

Kollektives Arbeitsrecht - Examinatorium unter Einbeziehung der Grundzüge des arbeitsgerichtlichen Verfahrens

§ 1 Aufbau einer betriebsverfassungsrechtlichen Falllösung

A. Formeller Teil

I. Zuständigkeit

Man hat die Rechtswegzuweisung und die örtliche Zuständigkeit voneinander zu unterscheiden.

Für die *Rechtswegzuweisung* (früher *sachliche Zuständigkeit*) ist die Regelung in den §§ 2, 2a ArbGG enthalten. Die *örtliche Zuständigkeit* ist dagegen, soweit das Urteilsverfahren Anwendung findet, in der ZPO geregelt (§ 46 ArbGG). Bei Entscheidung im Beschlussverfahren ergibt sie sich aus § 82 ArbGG.

Damit wird eine Besonderheit deutlich, die hier zu beachten ist. Mit der *Rechtswegzuweisung* verbindet das ArbGG zugleich die Festlegung über die *Verfahrensart*. Deshalb ist für die Feststellung, ob das Arbeitsgericht zuständig ist, eine präzise Subsumtion notwendig.

II. Verfahrensart

Für betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten ist das Beschlussverfahren die richtige Verfahrensart: § 2a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 - §§ 80 ff. ArbGG.

Nach dem Gesetzestext muss es sich um "Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz" handeln. Er ist allerdings missglückt; denn einerseits entscheidet das Arbeitsgericht nicht über alle Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Beschlussverfahren; andererseits ist er aber auch zu eng, weil das Beschlussverfahren auch dann die richtige Verfahrensart ist, wenn eine Angelegenheit nicht im BetrVG geregelt ist, sie aber die *betriebsverfassungsrechtliche Ordnung* betrifft. Rechtsdogmatisch zutreffend muss es deshalb heißen, dass Zuständigkeit des Arbeitsgerichts und Verfahrensart des Beschlussverfahrens gegeben sind, wenn es sich um eine *betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit* handelt. Nicht nur das, was im BetrVG "vorkommt", sondern auch das, was als Institution in seine Ordnung "hinein will", hat betriebsverfassungsrechtlichen Charakter.

Beispiel: Streitigkeit über die Zulässigkeit eines Sprecherausschusses leitender Angestellter; vgl. BAGE 27, 33 (37) und 46 (50 f.) = AP Nr. 9 und 10 zu § 5 BetrVG 1972. Seit der Verankerung im Sprecherausschussgesetz besteht nunmehr eine besondere Zuständigkeitsnorm in § 2a Abs. 1 Nr. 2 ArbGG.

Ob eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt, beurteilt sich - wie auch sonst für die Zuständigkeit eines Gerichts - nach dem *Streitgegenstand*. Der Streitgegenstand wird durch den Antrag und den zu seiner Konkretisierung vorgetragenen Sachverhalt bestimmt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff). Aus ihm muss sich ergeben, dass der Streit auf der Ebene der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung angesiedelt ist. Keine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht wird, und zwar auch dann, wenn der Anspruch ausschließlich von der richtigen Anwendung des BetrVG abhängt.

Beispiel: Ein Betriebsratsmitglied nimmt an einem von der IG Metall veranstalteten Schulungskurs teil. Er verlangt vom Arbeitgeber die Fortzahlung des Arbeitsentgelts für die Zeit der Arbeitsversäumnis und Ersatz der ihm entstandenen Aufwendungen und Kosten für die Teilnahme an der Schulung. Der Arbeitgeber bestreitet, dass auf der Schulungsveranstaltung Kenntnisse vermittelt wurden, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich sind. Von der Beantwortung dieser Frage hängt ab, ob der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts und auf Kostenerstattung besteht. Dennoch ist für die Bestimmungen der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts und der richtigen Verfahrensart allein das prozessuale Begehren, der Streitgegenstand, entscheidend: Hat der Anspruch seine Grundlage im Arbeitsverhältnis, so entscheidet das Arbeitsgericht im Urteilsverfahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a, Abs. 5 i.V. mit §§ 46 ff. ArbGG); ergibt der Anspruch sich aus dem Betriebsratsamt, so ist für die Entscheidung des Arbeitsgerichts das Beschlussverfahren die richtige Verfahrensart (§ 2a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i.V. mit §§ 80 ff. ArbGG).

