

Beiträge

Arbeitsrechtliche Verflechtungen i.R. energiewirtschaftsrechtlicher Entflechtung

Zur Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats gem. § 87 I BetrVG bei der Festlegung eines Gleichbehandlungsprogramms gem. § 8 V EnWG

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M./Kristin Spiekermann/Dr. Peter Stelzner, Bonn / Wesel*

Am 13.7.2005 ist das neue EnWG in Kraft getreten. I.R.d. umfangreichen Vorgaben zum organisatorischen Umbundling ist das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (EVU) verpflichtet, für die mit Tätigkeiten des Netzbetriebs befassten Mitarbeiter ein Gleichbehandlungsprogramm aufzustellen, in dem nach § 8 V 2 EnWG neben Pflichten dieser Mitarbeiter „mögliche Sanktionen“ festzulegen sind. Hierdurch soll die gesetzlich vorgeschriebene diskriminierungsfreie Ausübung des Netzgeschäfts praktisch sichergestellt werden.

Vor dem kollektivarbeitsrechtlichen Hintergrund einer grundsätzlichen zwingenden Einbeziehung des Betriebsrats in generellen sozialen Angelegenheiten, geht der folgende Beitrag der Frage nach, ob die Festlegung eines Gleichbehandlungsprogramms und insb. die „Festlegung“ möglicher Sanktionen gem. § 8 V EnWG der Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG unterliegt. I.R.d. Untersuchung wird zunächst (Teil I.) erörtert, ob mit den im EnWG enthaltenen Vorgaben zum Gleichbehandlungsprogramm eine gesetzliche Regelung besteht, die nach dem Einleitungssatz zu § 87 I BetrVG für eine Mitbestimmung von vornherein keinen Raum lässt. Von dem Befund ausgehend, dass hierdurch lediglich partiell das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen ist, wird in Teil II. der Frage nachgegangen, ob durch eine Verweisung auf allgemeine arbeitsrechtliche Sanktionsstufenfolgen durch die EVU die Mitbestimmungspflicht auslösenden Voraussetzungen des § 87 I Nr. 1 BetrVG erfüllt sind.

I. Vorrang einer gesetzlichen Regelung

Nach § 87 I (Einleitungssatz) BetrVG entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, soweit eine gesetzliche Regelung besteht. Hiermit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass für die Erreichung des Mitbestimmungszwecks, der in dem Schutz des Arbeitnehmers durch Teilhabe an den grundlegenden Entscheidungen in generellen sozialen Angelegenheiten des Betriebes besteht¹, kein Raum ist, soweit dem Arbeitgeber eine bindende Regelung aufgrund eines demokratische Legitimation verleihenden Gesetzes zwingend auferlegt wird. Demnach bestünde für eine Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG bei der Festlegung eines Gleichbehandlungsprogramms nach § 8 V EnWG schon dann kein Raum, wenn das EnWG eine gesetzli-

che Regelung i.S.v. § 87 I BetrVG darstellte, die kumulativ den folgenden Anforderungen genüge:

- bei der in Rede stehenden Norm handelt es sich um eine zwingende Gesetzesregelung,
- i.R.d. zwingenden Gesetzesregelung steht dem Arbeitgeber ein Gestaltungsrecht nicht zu.

1. § 8 V EnWG als zwingende Gesetzesregelung

Das EnWG stellt ein materielles Gesetz dar. Aufgrund der Formulierung des § 8 V 1 EnWG, nach der vertikal integrierte EVU verpflichtet sind, für die mit Tätigkeiten des Netzbetriebs befassten Mitarbeiter ein Programm mit verbindlichen Maßnahmen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Netzgeschäfts festzulegen, handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Vorschrift im materiellen Sinne. Der Arbeitgeber hat gerade keine Dispositionsbefugnis hinsichtlich des „Ob“ der Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms.

