Prof. Dr. Burkhard Boemke

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht
der Universität Leipzig

Einzelvertragliches Zustimmungserfordernis zur Kündigung

(BAG 23.04.2009 - 6 AZR 263/08 - NZA 2009, 915 ff.)

Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender BR-Zustimmung?

I. AV i. V. m. §§ 102 I 3, VI BetrVG analog

1. Fehlende Zustimmung des BR

a) Zustimmung nicht ausdrücklich erklärt

b) § 102 II 2 BetrVG analog?

h. M. zu § 102 VI BetrVG: keine analoge Anwendung

2. Wirksamkeit der Vereinbarung

BAG (-) wegen des zwingenden Charakters der Mitbestimmungs-regelungen des BetrVG

Einzelvertragliches Zustimmungserfordernis zur Kündigung

(BAG 23.04.2009 - 6 AZR 263/08 - NZA 2009, 915 ff.)

Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender BR-Zustimmung?

II. AV i. V. m. § 182 I BGB

1. Vereinbarung (+)

2. Wirksamkeit der Vereinbarung

h. M.: Unzulässigkeit der Zustimmungsvereinbarung für künftige Rechtsgeschäfte
arg. aus § 137 BGB

⇒Vereinbarung unwirksam

⇒Kündigung wirksam

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

A. Tatbestandsvoraussetzungen

- Sie => § 74 II 2 BetrVG (Arbeitgeber und Betriebrat)
- Parteipolitische Betätigung
- Im Betrieb

I. Arbeitgeber oder Betriebsrat

hier: Betriebsrat (+)

Arbeitgeber (+

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

II. Parteipolitische Betätigung

1. Parteipolitische Betätigung

= jede Betätigung für oder gegen eine politische Partei, wobei es sich nicht um eine Partei i. S. v. Art. 21 GG bzw. des Parteiengesetzes handeln muss, es genügt vielmehr eine politische Gruppierung, für die geworben oder die unterstützt wird

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

1. Parteipolitische Betätigung

Hier: Nein, zum Irak-Krieg, wohl (-)

Schreiben des DGB-Vorsitzenden HH wohl (-)

andersErfK/Kania, § 74 BetrVG Rn. 25: „in einer Parteiendemokratie ist im Zweifel jede Politik Parteienpolitik“

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

2. Allgemeinpolitische Betätigung

Weites Verständnis von Partei- i. S. v. Allgemeinpolitik

So noch BAG vom 12.06.1986 – 6 ABR 67/84

Anders BAG vom 17.03.2010 – 7 ABR 95/08

- Wortlaut, der nicht von „politisch“, sondern „parteipolitisch“ spricht
- Ausfluss aus Art. 5 I GG

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

2. Allgemeinpolitische Betätigung

Dagegen:

allgemeine Auffassung, dass ein zwangsverfasster Verbands außerhalb ihrer Zuständigkeit für den Verband keine allgemeinpolitische Meinungen kundgeben darf

Organ bzw. Organmitglieder in ihrer Eigenschaft sind keine Grundrechtsträger

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

III. Im Betrieb

Hier (+): Bekanntmachungsbrett im Betrieb

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

B. Rechtsfolge

Unterlassungsanspruch?

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

I. Wortlaut

BAG vom 17.03.2010 – 7 ABR 95/08
Es wird weder geregelt, dass bei Verstößen Unterlassung verlangt werden kann, noch wer Inhaber eines Unterlassungsanspruchs ist (Rn. 26)

Ulrici, jurisPR-ArbR 37/2010 Anm. 1
Auch § 611 Abs. 1 BGB benennt im Wortlaut nur den jeweiligen Verpflichteten, nicht aber den korrespondierenden Berechtigten

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

II. Systematik

BAG vom 17.03.2010 – 7 ABR 95/08
Selbst § 23 I BetrVG sieht keinen Unterlassungsanspruch gegen BR vor (Rn. 27)

Ulrici, jurisPR-ArbR 37/2010 Anm. 1
§ 23 I BetrVG befindet sich in den allgemeinen Vorschriften über die Amtszeit des BR

Politische Betätigung des Betriebsrats und Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers

(BAG 17.03.2010 - 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 ff.)