Streitigkeiten über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts und dessen Höhe haben ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis und sind daher im Urteilsverfahren zu entscheiden.

Ebenso BAGE 25, 23 = AP Nr. 1 zu § 37 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 2 und 5 zu § 20 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 16 und 17 zu § 37 BetrVG 1972; siehe Klausur 1987/II.

Geht es dagegen um die Kostenerstattung, so ist Rechtsgrundlage § 40 BetrVG. Deshalb ist über den Anspruch im Beschlussverfahren zu entscheiden.

Ebenso BAGE 24, 459 (461) = AP Nr. 2 zu § 40 BetrVG 1972.

Wenn lediglich zweifelhaft ist, ob eine Arbeitsversäumnis nach § 37 Abs. 2 BetrVG notwendig oder eine Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG erforderlich war, läßt sich eine Verdoppelung der Verfahren und damit die Gefahr

divergierender Entscheidungen dadurch vermeiden, dass die Streitfrage selbst zum Streitgegenstand gemacht wird. Da es sich um eine betriebsverfassungsrechtliche Frage handelt, ist die richtige Verfahrensart das Beschlussverfahren. Die Rechtskraft der hier ergehenden Entscheidung entfaltet Präjudizialitätswirkung auch auf einen Rechtsstreit, der im Urteilsverfahren entschieden wird, so dass bei einer späteren Lohnklage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bindend festgestellt ist, ob beispielsweise die Teilnahme an einer Schulung eine Arbeitsversäumnis ohne Minderung des Arbeitsentgelts rechtfertigt.

Ebenso BAG AP Nr. 5 zu § 65 BetrVG 1972.

Betriebsverfassungsrechtliche Fragen können auch sonst durch eine *Inzidententscheidung* im Rahmen des Urteilsverfahrens beantwortet werden. Wenn beispielsweise zweifelhaft ist, ob eine Kündigung wirksam ist, weil der Betriebsrat nicht gehört wurde, so ist für die Streitigkeit das Arbeitsgericht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b ArbGG zur Entscheidung im Urteilsverfahren zuständig, obwohl die hier maßgebliche Form, die für den Rechtsstreit entscheidend ist, in § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG enthalten ist.

Nur am Rand sei hier bereits schon bemerkt, dass auch sonst die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsregelung auf die individualrechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Einfluss hat. Bei der Anhörung des Betriebsrats ist zu beachten, dass der Arbeitgeber auch die Kündigungsgründe mitteilen muss, insbesondere auch die Gründe, die bei einer betriebsbedingten Kündigung zu der von ihm beabsichtigten sozialen Auswahl geführt haben (vgl. BAGE 45, 277). Der Arbeitgeber braucht aber im Anhörungsverfahren nur seinen *Kündigungsentschluss* zu begründen, braucht also nicht alle Gründe mitzuteilen, die für die Kündigung überhaupt in Betracht kommen. Eine Begrenzung hat allerdings zur Folge, dass der Arbeitgeber im Kündigungsrechtsstreit keine Kündigungsgründe nachschieben kann, die er nicht dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren mitgeteilt hat (vgl. BAGE 34, 309 und 35, 190 = AP Nr. 22 und 23 zu § 102 BetrVG 1972). Dabei handelt es sich aber nicht um eine Frage der *Zulässigkeit*, sondern es ist im Rahmen der *Begründetheit* das Verwertungsverbot zu beachten, soweit es darum geht, ob die vom Arbeitgeber vorgetragenen Gründe ausreichen, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

III. Problem der Antragsberechtigung

Für das Beschlussverfahren gilt, wie häufig formuliert wird, die *Offizialmaxime*. Gemeint ist damit aber nur, dass nicht wie im zivilprozessualen Verfahren der Verhandlungsgrundsatz, sondern der Untersuchungsgrundsatz gilt (§ 83 ArbGG): Dagegen gilt auch für das Beschlussverfahren, dass es nur auf Antrag eingeleitet wird (§ 81 ArbGG).