2. Inhaltliche Bindungswirkung des § 8 V EnWG

Wie bereits oben (I.) ausgeführt, ist der durch die notwendige Mitbestimmung vom Gesetzgeber angestrebte Schutz des Arbeitnehmers allerdings erst dann substantiell verwirklicht, wenn dem Arbeitgeber bei der Erarbeitung des Gleichbehandlungsprogramms ein Gestaltungsrecht nicht zusteht. Für zusätzliche abweichende Regelungen des Arbeitgebers besteht dann kein Raum. Hier ist zu differenzieren zwischen dem „Ob“ der Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms und dem „Wie“ der Ausgestaltung dieses Programms, insb. was die Festlegung von möglichen Sanktionen anbelangt. Da in Bezug auf den ersten Aspekt eine den Arbeitgeber bindende und keine Gestaltungsspielräume offen lassende Regelung durch Gesetz vorliegt, kann für die Frage,

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, die Zweitautorin ist ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterin, der Drittautor ist Gleichbehandlungsbeauftragter bei verschiedenen Unternehmen der RWE Energy-Gruppe.

1 Vgl. BAG NZA 1989, 887; BB 1992, 1418 (1424); 2000, 1195 (1196); Kohle, HaKo-BetrVG, § 87 Rdnr. 1; Matthes MünchArbR (Bd. 3) § 325 Rdnr. 1; Wiese, in: GK-BetrVG § 87 Rdnr. 56.

Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter www.ir.beck.de gelangt man auf die Homepage der IR
- Links unten befindet sich der **LOGIN-Bereich**: Einfach Benutzername und Passwort in das entsprechende Feld eintragen
- In das Suchfeld (GO-Suche) wird die sog. sechsstellige „becklink-Nummer“ eingegeben; diese Nummer befindet sich am Ende eines Beitrages oder einer Urteilsbesprechung in der jeweiligen Ausgabe der IR
- Der gesamte Inhalt der IR steht nun exklusiv zur Verfügung: sämtliche zitierte Entscheidungen und Dokumente können nun im Volltext ausgedruckt werden

ob vertikal integrierte EVU ein Gleichbehandlungsprogramm aufstellen, der eigentliche Zweck der Mitbestimmung des Betriebsrats nicht erreicht werden. Da jedoch § 87 I BetrVG die Mitbestimmungsbedürftigkeit nur insoweit ausschließt, als eine gesetzliche Regelung besteht, verdrängt die gesetzliche Formulierung als Schranke das Mitbestimmungsrecht zunächst partiell im Hinblick auf das „Ob“ der Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms.

§ 8 V 2 EnWG ordnet zwingend die „Festlegung“ von Pflichten und möglichen Sanktionen an. Hinsichtlich des Inhalts der festzulegenden Mitarbeiterpflichten ist das vertikal integrierte EVU an die zwingenden Vorgaben des EnWG gebunden, da es sich nach normensystematischer Interpretation gerade um solche Pflichten handeln muss, die geeignet und erforderlich sind, die diskriminierungsfreie Ausübung des Netzgeschäfts sicherzustellen. § 8 V EnWG gewährt dem Arbeitgeber damit keinen Gestaltungsspielraum dahingehend, Pflichten festzulegen, die nicht der zwingenden Sicherstellung des energiewirtschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots dienen. Hinsichtlich der Art der festzulegenden Sanktionen sowie ihrer näheren Ausgestaltung enthält § 8 V EnWG keine weiteren inhaltlichen Vorgaben, insb. gebietet die Norm nicht zwingend die Aufstellung eines detaillierte Unrechtstatbestände beinhaltenden Sanktionskataloges durch das vertikal integrierte EVU.