III. Sinn und Zweck

BAG vom 17.03.2010 – 7 ABR 95/08
Unterlassungstitel gegen BR wäre nicht vollstreckbar (Rn. 28)

Ulrici, jurisPR-ArbR 37/2010 Anm. 1
Ablehnung des Anspruchs verkürzt den allgemeinen Rechtsschutz

Die Kritik des Betriebsratsmitglieds

(BAG 11.12.1975 - 2 AZR 426/74 - AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1969)

I. Amtsenthebung (§ 23 I 1 BetrVG)

1. Antragsberechtigung

Arbeitgeber (+)

2. grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten

gesetzliche Pflicht = § 74 II 1 Hs. 1 und 2 BetrVG
Verstoß = (+)
grobe Pflichtverletzung = objektiv erheblicher Verstoß
ist unter Berücksichtigung aller Umstände ein Verbleib im Amt untragbar

3. In Zusammenhang mit BR-Amt ?

Die Kritik des Betriebsratsmitglieds

(BAG 11.12.1975 - 2 AZR 426/74 - AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1969)

II. Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB, § 103 BetrVG)

1. Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB)

   Tatsachen, die jede weitere Fortsetzung des ArbV unzumutbar machen?

2. Zustimmung des BR (§ 103 I BetrVG)

Geringere Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmer

(BAG 20.01.2009 - 1 AZR 740/07 - NZA 2009, 495 ff)

Anspruch auf Abfindung gemäß einer festgelegten Formel nach BV
„Alter x Betriebszugehörigkeit x Bruttomonatsentgelt : 54“

=> Anspruchs des Kl., soweit nicht durch die Sonderregelung für Arbeitnehmer ab 62 ausgeschlossen

I. Voraussetzungen der Sonderregelung

Geringere Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmer

(BAG 20.01.2009 - 1 AZR 740/07 - NZA 2009, 495 ff)

II. Unwirksamkeit der Sonderregelung

Hier: Verstoß gegen § 75 I Hs. 2 (Alter) BetrVG?

- Gruppenbezogene Regelung
- Herausnahme einzelner Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern aus Altersgründen
- Ungleichbehandlung
  - Vergleichbarkeit der begünstigten und nichtbegünstigten AN
  - Fehlen eines sachlichen Grunds für Differenzierung

Geringere Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmer

(BAG 20.01.2009 - 1 AZR 740/07 - NZA 2009, 495 ff)

1. Gruppenbezogene Regelung (+)

= Berechnung der Sozialplanabfindung gemäß allgemeiner Formel

2. Herausnahme einer Gruppe von AN aus Altersgründen (+)

= abweichende, benachteiligende Regelung auf Grund des Alters

Geringere Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmer

(BAG 20.01.2009 - 1 AZR 740/07 - NZA 2009, 495 ff)

3. Ungleichbehandlung

= kein Sachgrund für Differenzierung/keine Vergleichbarkeit

Ist der gewählte Differenzierungsgrund im Hinblick auf das angestrebte Differenzierungsziel sachlich gerechtfertigt und angemessen

a) Differenzierungsziel ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Sozialplans:

§ 112 I 2 BetrVG: zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion kein zusätzliches Entgelt für in der Vergangenheit erbrachte Dienste

Geringere Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmer

(BAG 20.01.2009 - 1 AZR 740/07 - NZA 2009, 495 ff)

b) Ist Unterscheidung zwischen AN vor und nach dem 62.Lj. an sich gerechtfertigt?

Sozialplan kann nicht individuelle Nachteile ausgleichen, weil diese zukunftsbezogen bestehen. Daher ist eine Typisierung gerechtfertigt.

Rentennahe Jahrgänge haben regelmäßig deutlich geringere wirtschaftliche Nachteile als jüngere Arbeitnehmer zu erwarten, weil diese voraussichtlich spätestens drei Jahre nach der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses die ungekürzte gesetzliche Altersrente in Anspruch nehmen und darüber hinaus die Zwischenzeit zumindest weitgehend durch den Bezug von Arbeitslosengeld überbrücken können

Vgl. auch § 10 Nr. 6 AGG

Geringere Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmer

(BAG 20.01.2009 - 1 AZR 740/07 - NZA 2009, 495 ff)

c) Ist Differenzierung auch verhältnismäßig?

Könnte fraglich sein, weil AN mit 61 Jahren erhebliche Abfindungen bekommen, die mit Erreichen des 62. Lj. deutlich geschmälert werden.