1. Doppelte Bedeutung des Begriffs des Beteiligten

Damit stellt sich die Frage, wer berechtigt ist, das Beschlussverfahren in einem konkreten Fall einzuleiten. Man hat hier wie auch sonst zwischen der *Fähigkeit*, einen Antrag zu stellen, und der *Befugnis*, im konkreten Fall das Beschlussverfahren einzuleiten, zu unterscheiden. Die Besonderheit des Beschlussverfahrens wird dadurch gekennzeichnet, dass in dem Verfahren der Arbeitgeber, die Arbeitnehmer und die Stellen zu hören sind, die nach dem BetrVG im einzelnen Fall beteiligt sind (§ 83 Abs. 3 ArbGG). Zunächst muss also die Parteifähigkeit gegeben sein, wobei hier die betriebsverfassungsrechtliche Besonderheit zu beachten ist, dass der Betriebsrat bei einer betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeit Beteiligter ist (vgl. § 10 ArbGG).

Von der Beteiligtenfähigkeit ist zu unterscheiden, wer im konkreten Fall Beteiligter ist und insbesondere, wer den Antrag stellen kann. Die Antragsberechtigung entspricht hier also der Prozessführungsbefugnis.

Die Formel, die hier verwandt wird, lautet im allgemeinen: *Beteiligt und antragsberechtigt ist, wer durch die begehrte Entscheidung unmittelbar betroffen wird.*

2. Feststellung der Antragsberechtigung

Ob jemand antragsberechtigt ist, richtet sich nach dem Streitgegenstand. Die Antragsberechtigung liegt vor, wenn jemand geltend macht, ein Recht zu haben; denn es soll gerichtlich geklärt werden, ob das Recht besteht. Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass die Antragsberechtigung nicht etwa davon abhängt, ob das Recht besteht; denn dies festzustellen, ist gerade Grund, weshalb das Beschlussverfahren eingeleitet wird.

Macht z.B. der Betriebsrat geltend, er habe ein Recht auf Beteiligung, so bereitet die Feststellung der Antragsberechtigung keine besonderen Rechtsanwendungsprobleme. Sie braucht deshalb nicht besonders behandelt zu werden. Auf sie einzugehen, ist deshalb nur notwendig, wenn entweder ein *fremdes Recht* geltend gemacht wird oder für die Antragsberechtigung eine *besondere Gesetzesregelung* besteht. Im ersteren Fall geht es um das Problem der *Prozess-Standschaft*.

Beispiel: Bei der tarifvertraglichen Arbeitszeitverkürzung nach dem Leber-Modell war vorgesehen, dass die Dauer und Lage der Arbeitszeit entsprechend den tarifvertraglichen Vorgaben durch Betriebsvereinbarung festgelegt werden. Die IG Metall will festgestellt wissen, dass eine Be-

etriebsvereinbarung gegen den Tarifvertrag verstößt. Sie nimmt in diesem Fall keine eigenen Rechte aus der Betriebsverfassung wahr. Ihr fehlt daher für einen Antrag mit diesem Streitgegenstand die Antragsbefugnis.

BAG AP Nr. 6 zu § 81 ArbGG 1979.

Sie hat eine Antragsbefugnis nur unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG.

Vgl. aber auch den Burda-Fall BAG AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; zum Beschlussverfahren als Verfahrensart für den Unterlassungsantrag einer Gewerkschaft, der sich gegen die Durchführung oder den Abschluss von Betriebsvereinbarungen richtet, BAG NZA 2001, 1037 ff.

