

Skript zur Vorlesung

„Individuelles und kollektives Arbeitsrecht“

Sommersemester 2019

Block B

„Kollektives Arbeitsrecht“

von

Prof. Dr. Gert-Albert Lipke

Block B

„Kollektives Arbeitsrecht“

A. Tarifvertragsrecht.....	4
I. Tarifrecht im Überblick.....	4
II. Eingeschränkte Gestaltungsfreiheit bei tariflichen und übertariflichen Leistungen	7
1. Effektivklauseln	7
2. Differenzierungsklauseln	8
3. Verzicht auf Tarifrechte	8
B. Arbeitskampfrecht.....	9
I. Arbeitskampfrecht.....	9
1. Begriff	9
2. Verfassungsrecht.....	9
3. Formen des Arbeitskampfes.....	9
4. Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes	9
5. Schadensersatz.....	10
6. Abwehraussperrung	11
7. Arbeitsentgeltansprüche	11
8. Mitbestimmung des Betriebsrats	12
9. Schlichtungsverfahren	12
10. Kirchliche Einrichtungen.....	12
II. Rechtmäßigkeitskriterien für einen Streik nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	13
III. Auszahlung von Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld bei Arbeitskampf.....	14
C. Betriebsverfassungsrecht	15
I. Betriebsverfassungsrecht im Überblick.....	15
1. Errichtung des Betriebsrats	15
2. Treu und Glauben in der Betriebsverfassung	15
3. Zugangsrecht und Wirkungskreis	15
4. Amtsdauer und Kündigungsschutz	15
5. Beteiligungsrechte des Betriebsrates	15
6. Verhältnis zu Gesetz und Tarifvertrag	16

II. Betriebsverfassungsrecht I	17
1. Geltungsbereich	17
2. Magna Charta des Betriebsverfassungsrechts	17
3. Gleichheitssatz und Billigkeit	17
4. Wahlberechtigung; Betrieb und Unternehmen	17
5. Beteiligungsrechte des Betriebsrats	19
6. Betriebsvereinbarung	19
7. Verhältnis Betriebsvereinbarung zum Arbeits- und Tarifvertrag	20
8. Grenzen der Betriebsvereinbarung	20
III. Betriebsverfassungsrecht II	22
1. Königsrecht „Mitbestimmung“	22
2. Schutz des Mitbestimmungsrechts	22
3. Vetorecht	22
4. Personelle Maßnahmen	23
5. Anhörungsrecht bei Kündigung	24
6. Unterrichts- und Beratungsrechte	25
7. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in der Zusammenschau	25
IV. Ablauf der Beteiligung des Betriebsrats bei ordentlicher Kündigung	26
Kündigungsabsicht	26
Kündigung Arbeitgeber	26

A. Tarifvertragsrecht

I. Tarifrecht im Überblick

1. Tarifvertrag ist **schriftlich** zu vereinbaren

- entweder zwischen **Gewerkschaft** und **Arbeitgeberverband**
- oder zwischen **Gewerkschaft** und einem **Arbeitgeber** (sog. Haustarifvertrag)
- Klärung der **Tariffähigkeit und der Tarifzuständigkeit** vor Gericht (§§ 97, 2 a Abs. 1 Nr. 4arbGG)

2. Tarifvertrag legt fest (§ 1 Tarifvertragsgesetz = TVG)

- a) **Schuldrechtliche Verpflichtungen** zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber/-verband
 - Durchführungspflicht
 - Friedenspflicht
- b) **Inhaltsnormen** für **tarifgebundene** Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 4abs. 1 TVG)
 - Inhaltsregelungen (z.B. Arbeitsentgelthöhe)
 - Abschlussregelungen (z.B. Formvorschriften wie die Schriftlichkeit von Arbeitsvertrag und Kündigung)
 - Betriebsnormen (z.B. Rauchverbot), gelten auch für Nichttarifgebundene
 - Erweiterung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte des Betriebsrates (z.B. Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder), gelten auch für Nichttarifgebundene
- c) **Ausschlussfristen**, nach denen nicht geltend gemachte **tarifliche Rechte** von Arbeitnehmern und Arbeitgebern verirken (§ 4abs. 4 Satz 3 TVG)

3. Tarifverträge können **nicht** in **zwingendes gesetzliches Recht eingreifen**, zu- meist herrscht aber **Tarifdispositivität**, d.h., die Vereinbarung günstigerer Arbeitsbedingungen durch Arbeitsvertrag ist möglich ⇒ sog. **Günstigkeitsprinzip** (§ 4abs. 3 TVG)

4. Tarifverträge enden durch **Fristablauf oder Kündigung**, **aber** bis zum Abschluss eines neuen Tarifvertrages wirken die alten Tarifnormen weiter (§ 4abs. 5 TVG; **bei Austritt eines Arbeitgebers** aus dem Arbeitgeberverband während der Lauf- zeit des Tarifvertrages besteht seine Tarifgebundenheit bis zum zeitlichen Ende des Tarifvertrages fort (§ 3 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz)

5. Sonderfälle:

- **Allgemeinverbindlichkeit** (§ 5 TVG; § 98 ArbGG), d.h. durch Zusammenwirken von Staat und Tarifparteien werden die Tarifnormen auf alle Arbeitsverhältnisse einer Branche erstreckt ohne Rücksicht auf die Tarifbindung.
- §§ 1, 7 **Arbeitnehmerentsendegesetz** (AEntG), **Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen**.
- Ausweitung durch das sog. „**Tarifautonomiestärkungsgesetz**“ – dort **auch Festlegung eines gesetzlichen Mindestlohnes. Bessere Arbeitsbedingungen nach dem AEntG oder dem AÜG gehen vor. Der Vorrang besteht auch für allgemeinverbindliche Tarifverträge nach § 5 TVG, soweit der Mindestlohn nicht unterschritten wird** (§ 1 Abs. 2 MiLoG).
- Sonderbestimmungen für **Praktikanten** in § 22 MiLoG. Die Bestimmungen des MiLoG sind in Höhe des Mindestlohns **unabdingbar** (§ 3 MiLoG) und die Ansprüche darauf können **nicht durch Ausschlussfristen verwirken**, sondern nur nach drei Jahren verjähren.

6. **Nichteinigung zu einem neuen Tarifvertrag** oder zu dessen erstmaligem Abschluss; es besteht keine rechtliche Pflicht einer Koalition, mit einer anderen Koalition einen Tarifvertrag zu schließen oder auch nur über einen solchen zu verhandeln. Die Annahme einer solchen Rechtspflicht bedarf einer gesonderten Anspruchsgrundlage (BAG 25.09.2013 – 4aZR 173/12 –). Ausweg und Konsequenz: **⇒ Arbeitskampf**

7. Arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages

⇒ **Verweisung** auf das einschlägige Tarifwerk in der jeweils geltenden Fassung führt bei Wegfall der Tarifbindung des Arbeitgebers nicht zur Festschreibung der Regelungen des letzten unter Tarifbindung geschlossenen Tarifvertrages, sondern zur Anwendung auch späterer Tarifänderungen (z.B. Entgelterhöhung; BAG 22.10.2008 – 4aZR 793/07 –). Bei gleichzeitigem Betriebsübergang **eingeschränkt durch EuGH** vom 18.07.2013 (– C-426/11 – [Alemo-Herron u.a.]). Nach einem Vorabentscheidungsersuchen des BAG gemäß Art. 267 AEUV (– 4aZR 95/14 A –) ist nunmehr geklärt (EuGH 27.04.2017 – C 680, 681/15 – [Asklepios]), dass der Erwerber erforderliche Anpassungen sowohl einvernehmlich im Wege des Änderungsvertrags als auch einseitig durch Erklärung einer - sozial gerechtfertigten - Änderungskündigung vornehmen kann (BAG 30.08.2017 – 4aZR 95/14 –).

⇒ **Gleichstellungsabrede** zur Gleichbehandlung organisierter und nichtorganisierter Arbeitnehmer führt bei Verbandsaustritt des Arbeitgebers nicht automatisch zur Beendigung der anzuwendenden Tarifvorschriften. Das gilt indessen nicht für „Neuverträge“ ab 01.01.2002 (Inkrafttreten der Schuldrechtsreform, AGB-Recht auch für Arbeitsverträge; BAG 18.04.2007 – 4aZR 652/05 –).