Eine derartige Interpretation der „Festlegung von möglichen Sanktionen“ ist auch im EnWG nicht angelegt. Der Arbeitgeber ist vielmehr befugt, in seinem Ermessen stehende Konkretisierungen vorzunehmen, die zum einen geeignet sein müssen, die Einhaltung des Gleichbehandlungsprogramms seitens der Arbeitnehmer sicherzustellen und zum anderen – wie jede in die Rechte des Arbeitnehmers eingreifende Regelung – dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen müssen. Für das „Wie“ der zu treffenden Maßnahmen i.R.d. gesetzlich vorgeschriebenen Festlegung von möglichen Sanktionen bestehen für den Arbeitgeber mehrere Möglichkeiten, angefangen von einer Verweisung auf die allgemeingültigen arbeitsrechtlichen Maßnahmen (Ermahnung, Abmahnung, Kündigung) bis zu einer katalogisierten einzelfallbezogenen Festschreibung der sanktionsbedürftigen Tatbestände und der Formulierung von hiermit konditional verknüpften Rechtsfolgen.

Die Frage der Aufstellung des Gleichbehandlungsprogramms einschließlich der festzulegenden Mitarbeiterpflichten zur Sicherstellung der Einhaltung des Gebots

der Nichtdiskriminierung ist hiernach als zwingende, insoweit keinen Gestaltungsspielraum belassende gesetzliche Regelung anzusehen, mithin das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG dießbezüglich abzulehnen.

Allein durch das bloße Bestehen einer grds. Ausgestaltungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber bei der Festlegung von möglichen Sanktionen wird eine Mitbestimmungspflicht nach § 87 I BetrVG jedoch nicht begründet. Vielmehr kommt es darauf an, ob durch die vom Arbeitgeber konkret vorgenommene inhaltliche Ausgestaltung der Sanktionen die Voraussetzungen des § 87 I Nr. 1 BetrVG erfüllt sind.

II. Verweisung auf allgemeine arbeitsrechtliche Sanktionsstufenfolgen

Wie bereits oben dargelegt (I., 2.) enthält das EnWG keine konkreten Vorgaben zur Ausgestaltung der festzulegenden Sanktionen. Jedes EVU kann grds. in seinem Ermessen stehende Konkretisierungen vornehmen.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass das Gleichbehandlungsprogramm gem. § 8 V EnWG einen formalen Rahmen darstellt, durch den gewährleistet werden soll, dass das Netzgeschäft insgesamt, ebenso wie einzelne Mitarbeiter und Angehörige des Managements, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung einhalten². Durch die in § 8 V 2 EnWG vorgesehene Festlegung von Sanktionen soll hiernach die Befolgung der aufgestellten Pflichten – bspw. die Pflicht zur Wahrung der Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen i.R. netzbetrieblicher Tätigkeiten nach § 9 EnWG – und damit die effektive Durchsetzung des Gleichbehandlungsprogramms sichergestellt werden. Die mit Tätigkeiten des Netzbetriebs befassten Mitarbeiter sollen zum einen angehalten werden, sich bei der konkreten Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung den Vorgaben des Gleichbehandlungsprogramms entsprechend zu verhalten.

Des Weiteren soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben werden, auf ein in der Missachtung von Pflichten des Gleichbehandlungsprogramms liegendes Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu reagieren. Um dies in der Praxis sicherzustellen, bedarf es nicht eines detaillierten Unrechtstatbestände aufweisenden Sanktionskatalogs, vielmehr kann das vertikal integrierte EVU lediglich generell auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Sanktionsstufenfolgen (Ermahnung, Abmahnung, Kündigung) verweisen um der Zielsetzung des EnWG, die Sicherstellung der diskriminierungsfreien Ausgestaltung des Netzbetriebs, effektiv nachzukommen.

Durch eine solche Verweisung auf allgemeine arbeitsrechtliche Sanktionen werden nicht die eine Mitbestimmungspflicht auslösenden Voraussetzungen des § 87 I Nr. 1 BetrVG erfüllt. Hiernach müsste die Verweisung eine Maßnahme darstellen, die das Ordnungsverhalten des Arbeitnehmers betrifft, da unmittelbar lediglich das Arbeitsverhalten betreffende Maßnahmen nicht dem Mitbestimmungsrecht unterliegen³. Nicht unter den

2 GD Energie und Verkehr, Vermerk zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt, Die Entflechtungsregelung, v. 16.1.2004, S. 13.