Eine besondere Regelung der Antragsberechtigung besteht für die Anfechtung einer Betriebsratswahl in § 19 Abs. 2 BetrVG. Die Antragsberechtigung muss noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Anhörung in der Rechtsbeschwerdeinstanz bestehen. Entfällt sie während des Verfahrens, so wird der Antrag unzulässig (Problem der Erledigung des Verfahrens). Wird das Wahlanfechtungsverfahren von drei Arbeitnehmern eingeleitet, so wird der Antrag zwar nicht unzulässig, wenn die Arbeitnehmer während der Dauer des Beschlussverfahrens aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden;

BAG AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972 unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung.

es muss aber von wenigstens drei Arbeitnehmern weiter betrieben werden.

Der Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste ist keine Voraussetzung der Wahlanfechtung.

BAG AP Nr. 2 und 3 zu § 19 BetrVG 1972 - für die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften; BAG AP Nr. 1 zu § 24 BetrVG 1972 - für den Arbeitgeber.

Keine besondere Regelung besteht für die Anfechtung der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters; aber Bindung der Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit an ein besonderes Verfahren in entsprechender Anwendung des § 19 BetrVG.

Vgl. BAGE 69, 228 = AP Nr. 10 zu § 26 BetrVG 1972.

3. Rechtsfolgen der Beteiligtenstellung

Das Arbeitsgericht hat im Beschlussverfahren von Amts wegen alle zu beteiligen, die, wie es in § 83 Abs. 3 ArbGG heißt, "im einzelnen Fall beteiligt sind", also von der Entscheidung in ihrer Rechtsstellung materiell betroffen werden. Teilweise ist besonders gesetzlich geregelt, wer zu beteiligen ist, z.B. in § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

Die Beteiligtenstellung im Beschlussverfahren hat Auswirkungen auf die personellen Grenzen der *materiellen Rechtskraft*, denn § 325 Abs. 1 ZPO gilt entsprechend auch im Beschlussverfahren für den Beschluss. Die Zustimmungsersetzung nach § 103 BetrVG wirkt deshalb auch für und gegen den betroffenen Arbeitnehmer. Das hat Bedeutung, wenn ein Betriebsratsmitglied die mit Zustimmung des Arbeitsgerichts ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit der Feststellungsklage angreift. Hier besteht *Verschiedenheit des Streitgegenstandes*, so dass der Kündigungsklage nicht die materielle Rechtskraft des Beschlusses als negative Prozessvoraussetzung entgegensteht; die im Beschlussverfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung entfaltet aber insoweit eine *Präjudizialitätswirkung*, als es um die Frage geht, ob ein wichtiger Grund vorgelegen hat.

Grundlegend BAGE 27, 113 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972.

IV. Spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Rechtsschutzvoraussetzungen

Die Zulässigkeit der Einleitung eines Beschlussverfahrens kann in bestimmten Fällen davon abhängen, dass weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Das gilt beispielsweise für die Wahlanfechtung, die nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet, zulässig ist. Da nach ihrem Ablauf die Mängel geheilt sind, soweit sie nicht so gravierend sind, dass man die Wahl sogar als nichtig anzusehen hat, sehen Rechtsprechung und Literatur in der Anfechtungsfrist eine *materiell-rechtliche Frist*.

BAGE 16, 1 (8) = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG.

Diese Beurteilung hat zur Folge, dass man den Antrag nach Ablauf der Wahlanfechtungsfrist zwar als zulässig, aber als nicht begründet abweisen muss.

In bestimmten Fällen geht es dagegen eindeutig um ein Problem der Rechtsschutzvoraussetzung:

1. Spruch der Einigungsstelle in einer Mitbestimmungsangelegenheit bei einem Rechtsstreit über das Bestehen des Mitbestimmungsrechts

Der Spruch der Einigungsstelle ist *keine Prozessvoraussetzung* für ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren, in dem über das Bestehen des Mitbestimmungsrechts gestritten wird.