8. Problem der „Tarifeinheit“

- Der jahrzehntelang praktizierte Grundsatz „Ein Betrieb, ein Tarifvertrag“ kam Anfang der 2000er Jahre mehr und mehr ins Wanken (Tarifkonflikt Deutsche Bahn; Lokführerstreik; vgl. Sächsisches LAG 02.11.2007 – 7 SaGa 19/07 –). Danach sollte der Tarifvertrag der **mitgliederstärksten Gewerkschaft** im Betrieb die tarif-

lichen Arbeitsbedingungen aller tarifgebundenen Arbeitnehmer im Verhältnis zum tarifgebundenen Arbeitgeber festlegen. Diesem "praxisfreundlichen Weg" stehen aber verfassungsrechtlich die Grundsätze der **Koalitionsfreiheit** und der **Gründungsfreiheit** (neuer Gewerkschaften) entgegen.

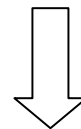
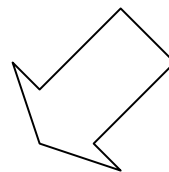
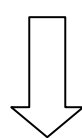
- Aus diesen Überlegungen heraus hat das **BAG** mit Entscheidung vom 23.06.2010 (– 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10 –) nach Anfrage des 4. Senats des BAG vom 27.01.2010 (– 4 AZR 537/08 A und 4aZR 549/08 A –) den von der Rechtsprechung entwickelten **Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben**. Danach gibt es keinen übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in **einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen** zur Anwendung kommen können. Die **Koalitionsmitgliedschaft** nach § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 TVG sei allein entscheidend für die **Tarifbindung**. Auch wenn im Betrieb mehrere Tarifverträge gelten, sei der Arbeitgeber daran z.B. über Verbandsmitgliedschaft oder durch Abschluss von Haustarifverträgen gebunden ist (sog. Tarifpluralität) bleibe es dabei.
- Die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften forderten - zunächst gemeinsam – vom Gesetzgeber den **Grundsatz der Tarifeinheit** im TVG gesetzlich zu verankern. Später gab es keine einheitliche Linie mehr. Mit dem **Tarifeinheitsgesetz** vom 03.07.2015 (BGBl. I, S.1130) hat der Gesetzgeber nunmehr einen neuen Weg zur Lösung der **Tarifikollision** gefunden. Nach **§ 4a TVG** soll bei **Tarifpluralität bzw. Tarilmehrheit in einem Betrieb nur** der von der dortigen „**Mehrheitsgewerkschaft**“ **abgeschlossene Tarifvertrag** gelten. Welcher das ist, wird auf Antrag in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach **§ 99 ArbGG** bindend geklärt. Über die **Zahl** der im Betrieb beschäftigten **Gewerkschaftsmitglieder** soll Beweis durch Vorlegung „öffentlicher Urkunden“ angetreten werden können, also beispielsweise durch notarielle Erklärung ohne Namensnennung der einzelnen Mitglieder. Die Mitglieder der Mindergewerkschaft werden dann von dem Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft nicht erfasst.
- Den **Minderheitsgewerkschaften** wird allerdings ein Nachzeichnungsrecht eingeräumt und sie haben zuvor ein Beteiligungsrecht (§ 4a Abs. 4 und 5 TVG). Die Diskussion, ob damit ein gangbarer und verfassungsrechtlich unbedenklicher Weg ohne Verletzung von **Art. 9 Abs. 3 GG** gefunden worden ist, geht weiter. Gegen das Tarifeinheitsgesetz eingelegte Verfassungsbeschwerden waren vor dem BVerfG bisher ohne Erfolg (BVerfG 16.06.2016 – 1 BvR 1707/15 –). Allerdings sah sich der Gesetzgeber aufgrund der Fingerzeige des BVerfG veranlasst, die Einwirkungsmöglichkeiten der Minderheitsgewerkschaften **ab 01.01.2019** gesetzlich in **§ 4a Abs. 2 TVG** zu verstärken.

II. Eingeschränkte Gestaltungsfreiheit bei tariflichen und übertariflichen Leistungen

1. Effektivklauseln

Effektivklauseln sind verboten, da sie die **arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit** einschränken.

	Effektivgaranti-klausel	Begrenzte Effektivklausel	Anrechnung übertariflicher Leistungen
<i>Tariflohn</i>	2.500,00 €	2.500,00 €	2.500,00 €
<i>freiwillige Zulage</i>	250,00 €	250,00 €	250,00 €
<i>Effektivlohn</i>	2.750,00 € (Effektivlohn = Tariflohn)	2.750,00 €	2.750,00 €
<i>Tarifloohnerhöhung um 5 %</i>	+ 137,50 €	+ 125,00 €	+ 125,00 €
<i>Tariflohn</i>		2.625,00 €	2.625,00 €
<i>freiwillige Zulage</i>		250,00 €	125,00 € (zu 50 % von Tariflohn- erhöhung aufgesogen)
<i>Effektivlohn</i>	2.887,50 € (Effektivlohn = Tariflohn)	2.875,00 €	2.750,00 €



**rechtlich nicht
zulässig**

Aufsaugung übertarif-
licher Leistungen durch
Tariferhöhung ist **recht-
lich zulässig**

2. Differenzierungsklauseln

Die **Bindung** tariflicher Zahlungen an die **Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft** unter Ausschluss der Nichtmitglieder ist bei einfachen **Differenzierungsklauseln** zulässig (BAG 22.09.2010 – 4aZR 117/09 – zusätzlicher Urlaubstag und kleine Sonderzahlung an Gewerkschaftszugehörigkeit gebunden = Wert 450,00 Euro im Jahr und BAG 21.05.2014 – 4aZR 50/13 – Erholungsbeihilfe = 200,00 Euro). Hier entsteht kein unverhältnismäßiger Druck, einer Gewerkschaft beizutreten. Der arbeitsrechtliche **Gleichbehandlungsgrundsatz** kommt dann nicht zur Anwendung.

Damit nimmt das BAG Abschied von einer langjährigen entgegenstehenden Rechtsprechung, die Differenzierungsklauseln unabhängig von der Höhe der für Gewerkschaftsmitglieder vorgesehenen Zusatzleistungen als **Verstoß gegen die nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit** angesehen hat (BAG Großer Senat 29.11.1967 – GS 1/67 –). Es liegt aber nunmehr keine Grundrechtsverletzung mehr vor, wenn aus der Tatsache, dass organisierte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anders behandelt werden als nicht organisierte Beschäftigte, lediglich ein eventueller faktischer Anreiz zum Beitritt entsteht, nicht aber Zwang oder Druck (BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16 – Differenzierung der Sozialtarifabfindung nach Datum des Gewerkschaftsbeitritts).

3. Verzicht auf Tarifrechte

Ein **Verzicht auf tarifliche Ansprüche** ist einzelvertraglich wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 4 TVG nichtig (BAG 12.02.2014 – 4aZR 317/12 –). Dazu bedarf es der Billigung beider Tarifvertragsparteien. Ebenso wenig ist eine **Verwirkung** tariflicher Rechte möglich. Eine zusätzliche Hürde setzt nun in Höhe des **Mindestlohns § 3 MiLoG**. Sind allerdings die Voraussetzungen eines tariflichen Anspruchs streitig, kann ein sog. „**Tatsachenvergleich**“ darüber vereinbart werden, der den Anspruch teilweise oder ganz entfallen lässt. Greift keine Ausschlussklausel, so bleibt nach drei Jahren nur die Einrede der **Verjährung** (§§ 194, 195 BGB).

B.Arbeitskampfrecht

I. Arbeitskampfrecht

1. Begriff

Arbeitskampf ist die **kollektive Störung der Arbeitsbeziehungen**, unabhängig von den dabei verfolgten Zielen.