Aber zwangsläufige Folge von Stichtagsregelungen

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

BV wirkt nach § 77 IV 1 BetrVG unmittelbar und zwingend
=> Kein Anspruch, wenn BV wirksam

Vorauss.:

- Abschluss einer **BV** mit Rauchverbot
- **Regelungskompetenz** der Betriebspartner
- **kein Verstoß** gegen höherrangiges Recht

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

A. Abschluss einer BV

Rauchverbot drinnen und draußen, mit Ausnahme eines „Raucherstands“

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

B. Regelungskompetenz der Betriebspartner

§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: „Ordnung des Betriebs“

I. Begriff und Abgrenzung zum Arbeitsverhalten

Ordnung des Betriebs = Normierung verbindlicher Verhaltensregeln für die Arbeitnehmer eines Betriebs zur Sicherung eines ungestörten Arbeitsablaufs und des reibungslosen Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb

Mitbestimmungsfrei Weisungen betreffend die Arbeitsleistung

= Konkretisierung der Arbeitspflicht hinsichtlich Gegenstand, Ort, Zeit und Reihenfolge sowie Art und Weise der Leistungserbringung ist mitbestimmungsfrei

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

II. Subsumtion

Rauchen betrifft grds. das leistungsbegleitende Verhalten, soweit durch das Rauchen nicht schon die Arbeitsleistung selbst beeinträchtigt wird

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

C. Wirksamkeit der BV

Verstößt BV gegen höherrangiges Recht ?

I. Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit (§ 75 II BetrVG)

Rauchen als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

II. Nichtraucherschutz (§ 5 I ArbStättVO)

1. Nichtraucherschutz als Regelungsziel

Abs. 1: „Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind. Soweit erforderlich, hat der Arbeitgeber ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen“.

=> Rauchverbot zum Schutz der Nichtraucher zulässig, soweit erforderlich

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

2. Rauchverbot in Räumen

a) Erforderlichkeit

(+) im Sinne eines absoluten Nichtraucherschutzes

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

2. Rauchverbot in Räumen

b) Angemessenheit

BAG (Rn. 56)

„Dem ist entgegenzuhalten, daß auch bei Einrichtung eines "Raucherzimmers" innerhalb eines Gebäudes Belästigungen von Nichtrauchern kaum zu vermeiden sind; eine völlige Abschottung von den übrigen Gebäudeteilen ist praktisch nicht erreichbar. Die Belästigungen würden sogar für die unmittelbare Umgebung verstärkt, da mit einer massierten Nutzung durch Raucher zu rechnen wäre.“

Blauer Dunst

(BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff.)

3. Rauchverbot im Freien

BAG (Rn. 49)

Der mit dem Verbot verfolgte Zweck, Nichtraucher vor Gefahren und Belästigungen zu schützen, rechtfertigt es allerdings nicht, das Rauchen sogar auf dem Freigelände zu verbieten. Beim Rauchen im Freien werden Nichtraucher nicht nennenswert beeinträchtigt.

Kürzung der Altersversorgung für Pensionäre

(BAG 18.5.1977 - 3 AZR 371/76 - AP Nr. 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt)

An. K gegen B auf 904 DM/Monat aus Ruhegeldordnung 1961

A. An. entstanden

Wirksamkeit der Ruhegeldordnung (+), keine abweichenden Anhaltspunkte im SV

Anwendbarkeit auf Rechtsbeziehung zwischen K und B (+)

- Persönlicher Geltungsbereich
- Räumlicher Geltungsbereich

.

Kürzung der Altersversorgung für Pensionäre

(BAG 18.5.1977 - 3 AZR 371/76 - AP Nr. 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt)

B. Anspruch untergegangen

Ersetzung der Ruhegeldordnung 1961 durch 1975

I. **Wirksamkeit** der neuen Ruhegeldordnung 1975 als Betriebsvereinbarung (+)

II. **Geltung** der Betriebsvereinbarung RGO 1975 **auch für K**
Ruheständler werden vom persönlichen Geltungsbereich der BV nicht erfasst (-)

.