BAGE 36, 385 und 37, 102 = AP Nr. 10 und 11 zu § 76 BetrVG 1972;
BAGE 38, 148 = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Vorschlagswesen;

BAGE 43, 278 und BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (insoweit nicht veröffentlicht in BAGE 44, 285, [290]).

Können Arbeitgeber und Betriebsrat sich in einer nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht einigen, so entscheidet die Einigungsstelle verbindlich (§ 87 Abs. 2 BetrVG). Da die Einigungsstelle für den konkreten Mitbestimmungskonflikt gebildet wird, wenn keine ständige Einigungsstelle besteht, darf ihre Errichtung in Mitbestimmungsangelegenheiten nicht daran scheitern, dass die eine oder andere Seite sich verweigert. Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden oder die Zahl der Beisitzer nicht zustande, so entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren (§ 76 Abs. 2 Satz 2 und 3 BetrVG). Vorfrage ist insoweit, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht; denn nur bei Bestehen eines Mitbestimmungsrechts kann die Einigungsstelle auf Antrag einer Seite gebildet werden. Hier besteht aber die **Gefahr der Verzögerung**, wenn der Antragsgegner ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestreitet. Deshalb besteht für das sog. *Besetzungsverfahren* eine besondere Regelung in § 98 Abs. 1 ArbGG:

- Über die Besetzung entscheidet nicht die nach dem Geschäftsverteilungsplan in Betracht kommende Kammer des sachlich und örtlich zuständigen Arbeitsgerichts, sondern deren Vorsitzender entscheidet allein.
- Wegen fehlender Zuständigkeit der Einigungsstelle kann der Antrag nur zurückgewiesen werden, "**wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist**" - *Rechtsmissbrauchkontrolle*.

Die **Einigungsstelle** muss, da ihr Spruch die von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen zu respektieren hat, prüfen, ob und wie weit ein Mitbestimmungsrecht besteht. Sie hat also insoweit die **Vorfragenkompetenz**. Wird ihre Zuständigkeit also bestritten, so kann sie darüber eine Entscheidung treffen, braucht also das Verfahren *nicht einzustellen* oder *auszusetzen*, bis das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren entschieden hat.

Ebenso BAG AP Nr. 1 zu § 111 BetrVG 1972, seitdem mehrfach bestätigt, z.B. BAGE 32, 350 (359) = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Der Gerichtsschutz wäre andererseits verkürzt, wenn der Arbeitgeber erst den Spruch der Einigungsstelle abwarten müsste, bevor er das Arbeitsgericht anrufen könnte. Da eine Verzögerung des Einigungsstellenverfahrens durch die Anrufung des Arbeitsgerichts nicht eintreten kann, ist die Durchführung des Einigungsstellenverfahrens keine Rechtsschutzvoraussetzung für die Anrufung des Arbeitsgerichts, um klären zu lassen, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht.

2. Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats als Rechtsschutzvoraussetzung

a) **Besonderer Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung.** Nach § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern (und sonstigen Funktionsinhabern innerhalb der Betriebsverfassung) der Zustimmung des Betriebsrats. Das Arbeitsgericht kann allerdings auf Antrag des Arbeitgebers die Zustimmung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Das ist allerdings nur möglich, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert. Die Beteiligung des Betriebsrats ist also eine **Verfahrensvoraussetzung**. Da das Gesetz für die Erteilung der Zustimmung bzw. deren Verweigerung durch den Betriebsrat keine Frist gesetzt hat, wendet man § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG analog an, so dass die Zustimmung des Betriebsrats spätestens innerhalb von drei Tagen seit der Mitteilung durch den Arbeitgeber vorliegen muss.

BAGE 29, 270 (276) = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972.

Das Schweigen des Betriebsrats gilt hier jedoch nicht als Zustimmung zur Kündigung, sondern als *Zustimmungsverweigerung*.

Ebenso BAGE 29, 270 (277 f.) = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972.

Das Arbeitsgericht ersetzt die Zustimmung des Betriebsrats, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Es hat also zu prüfen, ob ein *wichtiger Grund* i.S. des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

BAGE 26, 219 (255) = AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972.