Die wichtigsten rechtmäßigen Formen des Arbeitskampfes sind **Streik und Aussperrung**, daneben kennt man den **Boycott**, die **Abkehr** und das von den Arbeitnehmern **kollektiv ausgeübte Zurückbehaltungsrecht**. Umstritten ist, ob auch Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden rechtmäßige Kampfmittel sind, weil sie das Hausrecht des Arbeitgebers und sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stören (wohl abzulehnen). Das BAG hat unterdessen sog. **Flash-Mob-Aktionen** als Kampfmittel zugelassen (BAG 22.09.2009 – 1 AZR 972/08 –). Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG durch Kammerbeschluss vom 26.03.2014 (– 1 BvR 3185/09 –) nicht zur Entscheidung angenommen.

2. Verfassungsrecht

Zur **verfassungsrechtlich geschützten Koalitionsbetätigung** nach Art. 9 Abs. 3 GG gehört nach der Rechtsprechung die **Führung eines Arbeitskampfes** (BAG 26.04.1988 – 1 AZR 399/86 – und BVerfG 02.03.1993 – 1 BvR 1213/85 –). Eine **staatliche Zwangsschlichtung**, wie sie die Weimarer Republik kannte, ist **unzulässig**. Der Gesetzgeber hat bisher das Arbeitskampfrecht nicht geregelt, geht aber von der Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen ebenfalls aus, wie Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, §§ 25 KSchG, § 174 Abs. 6 SGB IX, 11 Abs. 5 AÜG, 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG, 160, 100 SGB III zeigen. Nur die Möglichkeit über einen Arbeitskampf auf den Tarifvertragsgegner einzuwirken, stellt das Funktionieren des Tarifvertragssystems sicher. Die nähere Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts obliegt der Rechtsprechung (Richterrecht).

3. Formen des Arbeitskampfes

Unter den **Arbeitskampfformen** wird nach Angriffs- und Verteidigungskämpfen, Streik- und Aussperrungszielen, verbandsgeführten oder wilden Arbeitskampfmaßnahmen, Arbeitskampftaktiken – in den Formen von Voll-, Teil-, Punkt- und Schwerpunkstreiks –, Teil- und Flächenaussperrungen, Besonderheiten wie Warn- oder Sympathiestreiks unterschieden.

Die verwirrende Begriffsvielfalt täuscht darüber hinweg, dass es letztlich nur um die **Rechtmäßigkeit** der Arbeitskampfmaßnahmen und/oder deren Effizienz geht.

4. Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes

Die **Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen** ist zu Anfang des letzten Jahrhunderts noch unter dem strafrechtlichen Tatbestand der **Erpressung und Nötigung** und der zivilrechtlichen Rechtsfigur der unerlaubten Handlung geprüft

worden. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind durch die Rechtsprechung **richterrechtlich** weiterentwickelt worden. Dabei sind **drei** verschiedene **Prüfungsebenen** zu unterscheiden. Auf **arbeitsvertraglicher Ebene** kann die Teilnahme an einem Arbeitskampf eine Verletzung des Arbeitsvertrages darstellen, auf tariflicher, d.h., **kollektiver Ebene** kann die Verletzung der Friedenspflicht den Arbeitskampf tarifwidrig machen und auf **gesetzlicher Ebene** kann es sich dabei um eine in Form der unerlaubten Handlung (Delikt) handeln. Es wird heute allgemein die Auffassung vertreten, dass ein Arbeitnehmer oder Arbeitgeber durch die Teilnahme an einem Arbeitskampf seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag nicht verletzt, soweit der Arbeitskampf den übrigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen genügt. **Maßgeblich** ist dabei die **kollektive Ebene** (grundlegend BAG Großer Senat 28.01.1955 – GS 1/54 – und Großer Senat 21.04.1971 – GS 1/68 –). Der Angriffsstreik ist danach rechtmäßig, wenn er **gewerkschaftlich getragen** ist, den Abschluss eines Tarifvertrages bezweckt und nicht gegen die Friedenspflicht eines bestehenden Tarifvertrages verstößt (vgl. auch Schaubild). Der Streik muss „**letztes Mittel**“ sein (Ultima Ratio) und die **Grundsätze der Verhältnismäßigkeit** im weiteren und engeren Sinne sowie der fairen Kampfführung beachten. Das gilt für sämtliche Formen des Arbeitskampfes, auch für den **Warnstreik**.

5. Schadensersatz

Entspricht die Arbeitskampfmaßnahme nicht diesen Anforderungen, kann auf individual-rechtlicher und deliktischer Ebene ein **Schadensersatzanspruch** (des Arbeitgebers, Arbeitnehmers oder des jeweiligen Verbandes) aus verschuldeter Leistungsstörung oder wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (sonstiges Recht i.S.v. § 823 BGB) vorliegen.

Wilde Streiks (durch Arbeitnehmer, evtl. Aufruf durch Betriebsrat oder unterstützende Gewerkschaft ggf. als Gesamtschuldner), Solidaritäts- oder Sympathiestreiks (vgl. BAG 21.01.1988 – 1 AZR 219/86 –) sind rechtswidrig und verpflichten grundsätzlich zum Schadensersatz. Gleiches gilt für **Betriebsblockaden** (BAG 21.06.1988 - 1 AZR 651/88) oder Streiks, die nicht um den Abschluss eines Tarifvertrages geführt werden (BAG 07.06.1988 – 1 AZR 372/86 –). Nach neuerer Rechtsprechung sind Solidaritäts- und Sympathiestreiks in engen Grenzen erlaubt (BAG 19.01.2007 – 1 AZR 396/06 –). Auch ein Arbeitskampf um den Abschluss von **Sozialplantarifverträgen** – an sich Sache von Betriebsräten (§ 112 BetrVG) – ist nun gestattet (BAG 24.04.2007 – 1 AZR 252/06 –; zu Flashmob Aktionen vgl. o. 1.) Der Streik ist tatbestandlich eine unerlaubte Handlung (Eingriff in das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, § 823 Abs. 1 BGB). **Rechtswidrig** ist ein Arbeitskampf oder eine Arbeitskampfmaßnahme jedoch **nur**, wenn sie die **Grundsätze des Arbeitskampfrechts** (Kampfparität, Verhältnismäßigkeit) **verletzt**. Unter Umständen kann ein rechtswidriger Arbeitskampf oder eine rechtswidrige Kampfmaßnahme durch Geltendmachung eines **Unterlassungsanspruchs**, ggf. durch einstweilige Verfügung gerichtlich unterbunden werden. Befugt dazu sind der einzelne betroffene Arbeitgeber oder die beteiligten Verbände. Am Ende eines Arbeitskampfes werden oft **Wiedereinstellungsgebote und Maßregelungsverbote** (vgl. § 612 a BGB) im neuen Tarifvertrag vereinbart, um die Arbeitskampffolgen zu bereinigen.

6. Abwehraussperrung

Die suspendierende (nicht die lösende) **Abwehraussperrung** ist das legitime Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeberseite (BAG 26.04.1988 - 1 AZR 399/86 -). Es gilt die **Kampfparität** (Waffengleichheit) zu erhalten, die in Gefahr ist insbesondere bei eng geführten Teilstreiks auf der Seite der Arbeitgeber, denn die Arbeitgeber in einem branchenspezifisch gebildeten Arbeitgeberverband sind untereinander potenzielle Konkurrenten (schwierige Arbeitgebersolidarität). Der zwischenzeitliche Versuch des BAG, die Zulässigkeit der Aussperrung an Prozentsätzen der Arbeitskämpfteilnehmer im Tarifgebiet festzumachen (25 % und 50 % - Grenze) scheiterte. Nach neuerer Rechtsprechung (BAG 07.06.1988 – 1 AZR 597/86 –) kommt es nur noch auf eine legitime Reaktion des Arbeitskämpfgegners an. Bei der Feststellung der Größenverhältnisse sind die „**kalt ausgesperrten Arbeitnehmer**“ nicht mitzuzählen, womit die wegen des Arbeitskampfes vom Arbeitgeber nicht mehr beschäftigten, aber nicht streikenden Arbeitnehmer gemeint sind (vgl. Skript A C. V. und unten 7.). Ein bestreikter Arbeitgeber ist grundsätzlich berechtigt, mittels Zahlung einer **Streikbruchprämie** einem Streikdruck zu begegnen (BAG 14.08.2018 – 1 AZR 287/17 –). Aus der Kampfparität folgt zugleich, dass der Staat sich im Arbeitskampf neutral zu verhalten hat (Problem staatlicher Leistungen im Arbeitskampf, § 160 SGB III).