Mitbestimmung bei Verbot der Handy-Nutzung

(LAG Baden-Württemberg vom 30.10.2009 - 6 TaBV 33/09)

Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 1 BetrVG

- **Kollektiver Tatbestand** (+)
- **Keine** abschließende **gesetzliche oder tarifliche Regelung** (+)
- Vorliegen des **Mitbestimmungstatbestands**

I. Tatbestandsvoraussetzungen (§ 87 I Nr. 1 BetrVG)

1. Definition

a) Ordnung des Betriebs

= Normierung verbindlicher Verhaltensregeln für die Arbeitnehmer eines Betriebs zur Sicherung eines ungestörten Arbeitsablaufs und des reibungslosen Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb

b) Verhalten der Arbeitnehmer

= Arbeitgebermaßnahmen, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen oder berühren, ohne dass sie verbindliche Normen für das Verhalten der Arbeitnehmer zum Inhalt haben

2. Subsumtion

Hier: Verbindliche Verhaltensanordnung

⇨Ordnung des Betriebs

II. Keine Mitbestimmung bei bloßer Konkretisierung der Arbeitspflicht

1. Definition

Alle Weisungen, die bei der Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind. Das Arbeitsverhalten ist berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise das geschehen soll. Mitbestimmungsfrei sind danach nur Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird.

II. Keine Mitbestimmung bei bloßer Konkretisierung der Arbeitspflicht

2. Subsumtion

LAG Baden-Württemberg vom 30.10.2009 - 6 TaBV 33/09 – Rn. 30

„Es gehört nach Auffassung der Beschwerdekammer zu den selbstverständlichen Pflichten, dass die betreffenden Arbeitnehmer während der Arbeitszeit - nur hierauf bezieht sich die Dienstanweisung der Arbeitgeberin - von der aktiven und passiven Benutzung des Handys – absehen“.

Kritisch Dahl, jurisPR-ArbR 28/2010 Anm. 1 unter D

Beispielsfall: Mitbestimmung bei Arbeitszeit

(BAG vom 23.06.1993 - 1 AZR 57/92 – NZA 1993, 89 ff.)

Verbindliche Festlegung der Arbeitszeit durch BV

Voraussetzungen:

Abschluss einer wirksamen BV

- **Keine günstigere, vorrangige Individualabrede**

I. BV gemäß § 87 I Nr. 2 BetrVG (+)

II. Keine günstigere, vorrangige Individualvereinbarung

Hier: Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1990

1. Inhalt der Vereinbarung

Arbeitszeit von 7.00 – 16.00 Uhr

2. Auslegung der Vereinbarung

Entweder 07.00 – 16.00 Uhr

Oder betriebsübliche Arbeitszeit

BAG: Inhalt einer solchen Vereinbarung ist lediglich, dass die vereinbarte Arbeitsleistung zu den jeweiligen wirksam bestimmten betrieblichen Arbeitszeiten zu erbringen ist.

Betriebsferien zwischen den Jahren

(BAG vom 9.5.1984 - 5 AZR 412/81 - AP Nr. 58 zu § 1 LohnFG)

I. Anspruch entstanden
durch Abschluss des Arbeitsvertrags

II. Anspruch untergegangen
1. § 326 Abs. 1 BGB: Ohne Arbeit kein Lohn
2. § 3 Abs.1 EFZG als anspruchserhaltende Gegennorm
   a) Arbeitnehmereigenschaft
   b) Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

Betriebsferien zwischen den Jahren

(BAG vom 9.5.1984 - 5 AZR 412/81 - AP Nr. 58 zu § 1 LohnFG)

c) Verhinderung infolge Arbeitsunfähigkeit

Vorauss.: AU als einziges Leistungshindernis, nicht wenn die Arbeit auch aus anderen Gründen unterblieben wäre

bb) Vereinbarung von Betriebsferien durch BV gem. § 87 I Nr. 5 BetrVG

Aber: wg. § 9 BurlG kein Einfluss auf den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle

Betriebsferien zwischen den Jahren

(BAG vom 9.5.1984 - 5 AZR 412/81 - AP Nr. 58 zu § 1 LohnFG)

cc) Bedeutung: Vereinbarung von Kurzarbeit durch BV gem. § 87 I Nr.3 BetrVG mit Wirkung gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG

- ⇨ Keine Arbeitsverpflichtung am 27./28.12.1979
- ⇨ Keine Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen AU, sondern weil an diesen Tagen keine Arbeitspflicht bestand

Betriebsferien zwischen den Jahren

(BAG vom 9.5.1984 - 5 AZR 412/81 - AP Nr. 58 zu § 1 LohnFG)

Wirksamkeit der BV: Angemessenheit, weil nur zwei Tage betroffen und Lohnverlust durch Urlaub auffangbar

Rechtzeitige Ankündigung zu Jahresbeginn, AN konnten sich darauf einstellen

Die Kürzung der Fernauslöse

(BAG vom 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 ff.)