Da der Arbeitgeber aber die außerordentliche Kündigung innerhalb der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklären muss, hat die Fristversäumung in diesem Fall zur Folge, dass eine außerordentliche Kündigung nicht mehr erklärt werden kann. Wenn der Arbeitgeber es daher versäumt, das Zustimmungsersetzungsverfahren innerhalb der *Ausschlussfrist* des § 626 Abs. 2 BGB einzuleiten, ist sein Antrag zwar zulässig, aber nicht begründet.

BAGE 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972.

Nur am Rand sei hier bemerkt, dass § 626 Abs. 2 BGB nicht die Notwendigkeit einer Einschaltung des Betriebsrats berücksichtigt. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung nicht mehr innerhalb von zwei Wochen erklären; es genügt deshalb, dass er innerhalb der Ausschlussfrist den Betriebsrat beteiligt und bei Zustimmungsverweigerung das Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht einleitet, um die Zustimmung des Betriebsrats ersetzen zu lassen.

BAGE 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972.

Erklärung der außerordentlichen Kündigung in entsprechender Anwendung des § 91 Abs. 5 SGB IX.

b) Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einstellung, Versetzung, Eingruppierung und Umgruppierung von Arbeitnehmern. Die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats ist weiterhin eine Rechtsschutzvoraussetzung für die Anrufung des Arbeitsgerichts, um bei einer nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Einstellung, Versetzung, Eingruppierung oder Umgruppierung die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 4 BetrVG zu ersetzen.

Nach der gesetzlichen Konzeption muss, wenn der Betriebsrat nach ordnungsmäßiger Beteiligung die Zustimmung frist- und formgerecht verweigert hat, der Arbeitgeber vom Arbeitsgericht im Beschlussverfahren überprüfen lassen, ob ein Zustimmungsverweigerungsgrund vorliegt, wenn er die personelle Maßnahme gleichwohl durchführen will. Man hat deshalb hier zu unterscheiden, ob es um das *Zustimmungsersetzungsverfahren* nach § 99 Abs. 4 BetrVG geht oder ob Gegenstand des Rechtsstreits die folgenden Fragestellungen sind:

- Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu beteiligen?
- Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt?
- Hat der Betriebsrat der personellen Maßnahme frist- und formgerecht widersprochen, wobei hier von Bedeutung sein kann, ob die vom Betriebsrat angegebene Begründung ausreichend war (vgl. Richardi, BetrVG, § 99 RdNr. 263 ff.; s. BAG AP Nr. 1 und 3 zu § 101 BetrVG 1972; vor allem BAG AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972)?

Macht der Betriebsrat geltend, dass der Arbeitgeber die personelle Maßnahme unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts durchgeführt hat, so hat er das Recht, das in § 101 BetrVG geregelte *Mitbestimmungssicherungsverfahren* einzuleiten. Der Antrag des Betriebsrats ist begründet, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht beteiligt oder die personelle Maßnahme trotz einer rechtswirksamen Zustimmungsverweigerung durchgeführt hat; er ist weiterhin bei einer vorläufigen personellen Maßnahme begründet, wenn der Arbeitgeber sie entgegen § 100 Abs. 2 Satz 3 oder Abs. 3 BetrVG aufrechterhält. Hier stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber dem Betriebsrat entgegenhalten kann, dass ein **Zustimmungsverweigerungsgrund fehlt**. Der Arbeitgeber kann jedoch nur einwenden, dass die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats nicht rechtswirksam ist, während ein Streit über das Bestehen des Zustimmungsverweigerungsgrundes gerade den Gegenstand des *Zustimmungsersetzungsverfahrens* bildet. Da die Zustimmungsverweigerung eine Rechtsschutzvoraussetzung für das Zustimmungsersetzungsverfahren darstellt, kann der Arbeitgeber im Mitbestimmungssicherungsverfahren auch

nicht hilfsweise den Antrag auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu der vorgenommenen personellen Maßnahme stellen.