7. Arbeitsentgeltansprüche

Bei **Streik** verliert der Arbeitnehmer nach § 326 BGB seinen **Lohnanspruch**, ebenso bei **rechtmäßiger Aussperrung**. Dies gilt für Gewerkschaftsmitglieder gleichermaßen wie für zulässig mitkämpfende, der Gewerkschaft nicht angehörende Arbeitnehmer. Letztere haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld (§ 100 SGB III), allerdings auf Sozialhilfe. Gewerkschaftsmitglieder erhalten dagegen regelmäßig finanzielle **Streikgelder** von der streikführenden Gewerkschaft. Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik ist für den Arbeitgeber grundsätzlich **kein Grund zur Kündigung** des Arbeitsverhältnisses. **Fragen nach der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einer den Arbeitskampf führenden Gewerkschaft** sind als Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit grundsätzlich nicht zulässig (BAG 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 –).

Sofern in einem Betrieb infolge eines Teilstreiks die Arbeit insgesamt eingestellt werden muss, wird der Arbeitgeber auch gegenüber nicht streikenden Arbeitnehmern von seiner Lohnzahlungspflicht befreit. Dies gilt gleichermaßen, wenn **außerhalb des Kampfgebietes** wegen **Fernwirkungen** die Arbeit zum Erliegen kommt und die für den betroffenen Betrieb zuständigen Verbände mit den kämpfenden Verbänden identisch sind oder doch organisatorisch verbunden sind. Aus Gründen der Kampfparität tragen die Arbeitnehmer insoweit das **Arbeitskampfrisiko**. Außerhalb der umkämpften Branche verbleibt es beim **Betriebsrisiko** des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer kann seinen Arbeitsentgeltanspruch aus Annahmeverzug (§ 615 BGB) verfolgen. Die Voraussetzungen eines Lohnverweigerungsrechts aus Gründen des Arbeitskampfes hat deshalb der Arbeitgeber darzulegen. Einfacher und sicherer für ihn ist dann ein Aussperrungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes.

8. Mitbestimmung des Betriebsrats

Wird bei Auswirkungen eines Streiks der Arbeitsmangel im Betrieb durch **Kurzarbeit** auf die Belegschaft verteilt, hat der Betriebsrat das **Mitbestimmungsrecht** aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Umstritten ist, ob das Mitbestimmungsrecht auf das „Wie“ beschränkt ist oder auch das „Ob“ mit umfassen muss, weil Rechtsgrundlage der Kurzarbeit nur eine Betriebsvereinbarung sein kann. Bei „Arbeitskampfrelevanz“ steht dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht zu (§ 74 Abs. 2 BetrVG; vgl. auch BAG 13.12.2011 – 1 ABR 2/10 –).

9. Schlichtungsverfahren

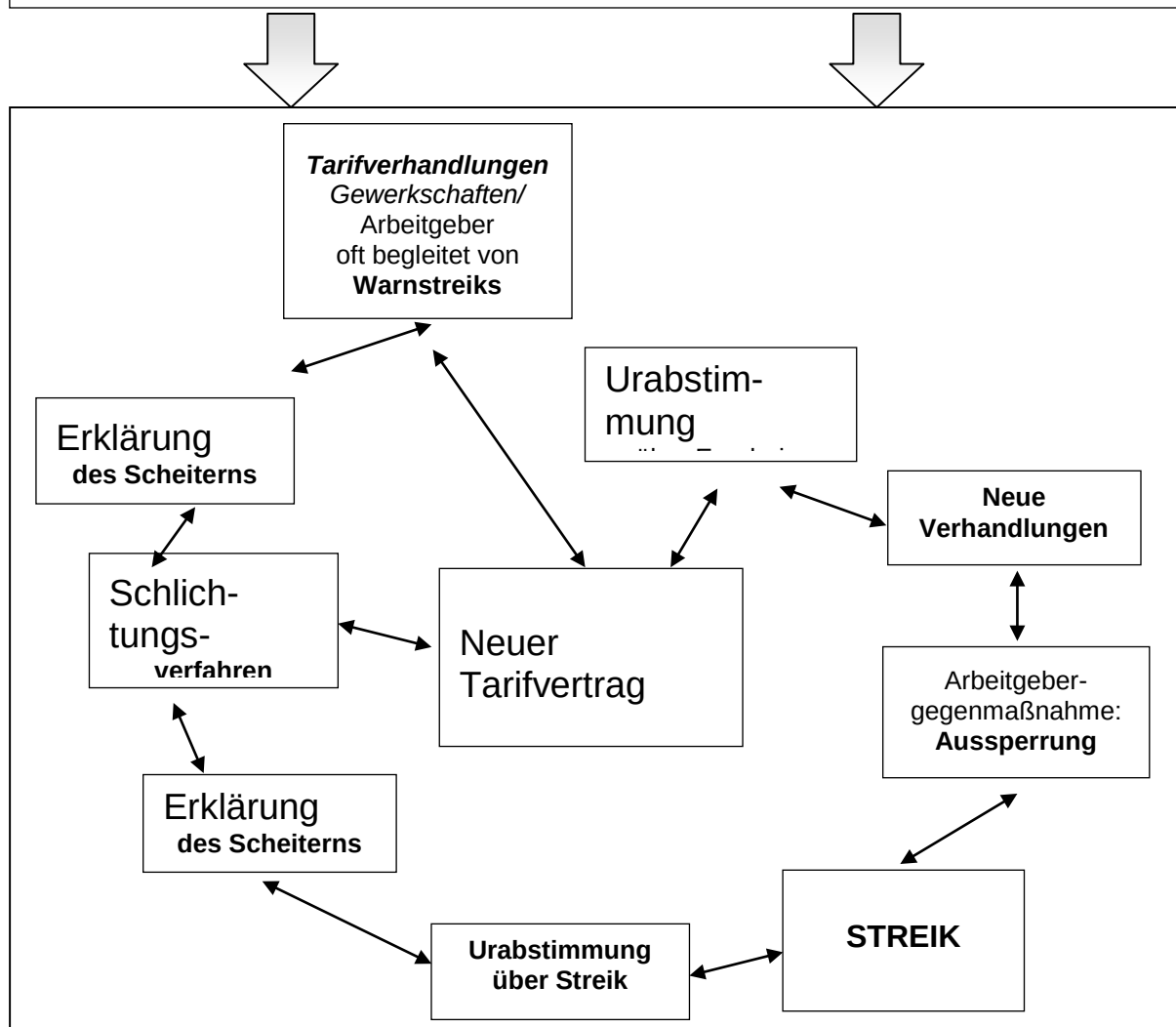
Obwohl eine staatliche Zwangsschlichtung bei Arbeitskämpfen unzulässig ist, steht einer **tarifvertraglich vorgegebenen Schlichtung** nichts entgegen. Die Schlichtung kann aber nie mehr sein als eine Empfehlung.

10. Kirchliche Einrichtungen

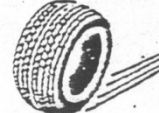
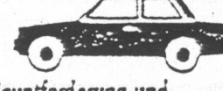
In **kirchlichen Einrichtungen** ist im Blick auf deren verfassungsrechtlich in **Art. 140 GG i.V.m. 137 Abs. 3 WRV abgesicherter Selbstbestimmungsrechte** das Arbeitskampfrecht für ihre Arbeitnehmer eingeschränkt. Dies steht in Verbindung mit dem Selbstverständnis der Dienstgemeinschaft im kirchlichen Glauben, das **Arbeitskämpfe als Mittel der Auseinandersetzung ausschließt**. Aufgrund mehrerer Entscheidungen des BAG vom 20.11.2012 (– 1 AZR 611/11 – und – 1 AZR 179/11 –) hat die Rechtsprechung diesen „**Dritten Weg**“ oder „**Zweiten Weg**“ einer Lohnfindung ohne Arbeitskampf bestätigt. Die dagegen eingelegten Verfassungsklagen haben bisher beim BVerfG keinen Erfolg gehabt (Nichtannahmebeschluss 15.07.2015 -2 BvR 2292/13-).