Arbeitgeber A gewährte seinen Mitarbeitern auf arbeitsvertraglicher Grundlage eine pauschale Fernauslösung in Höhe von 58,15 DM je Kalendertag. Aus betrieblichen Gründen wollte er diese Fernauslösung kürzen. Mit dem Betriebsrat kam hierüber eine verbindliche Betriebsvereinbarung nicht zustande, weil dieser nicht in einzelvertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer eingreifen wollte. A kündigte daher nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats am 29.4.1994 die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Mitarbeiter auf und bot diesen die Fortsetzung zu geänderten Bedingungen, nämlich mit niedrigerer Auslöse, an. Arbeitnehmer B nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an und wendet sich nunmehr mit der Änderungsschutzklage gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen.

Mit Erfolg?

Die Kürzung der Fernauslöse

(BAG vom 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 ff.)

Frage: Steht die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung entgegen

Problem: Der Arbeitgeber kann **mitbestimmungsfrei** den **Dotierungsrahmen senken,** aber **nicht** die **Mittel umverteilen**

Die Kürzung der Fernauslöse

(BAG vom 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 ff.)

Kollektivrechtlich benötigt der Arbeitgeber daher für die beabsichtigte Maßnahme der **Zustimmung des Betriebsrats,** der Betriebsrat **kann aber** seinerseits **nicht** durch Betriebsvereinbarung **bestehende Ansprüche der Arbeitnehmer kürzen.**

Die Kürzung der Fernauslöse

(BAG vom 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 ff.)

Individualarbeitsrechtlich sind **Willenserklärungen nicht wirksam**, wenn der Betriebsrat nicht zugestimmt hat.

er Fernauslöse

(BAG vom 17.6.1997 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 ff.)

Lösung: Der Arbeitgeber kann **ohne Zustimmung des Betriebsrats** wirksam**Änderungskündigungen zum Zwecke der Senkung des Dotierungsrahmens** aussprechen, soweit die sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben sind.

er Fernauslöse

(BAG vom 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 ff.)

Die **Änderung** darf aber erst dann vollzogen werden, wenn der **Betriebsrat** seine **Zustimmung** erteilt hat.

Frage: Änderung dann **ex tunc oder ex nunc?**

Beispielsfall: Anrechnung von Tariflohnerhöhung

Arbeitgeber A gewährt einer Gruppe von Arbeitnehmern eine Zulage von 300 €, einer weiteren Gruppe eine Zulage von 200 € und einer letzten Gruppe von Arbeitnehmern eine Zulage von 100 €. Die Tariflohnerhöhung von 150 € möchte er in Höhe von 75 € auf die Zulagen anrechnen. Steht dem Betriebsrat im Betrieb des A ein Mitbestimmungsrecht zu?

Welche Anrechnungsmöglichkeiten bestehen für A, um eine Mitbestimmung des Betriebsrats zu vermeiden.

(Zur Mitbestimmung bei der betrieblichen Lohngestaltung siehe auch BAG (GS) vom 3.12.1991, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG vom 11.8.1992, AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG vom 22.9.1992, AP Nr. 55 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG vom 28.9.1994, AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG vom 14.2.1995, AP Nr. 72 und Nr. 73 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Boemke/Seifert, BB 2001, 985 ff.; Hromadka, DB 1991, 2133 ff. und DB 1992, 1573 ff.; Joost, ZfA 1993, 257 ff.; Matthes, NZA 1987, 289 ff.; Richardi, NZA 1992, 961 ff.; Wiese, NZA 1990, 793 ff.)

Beispielsfall: Anrechnung von Tariflohnerhöhung

Grds.: Anrechnung von Tariflohnerhöhungen mitbestimmungspflichtig, wenn sich die Verteilungsgrundsätze ändern.

Verteilungsgrundsätze = Verhältnis der Zulagen zueinander

Vorher: 300 : 200 : 100 = 3 : 2 : 1

Nach Anrechnung von 75 €: 225 : 125 : 25 = 9 : 5 : 1

=> Änderung der Verteilungsrundsätze und daher mitbestimmungspflichtig

Beispielsfall: Anrechnung von Tariflohnerhöhung

Keine Mitbestimmungspflicht bei Beibehaltung der Verteilungsgrundsätze = Verhältnis der Zulagen zueinander

Vorher: 300 : 200 : 100 = 3 : 2 : 1

Nach Anrechnung muss Verhältnis 3 : 2 : 1 erhalten bleiben,

z. B. Anrechnung von 150 €, 100 € und 50 €, so dass verbleiben 150 € : 100 € : 50 €.

