/print-welt/article157681/Arbeitsgerichte\\_ziehen\\_positive\\_Bilanz\\_der\\_Mediation-Verfahren.html](http://www.welt.de/print-welt/article157681/Arbeitsgerichte_ziehen_positive_Bilanz_der_Mediation-Verfahren.html)

<b>Abbildungsverzeichnis:</b>	<b>S.</b>	
Abbildung 1	Obligatorisch vereinbarte Vormediation	28
Abbildung 2	Optionale Vormediation	28
Abbildung 3	Zwischenmediation	30
Abbildung 4	Mediation bei Interessenausgleich und Sozialplan	36
Abbildung 5	Setting Betriebsversammlung	39
Abbildung 6	Setting Mediationssitzung	41
Abbildung 7	Verfahrensdesign Vormediation	44
Abbildung 8	Mediation bei personellen Einzelmaßnahmen	53
Abbildung 9	Mediation in Betriebsausschüssen	59
Abbildung 10	Konfliktlotsenmodell, Beschwerdeverfahren	64
Abbildung 11	Vom Konflikt zur Organisationsentwicklung	67

## Literaturverzeichnis:

- Annuß, Georg/Richardi, Reinhard/Thüsing, Gregor  
Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 10. Aufl., München 2006
- Andrelang, Christian  
Mediation arbeitsrechtlicher Konflikte. Verfahrenskompetenzen und Mediabilitätskriterien, Berlin 2003
- Albrecht, Britta  
Mediation im Arbeitsrecht, Frankfurt/a.M. 2001
- Breidenbach, Stephan  
Mediation - Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995
- Budde, Andrea  
Konflikt im System – System im Konflikt. Projektdokumentation QUAK. Unter Mitarbeit von Dr. Katja Werpes, Anke Bosse, Annette Löning und Hans-Peter Hüsich. Köln 2001.
- Budde, Andrea  
Mediation und Arbeitsrecht. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Implementierung von Mediation in Betrieben, Berlin 2003
- Budde, Andrea  
Betriebliche Konfliktlotsen in: Harald Pühl (Hrsg.), Mediation in Organisationen, S. 97 ff., Berlin 2003
- Budde Andrea  
Mediation im Arbeitsrecht in: Henssler, Martin & Koch, Ludwig (Hrsg.), Mediation in der anwaltlichen Praxis, 2. Aufl., Bonn 2004
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas  
Kommentar zum BetrVG, 10. Aufl., Köln 2006
- Dietz, Hannelore  
Werkstattbuch Mediation, Köln 2005.
- Düwell, Franz Josef/  
Lipke, Gert-Albert  
Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2005
- Ehlers, Harald  
Personalabbau in schwierigen Zeiten  
NJW 2003, 2336
- Eidenmüller, Horst  
Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 31 ff., Köln 1997
- Fauser, Florian N./  
Nacken, Michael  
Die Sicherung des Unterrichts- und Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG
- Fisher, Roger/Ury, William/  
Patton, Bruce  
Das Harvard-Konzept, 22. Aufl., Frankfurt-New York 2004  
Neuenhahn, Hans-Uwe  
Mediation – ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch in Deutschland  
NJW 2004, 663 ff.

- Fitting, Karl/Linsenmeier, Wolfgang/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebunger, Yvonne Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 23. Aufl., München 2006
- Gentz, Manfred Schutz gegen den Missbrauch (?) von Mitbestimmungsrechten NZA 2004, 1011 ff.
- Glasl, Friedrich Konfliktmanagement, 8. Aufl., Bern-Stuttgart-Wien 2004
- Göritz, Berthold/Hase, Detlef Pankau, Matthias Röhrich, Dietmar Rupp, Rudi Teppich, Helmut Handbuch Einigungsstelle, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2007
- Hager, Günter Konflikt und Konsens, Tübingen 2001
- Hess, Harald/Schlochauer, Ursula/Worzalla, Michael/Glock, Dirk Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl., München 2003 (Kurztitel HSWG)
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 2004
- Hunold, Wolf Die Einigungsstelle über eine Mitarbeiterbeschwerde NZA 2006, 1025 ff.
- Kerntke, Wilfried Mediation als Organisationsentwicklung, Bern-Stuttgart-Wien 2004
- Kracht, Stefan in: Handbuch der Mediation, S. 366 ff., München 2002
- Kraft, Alfons/Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas Weber, Christoph Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz Bd. I und II, 8. Auflage, Neuwied 2005
- Kramer, Barbara Mediation als Alternative zur Einigungsstelle im Arbeitsrecht? NZA 2005, 135 ff.
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans Mediation – eine interessengerechte Konfliktregelung, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 13 ff., Köln 1997
- Montada, Leo/Kals, Elisabeth Mediation – Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage, 2. Aufl., Weinheim Basel 2007
- Müller, Matthias Die Institution Betriebsrat aus personalwirtschaftlicher Sicht, WSI Mitteilungen 2005, 554 ff.

Neft,Hans/Ocker,Andreas	Die Einigungsstelle im Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1995
Neuenhahn, Hans-Uwe und Stefan	Die Begleitung des Mandanten durch den Rechtsanwalt in der Mediation NJW 2005, 1244 ff.
Neuenhahn, Hans-Uwe	Mediation – ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch in Deutschland NJW 2004, 663 ff.
Niederhoff, Horst-Udo	Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 2005
Pünnel, Leo	Die Einigungsstelle des BetrVG 1972, 3. Aufl., Neuwied - Frankfurt a.M. 1990
Senne, Holger	Gemeinsame Ausschüsse nach § 28 Abs.3 BetrVG, BB 1995,305 ff.
Stevens-Bartol,Eckart	Mediation im Arbeitsrecht, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 13 ff., Köln 1997
Tschöpe, Ulrich	Die Bestellung der Einigungsstelle - rechtliche und taktische Fragen NZA 2004, 945 ff.
Wiese, Günther	Individuum und Kollektiv im Betriebsverfassungsrecht NZA 2006, 1 ff.
Zartmann, Sylvie	Mediation im Arbeitsrecht, Diss., Köln 2003.