II. Rechtmäßigkeitskriterien für einen Streik nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

- Der Streik muss um ein **tariflich regelbares Ziel** geführt werden;
- Der Streik darf **nicht gegen die Friedenspflicht** verstoßen;
- Der Streik muss von einer Gewerkschaft getragen sein;
- Es darf sich **nicht** um einen **politischen Streik** handeln, der sich z.B. darauf richtet, Parlament oder Regierung unter Druck zu setzen;
- Der Streik muss sich innerhalb der Grenzen der sog. **Verhältnismäßigkeit** bewegen;
- Der Streik darf nicht die **Regeln eines fairen Kampfes** verletzen, insbesondere nicht die Vernichtung des Gegners zum Ziel haben;
- Während des Streiks müssen notwendige **Erhaltungsarbeiten und Notdienste** gesichert sein.



III. Auszahlung von Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld bei Arbeitskampf

Früher		Heute	
GLEICHE BRANCHE  Streikende, Ausgesperrte, Arbeitsausfall	Nein	Nein	GLEICHE BRANCHE  Streikende, Ausgesperrte, Arbeitsausfall
ANDERE BRANCHE  Arbeitsausfall	Ja	Ja	ANDERE BRANCHE  Arbeitsausfall
			
GLEICHE BRANCHE  Arbeitsausfall	Ja, es sei denn: gleiche For- derungen	Ja, es sei denn:	GLEICHE BRANCHE  a) gleiche Hauptforderung und b) Arbeitskampfergebnis wird aller Vor- aussicht nach in diesem Tarifbereich im wesentlichen übernommen.
ANDERE BRANCHE  Arbeitsausfall	Ja	Ja	ANDERE BRANCHE  Arbeitsausfall
			

- ☐ § 160 SGB III
- ☐ Entscheidung durch Neutralitätsausschuss, Überprüfung durch das Bundes-sozialgericht ist möglich.

C. Betriebsverfassungsrecht

I. Betriebsverfassungsrecht im Überblick

1. Errichtung des Betriebsrats

Betriebsrat ist zu errichten in allen Betrieben mit mindestens **fünf Arbeitnehmern**, auf Initiative der Belegschaft oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft. Fehlt es an einer solchen Initiative, bleibt der Betrieb ohne Betriebsrat.

2. Treu und Glauben in der Betriebsverfassung

Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit im Interesse von Betrieb und Belegschaft (§ 2 BetrVG).

3. Zugangsrecht und Wirkungskreis

Gewerkschaft hat Zugangsrecht zum Betrieb und kann sich dort betätigen, arbeitet mit dem Betriebsrat, dem Arbeitgeber bzw. der Arbeitgebervereinigung zusammen

aber: **Betriebsrat** arbeitet **im Betrieb** für die **gesamte Belegschaft**
 Gewerkschaft arbeitet **überbetrieblich** für ihre Mitglieder

4. Amtsdauer und Kündigungsschutz

Betriebsrat wird auf **vier Jahre** ins Amt gewählt, **Betriebsratsmitglieder** haben **Sonderkündigungsschutz** (§§ 15 KSchG, 103 BetrVG), sie sind für die Betriebsratsarbeit bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts freizustellen und dürfen weder bevorzugt noch benachteiligt werden (§ 78 BetrVG), der Arbeitgeber hat die Kosten der Betriebsratsarbeit zu tragen (§§ 37, 40 BetrVG).

5. Beteiligungsrechte des Betriebsrates

a) **Mitbestimmung** in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG)

z.B. bei Regelung von Beginn und Ende der täglichen **Arbeitszeit**; **Überstunden**; Verteilung übertariflicher **Arbeitsentgelte**
bei Nichteinigung ⇒ Regelung durch Einigungsstelle

b) **Vetorecht** bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG)

z.B. **Einstellung**, Versetzung, Eingruppierung von Arbeitnehmern
⇒ verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, muss der Arbeitgeber das Arbeitsgericht anrufen, um die Zustimmung ersetzen zu lassen

c) **Anhörung** bei Kündigung (§ 102 BetrVG)

bei **außerordentlicher und ordentlicher Kündigung** von Arbeitnehmern

⇒ **Bedenken des Betriebsrats** bei ordnungsgemäßer Durchführung des Anhörungsverfahrens durch Arbeitgeber **ohne Folgen**

d) **Informations- und Beratungsrechte**, im Falle einer Nichtbeachtung drohen dem Arbeitgeber Bußgelder (§§ 121, 111 BetrVG)**6. Verhältnis zu Gesetz und Tarifvertrag**

Mitbestimmungsrechte nach 5 a) haben den **Vorrang von Gesetz und Tarifvertrag** zu beachten. Die Umsetzung der Mitbestimmungsrechte (oben 5a.) geschieht regelmäßig durch eine **Betriebsvereinbarung**.

II. Betriebsverfassungsrecht I

1. Geltungsbereich

Das Betriebsverfassungsgesetz gilt für **alle inländischen Betriebe** der Privatwirtschaft (§§ 1, 131 BetrVG). Nicht erfasst sind der **Öffentliche Dienst** (§ 130 BetrVG), für den **Personalvertretungsgesetze** des Bundes und der Länder gelten, **Religionsgemeinschaften** und eingeschränkt nur **Tendenzbetriebe** (§ 118 BetrVG). Für Schifffahrts- und Luftfahrtsunternehmen gelten Sonderregelungen (§§ 114 ff. BetrVG).

2. Magna Charta des Betriebsverfassungsrechts

Das gesamte Betriebsverfassungsrecht wird von dem „**Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit**“ (§ 2 Abs. 1 BetrVG) beherrscht. Dieser Grundsatz erfasst nicht nur das Verhältnis von Betriebsrat und Arbeitgeber, sondern schließt die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und die zuständige Arbeitgebervereinigung mit ein. Die vertrauensvolle Zusammenarbeit ist die **Generalklausel** des Betriebsverfassungsrechts (Parallele zu § 242 BGB: Treu und Glauben), die zwar keine zusätzlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats schafft, indessen ständig zur Auslegung von betriebsverfassungsrechtlichen Rechtspositionen des Betriebsrats und des Arbeitgebers heranzuziehen ist. Unter Umständen kann § 2 BetrVG einen Anspruch auf **Unterlassung mitbestimmungswidrigen Verhaltens** begründen. Keinesfalls soll der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit aber die Interessengegensätze zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber verwischen.

3. Gleichheitssatz und Billigkeit

Neben dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 2 Abs. 1 BetrVG legen die §§ 74, 75 BetrVG weitere verbindliche Grundsätze für die **Zusammenarbeit und die Behandlung von Betriebsangehörigen** fest. Danach müssen Betriebsrat und Arbeitgeber mindestens einmal im Monat zu Verhandlungen zusammentreffen. Arbeitskampf und politischer Streit sind aus den betriebsverfassungsrechtlichen Beziehungen herauszuhalten. Die Beteiligten der Betriebsverfassung (Arbeitgeber und Betriebsrat) haben sich bei ihrer Zusammenarbeit von verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen (Gleichheitssatz, Diskriminierungsverbot) leiten zu lassen.

4. Wahlberechtigung; Betrieb und Unternehmen

- Die Bildung von Betriebsräten ist in Betrieben mit **mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern** gesetzlich vorgegeben, setzt aber eine entsprechende Initiative von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft voraus (§ 16 BetrVG). In Betrieben mit bis zu 50 Arbeitnehmern gilt ein vereinfachtes Wahlverfahren (§§ 14a, 17a BetrVG). Das zahlenmäßige Verhältnis der Geschlechter muss sich im Betriebsrat widerspiegeln (§ 15 BetrVG).