Ebenso BAG AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972.

Bei Ein- und Umgruppierungen kann der Betriebsrat nicht die „Aufhebung“ einer unzutreffenden Ein- oder Umgruppierung verlangen; denn diese ist nur ein Akt der Rechtsanwendung. Der Betriebsrat kann deshalb nach § 101 BetrVG nur beantragen, dass dem im Zustimmungsersetzungsverfahren erfolglos gebliebenen Arbeitgeber aufgegeben wird, ein erneutes Beteiligungsverfahren einzuleiten, das die Eingruppierung in eine andere Vergütungsgruppe vorsieht.

BAG AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung.

V. Rechtsschutzinteressen

Bei einem Rechtsstreit über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts wird im allgemeinen ein Feststellungsantrag gestellt. Dabei hat man allerdings zu beachten, dass bei einem Feststellungsantrag auch im Beschlussverfahren § 256 Abs. 1 ZPO anzuwenden ist.

Ebenso BAGE 41, 92 (100) = AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972.

Deshalb genügt nicht, dass man lediglich die Feststellung eines Tatbestandsmerkmals beantragt, von dem das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts abhängt, sondern notwendig ist, dass der Feststellungsantrag sich auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten bezieht.

Von der zutreffenden Ermittlung des Feststellungsantrags hängt außerdem ab, was den Streitgegenstand des Beschlussverfahrens bildet. Das ist vor allem von Bedeutung, soweit beantragt wird, ob der Betriebsrat bei der Einführung von Datensichtgeräten mitzubestimmen hat; denn eine Mitbestimmung des Betriebsrats kommt hier unter verschiedene rechtlichen Gesichtspunkten in Betracht, nämlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 6, § 87 Abs. 1 Nr. 7 und § 91 sowie nach § 111 Satz 2 Nr. 4 oder 5 BetrVG.

Lehrreich BAGE 44, 285 = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

B. Materiell-rechtlicher Teil

Für den materiell-rechtlichen Teil ergibt sich der Aufbau unmittelbar aus dem Gesetz. Macht der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht geltend, so hat die Norm, auf die das Begehren gestützt wird, dieselbe Funktion wie bei einer bürgerlich-rechtlichen Klausur die Anspruchsnorm.

§ 2 Aufbau einer personalvertretungsrechtlichen Klausur

Personalvertretungsrechtliche Streitigkeiten, s. § 83 BPersVG, Art. 81 BayPVG.

Soweit eine personalvertretungsrechtliche Problematik eine Vorfrage darstellt, ist zu beachten, dass Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis das Arbeitsgericht im Urteilsverfahren, Streitigkeiten aus einem Beamtenverhältnis das Verwaltungsgericht im Klageverfahren entscheidet.

Die Abgrenzung zwischen der Betriebsverfassung und der Personalvertretung richtet sich ausschließlich danach, wer Inhaber des Betriebs ist. Ist der Rechtsträger der Staat oder sonst eine juristische Person des öffentlichen Rechts, so gilt nicht das Betriebsverfassungsgesetz (§ 130 BetrVG), sondern es findet das Personalvertretungsrecht Anwendung. Für den Bund und die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt das Bundespersonalvertretungsgesetz, sonst das Bayerische Personalvertretungsgesetz.

Weder unter das Betriebsverfassungsgesetz noch unter die Personalvertretungsgesetze fallen die Religionsgemeinschaften, also vor allem die Kirchen und ihre karitativen oder erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform. Grund ist die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts nach Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 Abs. 3 WRV. Die Verfassungsgarantie gilt auch, soweit karitative oder erzieherische Einrichtungen in selbständiger Rechtsform betrieben werden, sofern sie der Kirche zugeordnet sind. In kirchlichen Einrichtungen richtet sich die Betriebsverfassung nach den kircheneigenen Mitarbeitervertretungsgesetzen. Für Streitigkeiten über die Gestaltung des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts und über die in ihm eingeräumten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte ist der Rechtsweg zu den staatlichen Arbeitsgerichten nicht gegeben.