3 BAG NZA 1998, 1242 (1244); DB 1999, 958; DB 1999, 2218.

Mitbestimmungstatbestand fällt zudem die Ausübung individualrechtlicher Befugnisse, durch die der Arbeitgeber auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers reagiert, wobei unerheblich ist, ob die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers in einem Verstoß gegen die betriebliche Ordnung besteht oder Anordnungen über das Arbeitsverhalten betrifft⁴.

Mit der Verweisung auf allgemeine arbeitsrechtliche Sanktionen, die im Falle der Zuwiderhandlung gegen Pflichten aus dem Gleichbehandlungsprogramm ausgelöst werden können, verweist der Arbeitgeber implizit auf die ihm gesetzlich zugestandene Befugnis, die Erbringung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu kontrollieren. Insoweit besitzt die in einem Gleichbehandlungsprogramm niedergelegte Klausel, dass im Falle von Verstößen die allgemeinen arbeitsrechtlichen Maßnahmen eingeleitet werden können, lediglich deklaratorischen und nicht konstitutiven, das Mitbestimmungsrecht auslösenden Charakter. Zudem sind die allgemeinen arbeitsrechtlichen Sanktionen selbst als individualrechtliche Mittel zu qualifizieren, mit denen der Arbeitgeber in Ausübung seiner Organisations- und Leitungsmacht mitbestimmungsfrei auf eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers reagieren kann, indem er diesen bspw. durch eine Abmahnung auf sein pflichtwidriges Verhalten hinweist und für die Zukunft ein pflichtgemäßes Verhalten verlangt. Eine so verstandene „Festlegung“ von möglichen Sanktionen gem. § 8 V 2 EnWG stellt keine Katalogisierung betrieblicher Disziplinarmaßnahmen dar, die eine über eine arbeitsvertragliche Rüge hinausgehende Missbilligung und Sanktion aufweist, mit der Verstöße gegen die betriebliche Ordnung geahndet werden sollen. Zudem sind die arbeitsrechtlichen Sanktionsstufen der Ermahnung, Abmahnung und Kündigung hinsichtlich ihrer verhältnismäßigen Anwendung durch die ständige und höchstrichterliche Rechtsprechung der Arbeitsgerichte (Richterrecht im Range einfachen Gesetzesrechts) derart arbeitnehmerschützend definiert, dass vertikal integrierte EVU mit dieser allgemeinen Verweisung auf durch Richterrecht konsolidierte arbeitsrechtliche Sanktionen nicht den Anwendungsbereich eines mitbestimmungspflichtigen Betriebsbußenkatalogs betreffen.

Durch eine Verweisung auf allgemeine arbeitsrechtliche Sanktionen werden die Mitbestimmungspflicht auslösenden Voraussetzungen des § 87 I Nr. 1 BetrVG daher nicht erfüllt.

III. Fazit

Die Festlegung eines Gleichbehandlungsprogramms gem. § 8 V EnWG nach der hier niedergelegten Konzeption unterliegt nicht dem Mitbestimmungsvorbehalt des Betriebsrats gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG, obgleich sich selbstverständlich eine informelle Konsultation desselben empfiehlt. Dennoch sollte der Blick für weitere kollektiv- sowie individualarbeitsrechtliche Maßnahmen geschärft sein, die i.R.d. Umsetzung der energiewirtschaftsrechtlichen Unbundling-Vorgaben zu beachten sind. Die Gestaltung der Arbeitsverträge von Mitarbei-

tern des Netzbetriebs sowie die Berücksichtigung der Vorgaben des § 613a BGB bei der gesellschaftsrechtlichen Ausgliederung des Netzbetriebs nach § 7 EnWG sind weitere Beispiele für die arbeitsrechtlichen Verflechtungen i.R.d. energiewirtschaftsrechtlichen Entflechtung vertikal integrierter EVU.

4 BAGE 63, 169 (178); vgl. *Richardi*, BetrVG, § 87 Rdnr. 182.