- **Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes** ist „die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“ (BAG 14.09.1988 – 7 ABR 10/87 –). In **Abgrenzung dazu** ist „ein **Unternehmen**“ „eine organisatorische Einheit, mit der der Unternehmer seine wirtschaftlichen und ideellen Zwecke verfolgt“. Besteht ein Unternehmen aus mehreren Betrieben, sind deshalb mehrere Betriebsräte zu bilden. Auf Unternehmensebene oder Konzernebene kann es zur weiteren Bildung eines Gesamtbetriebsrates und Konzernbetriebsrates kommen.
- Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind in **erster Linie vom örtlichen Betriebsrat** wahrzunehmen, der durch Wahl **direkt legitimiert** ist. Es geht im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts um **betriebliche Mitbestimmung** in vornehmlich sozialen und personellen Angelegenheiten, nicht um Fragen der **Unternehmensmitbestimmung**. Diese ist im Mitbestimmungsgesetz, Montan-Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz geregelt und hat zur Folge, dass Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat mit Sitz und Stimme handeln können.
- Der Betriebsrat ist die **gesetzliche Interessenvertretung** der **Arbeitnehmer** des Betriebes innerhalb der Betriebsverfassung, der aber auch die Interessen des Betriebes zu berücksichtigen hat. Er vertritt nur die Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes mit Ausnahme der **leitenden Angestellten** (§§ 5, 6 BetrVG); diese werden durch einen eigenen **Sprecherausschuss** (§§ 1, 25 SprAuG) vertreten. Der Betriebsrat besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit. Als nichtrechtsfähiges Organ kann er keine Verbindlichkeiten eingehen und keine Forderungen erwerben. Sachliche und personelle Mittel hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellen (§ 40 BetrVG). Soweit der Betriebsrat durch das Betriebsverfassungsgesetz dazu ermächtigt ist, kann er allerdings mit seinen Handlungen den Arbeitgeber finanziell verpflichten (z.B. Hinzuziehung eines Sachverständigen, § 80 Abs. 3 BetrVG).
- Der Betriebsrat wird für jeweils **vier Jahre** nach den Grundsätzen der **Verhältniswahl**, im Ausnahmefall nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt (§ 14 BetrVG; Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz). Der Betriebsrat wählt einen Vorsitzenden und einen Stellvertreter, die den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse nach außen vertreten und befugt sind, Erklärungen, die dem Betriebsrat gegenüber abzugeben sind, entgegenzunehmen (§ 26 Abs. 1 und Abs. 3 BetrVG).
- Die Größe des Betriebsrats und die Zahl der erforderlichen Freistellungen richtet sich nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer (§ 9 BetrVG) und der daraus erwachsenen Größe des Betriebsrats (§ 38 BetrVG). **Leiharbeiternehmer** zählen bei kurzfristigem Einsatz nicht dazu, da sie Arbeitnehmer des Entleihers bleiben. Werden sie dagegen **regelmäßig** beschäftigt, sind sie bei der **Größe des Betriebsrats** des Entleiherbetriebes mit zu berücksichtigen (BAG 13.03.2013 – 7 ABR 69/11 –). Sie sind ferner bei **mehr als dreimonatigem Einsatz** mitzuzählen, wenn es bei mitbestimmungspflichtigen **Betriebsänderungen** nach § 111 BetrVG um die Unternehmensgröße geht (BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10 –).

5. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat übt seine Beteiligungsrechte entsprechend der ihm gesetzlich zugestandenen Qualität der Mitwirkung aus. Folgende **Felder der Beteiligung** sind zu unterscheiden (vgl. C.III.):

- Soziale Angelegenheiten
- Gestaltung des Arbeitsplatzes, der Arbeitsumgebung und des Arbeitsablaufs
- Personelle Angelegenheiten
- Berufsbildung
- Wirtschaftliche Angelegenheiten.

In der **Rangfolge der Beteiligungsrechte** steht an **erster Stelle die Mitbestimmung**, an zweiter Stelle das **Vetorecht** und im folgenden **Anhörungs-, Informations- und Beratungsrechte sowie reine Unterrichtsrechte** (vgl. C.III.). Können sich Betriebsrat und Arbeitgeber im Bereich der Mitbestimmungsrechte nicht einigen, so haben sie sich der Hilfe einer **Einigungsstelle** (§§ 76, 87 Abs. 2 BetrVG) zu bedienen. Diese ersetzt durch ihre Entscheidung die fehlende Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Verweigert der Betriebsrat im Bereich **der Vetorechte** seine Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme des Arbeitgebers, darf der Arbeitgeber die Maßnahme erst durchführen, nachdem er die fehlende **Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzt** hat (§ 99 Abs. 4 BetrVG). Wahrt der Arbeitgeber das **Anhörungsrecht** des Betriebsrats nicht (§ 102 Abs. 1 BetrVG), so ist die daraufhin getroffene Maßnahme gegenüber dem Arbeitnehmer individual-rechtlich unwirksam (Mitbestimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung!). Die Vernachlässigung von Auskunfts- und Aufklärungspflichten kann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden (§ 121 BetrVG). Bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen Beteiligungsrechte des Betriebsrats kann der Betriebsrat den Arbeitgeber auf Unterlassung oder auf Vornahme einer Handlung verklagen (§ 23 Abs. 3 BetrVG). Nach der Rechtsprechung steht dem Betriebsrat ein aus **§ 2 BetrVG** abgeleiteter **allgemeiner Unterlassungsanspruch** zu, um drohende Verletzungen seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 BetrVG zu verhindern.

6. Betriebsvereinbarung

- Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats münden regelmäßig in eine **Betriebsvereinbarung** (BV) oder eine Regelungsabrede für den konkreten Fall. (Beispiele: Ableistung von Überstunden in einer Abteilung des Betriebes, § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG; Überwachung der Arbeitnehmer durch technische Einrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Die Mitbestimmung nach § 87 BetrVG setzt einen **kollektiven Bezug** des Regelungsgegenstandes voraus. **Klassische Regelungen** werden zur Ordnung des Betriebs und zum Verhalten der Arbeitnehmer, zur Festlegung des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeiten, zur Einführung technischer Einrichtungen zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle (BAG 25.04.2017 – 1 ABR 46/15 –; Verstoß gegen Persönlichkeitsrecht durch BV bei dauerhafter Erfassung, Speicherung und Auswertung wesentlicher Arbeitsschritte während der gesamten Arbeitszeit) und zu Fragen der betrieblichen Lohngestaltung getroffen. Die Einführung neuer Vergütungsbestandteile nach abstrakten Vorgaben des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig (BAG 18.03.2014 – 1 ABR 75/12 –). Die

Festlegung konkreter Vergütungshöhen für die Arbeitnehmer ist allerdings den **Tarif- bzw. den Arbeitsvertragsparteien vorbehalten** (§ 77 Abs. 3 BetrVG).

- **Betriebsvereinbarungen** sind von Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen. Auszuführen hat sie der Arbeitgeber (§ 77 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG). Nicht mitbestimmungspflichtig sind **Abmahnungen** des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern, da sie allein das Leistungsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien berühren und keinen kollektiven Bezug haben. Hier setzt das Beteiligungsrecht in Form der **Anhörung** erst bei der beabsichtigten **Kündigung** ein (§ 102 BetrVG).

7. Verhältnis Betriebsvereinbarung zum Arbeits- und Tarifvertrag

- Betriebsvereinbarungen gelten unmittelbar und zwingend und wirken auf das Arbeitsverhältnis ein (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG). Sie sind der „Tarifvertrag des Betriebes“ und erfassen – anders als ein Tarifvertrag – **sämtliche Arbeitsverhältnisse**. Allerdings dürfen sie nicht Regelungen treffen, die bereits durch Tarifvertrag geregelt sind (**Tarifvorrang** §§ 87 Abs. 1 Satz 1, 77 Abs. 3 BetrVG).
- Im Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gilt nicht das **Günstigkeits-**, sondern das **Ordnungsprinzip**, d.h., die höhere Ordnung geht vor. Ausnahmen bestehen dann, wenn der Tarifvertrag ausdrücklich eine Betriebsvereinbarung für den Regelungsbereich zulässt (sog. Öffnungsklauseln).
- Für das **Verhältnis von Betriebsvereinbarung zu arbeitsvertraglichen Abreden** gilt dagegen, dass einerseits schlechtere Bedingungen des einzelnen Arbeitsvertrages durch die günstigere Betriebsvereinbarung verdrängt werden und andererseits die Betriebsvereinbarungsregelungen durch günstigere arbeitsvertragliche Bedingungen nach Abschluss der Betriebsvereinbarung übertroffen werden können.
- Bei sog. **Einheitsregelungen** (Gesamtzusagen) oder Ansprüchen aufgrund **betrieblicher Übung (kollektiver Bezug)** kann die Betriebsvereinbarung auch für den einzelnen Arbeitnehmer schlechtere Arbeitsbedingungen setzen, wenn bei kollektiver Betrachtungsweise die neue Regelung in der Betriebsvereinbarung gegenüber der früheren vertraglichen Einheitsregelung nicht ungünstiger ist (**kollektiver Günstigkeitsvergleich**). Unabhängig vom Ergebnis des kollektiven Günstigkeitsvergleichs können im Verhältnis zu den einzelvertraglichen Ansprüchen auch nachfolgend ungünstigere Betriebsvereinbarungen wirksam werden, wenn die einzelvertraglichen Rechte einer Betriebsvereinbarung zugänglich waren (**betriebsvereinbarungsoffen**). Davon ist bei der Höhe nach schwankenden Leistungen, ausdrücklichen Widerrufsvorbehalten und in der Vergangenheit wechselnden Richtlinien zur Leistungsbemessung auszugehen (vgl. z.B. BAG 17.07.2012 – 1 AZR 476/11 – leistungsunabhängige Sozialleistungen). Ob das in dieser Tragweite weiterhin so angenommen werden kann, ist jetzt streitig; jedenfalls dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich auf tarifliche Regelungen Bezug genommen haben (BAG 11.04.2018 – 4 AZR 119/17 –).