BAGE 51, 238 = AP Nr. 25 zu Art. 140 GG; BAG vom 25.4.1989 - 1 ABR 88/87.

§ 3 Aufbau einer mitbestimmungsrechtlichen Klausur

I. Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats

§§ 98, 99 AktG (§ 6 Abs. 3 Satz 1 MitbestG) – Landgerichts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

II. Wahl und Abberufung der Arbeitnehmervertreter

§ 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG – Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren.

III. Sonstige Streitigkeiten – ordentlicher Rechtsweg

S. BGHZ 83, 106, 144 und 151 – die Zuständigkeit richtet sich nach dem Gerichtsverfassungsgesetz (also regelmäßig Landgericht), das Verfahren nach der Zivilprozeßordnung.

§ 4 Gewerkschaftsmitbestimmung und Betriebsratsbeteiligung bei der Regelung der Vergütung

Sachverhalt

Die Horch-GmbH, die dem Arbeitgeberverband der Metallindustrie angehört, stellt Spritzgußteile für den Automobilbau her. Sie betreibt ein Zweigwerk in Regensburg. Da ihre Hauptabnehmer vom 15.3. bis 8.4.1999 von einem Arbeitskampf betroffen waren und deshalb die Abnahme der Spritzgußteile erheblich eingeschränkt wurde, sah sie sich gezwungen, den Betrieb der Abteilung A, die für die Produktion der bestreikten Automobilwerke tätig ist, vom 1. bis 8.4.1999 einzustellen.

In einer Betriebsversammlung am 5.4.1999 erklärten Arbeitnehmer der Abteilungen B und C des Produktionsbetriebs, sie würden aus Protest gegen diese kalte Aussperrung ihrer Arbeitskollegen ihre Arbeit niederlegen. Nur durch einen Streik könne man außerdem erreichen, daß der Arbeitgeber die Anrechnung der seit dem 1.3.1999 geltenden Tariflohnerhöhung auf die übertariflichen Zulagen in Höhe von 1,50 DM rückgängig mache.

Nachdem ein Teil der Arbeitnehmer in den Abteilungen B und C, unter ihnen der Arbeiter Alois Huber, die Arbeit niedergelegt hatte, erklärte die GmbH mit einem Einschreibebrief, der am 6.4.1999 abgesandt wurde, die Arbeitsverhältnisse für fristlos aufgelöst. Alois Huber, den der Postbote am 8.4.1999 nicht antraf und der deshalb das Kündigungsschreiben erst am 14.4.1999 erhielt, erhob am 30.4.1999 vor dem Arbeitsgericht Klage gegen die Horch-GmbH auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei.

Gliederung

- A. Entscheidung des Arbeitsgerichts Regensburg über die Feststellungsklage
 - I. Zulässigkeit der Klage
 - 1. Zuständigkeit des Arbeitsgerichts
 - 2. Verfahrensart
 - 3. Klagefrist?
 - II. Begründetheit der Klage
 - 1. Außerordentliche Kündigung
 - 2. 3-Wochen-Frist des § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG
 - 3. Streikbeteiligung als wichtiger Grund i.S. des § 626 BGB
 - 4. Beteiligung des Betriebsrats (arbeitskampfkongforme Interpretation).

- B. Anspruch auf Nachzahlung des Arbeitsentgelts und auf Zahlung der Tariflohnerhöhung
 - I. Nachzahlung des Arbeitsentgelts
 - 1. Anspruchsgrundlage
 - 2. Aussperrung
 - 3. Stilllegungsbefugnis
 - 4. Arbeitsentgeltrisiko nach der Arbeitskampsrisikolehre
 - II. Anspruch auf die Tariflohnerhöhung
 - 1. Anspruchsgrundlage
 - 2. Beiderseitige Tarifgebundenheit
 - 3. Günstigkeitsprinzip
 - 4. Mitbestimmung des Betriebsrats als Wirksamkeitsvoraussetzung