8. Grenzen der Betriebsvereinbarung

Die sich in der Betriebsvereinbarung ausdrückende Mitbestimmung hat sich grundsätzlich nur auf **Regelungs-** und nur in den gesetzlich vorgegebenen Ausnahmefällen auf **Rechtsfragen** (z.B. Festlegung der zwischen Arbeitnehmern

streitigen Urlaubsnahme, § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) zu erstrecken. Die gesetzlich vorgegebenen **Beteiligungsrechte des Betriebsrats** können nur in Ausnahmefällen tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung (§ 102 Abs. 6 BetrVG) **erweitert** oder zum Gegenstand „**freiwilliger Mitbestimmung**“ nach § 88 BetrVG gemacht werden (vgl. C.III.).

III. Betriebsverfassungsrecht II

1. Königsrecht „Mitbestimmung“

Das stärkste Beteiligungsrecht des Betriebsrates ist das **Mitbestimmungsrecht** (z.B. § 87 BetrVG). In dem Bereich dieses sog. echten Mitbestimmungsrechts kann der Arbeitgeber Maßnahmen im Betrieb nur im einvernehmlichen Zusammenwirken mit dem Betriebsrat treffen. Es geht dabei grundsätzlich um Regelungsfragen, im Ausnahmefall auch um Rechtsfragen (z.B. Urlaubsfestlegung § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG; Festlegung von Altersgrenzen BAG 05.03.2013 – 1 AZR 417/12 –). Der Betriebsrat besitzt bei den Mitbestimmungsrechten ein **Initiativrecht**, d.h., er kann vom Arbeitgeber eine Regelung verlangen und im Nichteinigungsfall die Einigungsstelle anrufen, welche die fehlende Regelung ersetzt (§§ 87 Abs. 2, 76 Abs. 5 Satz 1 BetrVG). Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sind abschließend im Gesetz geregelt, im darüber hinausgehenden Bereich gibt es nur eine **sog. „freiwillige Mitbestimmung“** (§ 88 BetrVG). Nach dem 2001 erlassenen Betriebsverfassungsreformgesetz steht dem Betriebsrat nunmehr auch ein Mitbestimmungsrecht bei **Gruppenarbeit** und deren Durchführung (§ 87 Abs. 1 Nr. 13) zu. Außerdem gewährt § 92 a BetrVG dem Betriebsrat ein Vorschlags- und Beratungsrecht zum Zwecke der **Beschäftigungssicherung**.

2. Schutz des Mitbestimmungsrechts

Der Betriebsrat kann bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Mitbestimmungsrechte beim Arbeitsgericht beantragen, diesem aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Handelt der Arbeitgeber dem gerichtlichen Befehl zuwider, so kann er durch Zwangsgeld bis zur Höhe von 10.000,-- € zu betriebsverfassungskonformen Verhalten angehalten werden (§ 23 Abs. 3 BetrVG). Seit 1994 erkennt das BAG im **Regelungsbereich des § 87 BetrVG** auch einen **allgemeinen Unterlassungsanspruch** bei mitbestimmungswidrigen Verhalten des **Arbeitgebers** an (BAG 03.05.1994 – 1 ABR 24/93 –). Bei **groben Verstößen des Betriebsrates** kann der Arbeitgeber, ein Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer oder eine einen Betrieb vertretende Gewerkschaft die Auflösung des Betriebsrates oder den Ausschluss eines Mitgliedes aus dem Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen (§ 23 Abs. 1 BetrVG; zum Ablauf des Beteiligungsverfahrens bei Kündigungen vgl. C.IV.).

3. Vetorecht

- In Unternehmen mit in der Regel **mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern** hat der Betriebsrat bei personellen Maßnahmen (Einstellung, Versetzung, Eingruppierung und Umgruppierung) ein **Vetorecht**. **Einstellung** ist entweder der Abschluss des Arbeitsvertrages oder die Aufnahme der Arbeit. Fallen beide Maßnahmen auseinander, setzt das Mitbestimmungsrecht immer bei dem zeitlich ersten Schritt ein. Als Einstellung gilt gemäß § 14 Abs. 3 AÜG auch die Beschäftigung von **Leiharbeitnehmern**, bei deren **nicht nur vorübergehendem Einsatz** der Betriebsrat seine **Zustimmung verweigern** darf (BAG 10.07.2013 – 7 ABR 91/11 –).

- Bei der Versetzung eines Arbeitnehmers ist die **arbeitsvertragliche** von der **betriebsverfassungsrechtlichen Versetzung** zu unterscheiden. Die arbeitsvertragliche Versetzung stellt die vorübergehende Zuweisung eines anderen als des vertraglich vereinbarten Tätigkeitsbereichs dar. Die Zulässigkeit hängt allein vom Inhalt des Arbeitsvertrages ab. Die betriebsverfassungsrechtliche Versetzung ist in § 95 Abs. 3 BetrVG definiert. Auch wenn arbeitsvertraglich demnach eine Versetzung zulässig ist, bleibt das Zustimmungsverfahren nach § 99 Abs. 1 auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene erforderlich. Muss der Arbeitgeber zur Versetzung eine Änderungskündigung aussprechen, so sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrates aus §§ 99, 102 BetrVG nebeneinander anwendbar; das Verfahren nach § 102 BetrVG hat aber „Vorrang“.
- Bei der **Eingruppierung** des Arbeitnehmers hat der Betriebsrat nur eine Kontrollfunktion, da es sich dabei um einen reinen Normenvollzug (sog. Tarifautomatik) handelt. Es gibt hier nichts, wobei mitzubestimmen wäre. Auch wenn der Betriebsrat einer bestimmten Eingruppierung zustimmt, kann er nicht verhindern, dass der Arbeitnehmer eine Klage auf andere höhere Eingruppierung erhebt. Es handelt sich deshalb bei diesem Beteiligungsrecht um eine verfahrensrechtliche Mitbeurteilung im Blick auf die vom Betriebsrat mit zu überwachende **Lohnge-rechtigkeit** (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG).
- Die **Umgruppierung** ist jede Änderung in der tariflichen Stellung des Arbeitnehmers (Höher- und Herabstufung). Die Änderung arbeitsvertraglicher Bedingungen, ohne dass sich die Lohngruppe ändert, stellt keine Umgruppierung dar. Umgruppierungen sind beispielsweise erforderlich, wenn das zugrunde liegende tarifvertragliche Regelungswerk verändert wird.

4. Personelle Maßnahmen

- Der Arbeitgeber muss den Betriebsratsvorsitzenden oder dessen Stellvertreter über die jeweilige konkrete **personelle Maßnahme i.S.v. § 99 BetrVG** unterrichten und darüber Auskunft erteilen (Textform genügt). Dazu gehört bei Einstellungen der ausgewählte Arbeitnehmer, weitere Bewerber und sonstige betroffene Arbeitnehmer des Betriebes. Nach herrschender Meinung müssen die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber vorgelegt werden. Der Arbeitgeber muss über die einzelnen Daten der Personen informieren. Er muss soweit unterrichten, als er selbst unterrichtet ist. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat über die erwarteten Auswirkungen der personellen Maßnahme im Betrieb Auskunft zu erteilen und die Arbeitsplätze zu benennen, die von der personellen Einzelmaßnahme betroffen sind. Er hat den Aufgabenbereich zu umschreiben, die Abteilung zu nennen und den Ort der Arbeitsleistung mitzuteilen und über die geplante Eingruppierung zu unterrichten. Dabei geht es nur um die Mitteilung der bestimmten Lohn- und Gehaltsgruppe, nicht um die Einzelabrede über das konkrete Gehalt.
- Die **fehlerhafte Unterrichtung** des Betriebsrates hat zur Folge, dass die **Wochenfrist** des § 99 BetrVG nicht läuft. Eine **Zustimmungsverweigerung** des Betriebsrates (Vetorecht) ist indessen an die Versagungsgründe in § 99 Abs. 2 BetrVG gebunden. Damit die Zustimmungsverweigerung beachtlich ist, hat der Betriebsrat den **Widerspruch ordnungsgemäß** zu formulieren, d.h., er muss die konkreten Umstände benennen, die einer der Gründe des § 99 Abs. 2 BetrVG ausfüllen. Bei ordnungsgemäßer Verweigerung durch den Betriebsrat hat der Arbeitgeber vor Durchführung der Maßnahme einen erfolgreichen **Zustimmungsersetzungsantrag** beim Arbeitsgericht (§ 99 Abs. 4 BetrVG) zu stellen.

Einen **Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei gesetzeswidrigem Verhalten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit personellen Maßnahmen gibt es wegen der Sonderregelungen in §§ 100,101 BetrVG nicht.**

- Die Stellungnahme des Betriebsrates muss wie bei all seinen Entscheidungen auf einen **Mehrheitsbeschluss in einer Betriebsratssitzung** beruhen, zu der förmlich unter Mitteilung des Tagesordnungspunkts eingeladen worden ist. Ein Umlaufverfahren genügt nicht. Allerdings können die in der Betriebsratssitzung anwesenden Betriebsratsmitglieder über einen nicht vorab angekündigten Tagesordnungspunkt beraten und abstimmen, wenn sie dies einstimmig beschließen (BAG 15.04.2014 – 1 ABR 2/13 –). Die Stellungnahme des Betriebsrats hat gegenüber dem Arbeitgeber oder dessen Bevollmächtigten schriftlich (Textform genügt) zu erfolgen.

5. Anhörungsrecht bei Kündigung

- Das **Anhörungsrecht** des Betriebsrates nach **§ 102 BetrVG** ist vor jeder Art von **Kündigung** (ordentliche, außerordentliche, Änderungskündigung) zu beachten. Es greift nicht ein, wenn der Betriebsrat die Kündigung selbst verlangt hat (§ 104 BetrVG) oder wenn der Betriebsrat noch nicht konstituiert oder funktionsunfähig ist. Eine **Anhörung** hat bei Abschluss eines **Aufhebungsvertrages** oder bei **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses durch **Zeitablauf (Befristung) nicht zu erfolgen**. Eine Anhörung hat vor und nicht nach der Kündigungsbekanntgabe stattzufinden. Die **Anhørungsfrist** beträgt bei der **ordentlichen Kündigung eine Woche, bei der außerordentlichen Kündigung drei Tage**. Bei der Kündigung eines bestimmten Arbeitnehmers sind folgende **Angaben** im Anhørungsverfahren **unverzichtbar**:
 - Person des Arbeitnehmers mit Personalien, soziale Verhältnisse des Arbeitnehmers (Alter, Familienstand, Zahl der Kinder, Betriebszugehörigkeit, besonderer Kündigungsschutz), Art der Kündigung (außerordentliche oder ordentliche, gegebenenfalls hilfsweise ordentliche Kündigung), Kündigungsstermin und wesentliche Kündigungsgründe. Außerdem sind bei einer Interessenabwägung zur Kündigung die Überlegungen des Arbeitgebers dazu darzustellen.
- Die an den Betriebsratsvorsitzenden, bei Verhinderung an dessen Stellvertreter zu richtende Anhørungsmittelung kann formlos während der Arbeitszeit des Betriebsrates im Betrieb eingeleitet werden. Die Unterrichtungspflicht des Betriebsrates besteht auch, wenn der **Arbeitnehmer** noch **keinen Kündigungsschutz** genießt (bis zu 6 Monaten). Eine schlagwortartige Mittelung von Kündigungsgründen ist nicht ordnungsgemäß, die Tatumstände sind zu konkretisieren und so detailliert wie möglich anzugeben, damit der Betriebsrat beurteilen kann, ob Bedenken oder ein Widerspruch sinnvoll sind. Ist bis zum Ablauf der sechsmonatigen Wartefrist noch kein Kündigungsschutz erreicht, genügt es allerdings subjektive Wertungen des Arbeitgebers mitzuteilen (z.B. „passt nicht in unseren Betrieb“).
- Der Betriebsrat hat die Möglichkeit, sich **nicht zu äußern**, sodass nach Ablauf der Fristen die **Zustimmung als erteilt** gilt. Er kann der beabsichtigten Kündigung **zustimmen** oder alle möglichen **Bedenken äußern**. Will er einen förmlichen **Widerspruch** nach § 102 Abs. 3 BetrVG einlegen, so hat er sich an den dortigen Widerspruchsgründen zu orientieren und diese durch konkrete Angaben auszufüllen. Die Berufung auf einen Paragraphen allein genügt dazu nicht (zum Ablauf des Verfahrens vgl. C.IV.).

- Trotz Bedenken oder förmlichen Widerspruchs des Betriebsrats hat der Arbeitgeber das Recht, die Kündigung auszusprechen. Bei förmlichem **Widerspruch** hat der Arbeitnehmer im Falle der **ordentlichen Kündigung** und nach Erhebung der Kündigungsschutzklage einen **Weiterbeschäftigungsanspruch** (§ 102 Abs. 5 BetrVG). Vgl. dazu Teil A E III.
- Bei **Mängeln im Anhörungsverfahren**, die in der **Sphäre des Betriebsrats** liegen, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, sogar wenn der Arbeitgeber weiß oder vermuten kann, dass Mängel bestehen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Fehler vom Arbeitgeber veranlasst worden ist oder der Mangel des Anhörungsverfahrens sich ihm aufdrängen muss. Mängel im Verantwortungsbereich des Betriebsrates liegen z.B. in der fehlerhaften Besetzung, in der nicht ordnungsgemäßen Ladung, in der nicht erfolgten Ladung von Ersatzmitgliedern und in der Anwesenheit des Arbeitgebers während der Betriebsratssitzung.

6. Unterrichts- und Beratungsrechte

Der Betriebsrat hat in einer Vielzahl von Fällen Unterrichts- und Beratungsrechte gegenüber dem Arbeitgeber, deren Verletzung straf- oder bußgeldrechtliche Folgen (§§ 119 ff. BetrVG) haben, im Einzelfall auch die Unwirksamkeit individual-rechtlicher Maßnahmen (z.B. unwirksame Kündigung) nach sich ziehen können. Als Beispiele sind hier nur die Beteiligung des Betriebsrats bei **Betriebsänderungen** (§§ 111 bis 113 BetrVG) oder im Zusammenhang mit **Massenentlassungen** (§ 17 KSchG) zu nennen.

7. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in der Zusammenschau

Art der Beteiligung	Soziale Angelegenheiten, Arbeitsplatzgestaltung	Personelle Angelegenheiten, Bildungsmaßnahmen	Wirtschaftliche Angelegenheiten
Unterrichtung		§§ 99, 102, 105	§ 111
Anhörung		§ 102	
Beratung	§ 90	§§ 92, 92a, 96, 97	§ 111
Widerspruch		§ 102	
Zustimmungsverweigerung		§ 99	
Mitbestimmung	§§ 87, 91	§§ 93, 94, 95, 98	§§ 112, 112a

IV. Beteiligung des Betriebsrats bei ordentlicher Kündigung