Keine Anrechnung bei tatsächlichem Hindernis = Wegfall aller Zulagen: hier nicht möglich

Keine Anrechnung bei rechtlichem Hindernis = vollständige und gleichmäßige Anrechnung (Hier: der 150 € Tariflohnerhöhung) auf sämtliche Zulagen

=> 150 € : 50 € : 0 €.

Unterstützung bei Filialeröffnung

(BAG vom 18.10.1988 - 1 ABR 26/87 - AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972)

Arbeitgeber A betreibt ein Einzelhandelsgeschäft mit mehreren Filialen. Anlässlich der Eröffnung eines neuen Markts in Leonberg ordnete er mehrere, in der Filiale Eppingen beschäftigte Arbeitnehmer für die Dauer von einer Woche als Eröffnungsunterstützung nach Leonberg ab. Der Betriebsrat ist der Auffassung, diese Maßnahme bedürfe seiner Zustimmung. Zu Recht?

(Zur Beteiligung des Betriebsrats bei Versetzungen siehe auch BAG vom 26.5.1988, AP Nr. 13 zu § 99 BetrVG 1972; BAG vom 8.8.1989, AP Nr. 18 zu § 95 BetrVG 1972; BAG vom 2.4.1996, AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung; Belling, DB 1985, 335 ff.; v. Hoyningen-Huene, NZA 1993, 145 ff.; Matthes, DB 1975, 1651 ff.)

Unterstützung bei Filialeröffnung

(BAG vom 18.10.1988 - 1 ABR 26/87 - AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972)

Mitbestimmungspflichtigkeit der Maßnahme

Hier **§§ 99 I, 95 III BetrVG**

Voraussetzung: Versetzung

Unterstützung bei Filialeröffnung

(BAG vom 18.10.1988 - 1 ABR 26/87 - AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972)

I. Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs

Hier: Abordnung als räumlich-örtliche Veränderung (+)

II. Erheblichkeit der Änderung

1. Voraussichtlich mehr als einen Monat (-)

Unterstützung bei Filialeröffnung

(BAG vom 18.10.1988 - 1 ABR 26/87 - AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972)

2. Erhebliche Änderung der Arbeitsumstände

a) Definition

Nicht die materiellen Arbeitsbedingungen, sondern äußeren Bedingungen, unter denen Arbeit geleistet wird

Erheblichkeit ist vom Standpunkt eines neutralen Beobachters aus objektiv zu beurteilen

Unterstützung bei Filialeröffnung

(BAG vom 18.10.1988 - 1 ABR 26/87 - AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972)

2. Erhebliche Änderung der Arbeitsumstände

b) Subsumtion

Für alle drei abgeordneten Arbeitnehmer/innen war die Tätigkeit in Leonberg mit einer um ca. eine Stunde längeren An- und Rückfahrt verbunden war.

=> Mitbestimmungspflicht

Die untertarifliche Einstellung

(BAG vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294 ff.)

Arbeitgeber Artig ist tarifgebunden und stellt jährlich, dem Bedarf entsprechend, sechs bis acht Auszubildende zu tariflichen Arbeitsbedingungen ein. Im Jahr 1997 bot er über diesen Bedarf hinaus fünf weitere Ausbildungsplätze an, verlangte allerdings von den Bewerbern die Bereitschaft, auf einen Teil der tariflichen Leistungen zu verzichten, um die beruflichen Zukunftschancen zu verbessern. Mit Schreiben vom 13.8. und 2.9.1997 informierte er den Betriebsrat über die beabsichtigte Einstellung von fünf Auszubildenden. Mit diesen war eine untertarifliche Ausbildungsvergütung vereinbart worden, weil keiner der Auszubildenden gewerkschaftlich organisiert war. Der Betriebsrat verweigerte die beantragte Zustimmung zur Einstellung u. a. mit der Begründung, dass die beabsichtigte Vergütung gegen den Tarifvertrag verstoße und Artig unzulässigerweise die Gewerkschaftszugehörigkeit zum Auswahlkriterium erhoben habe.

Was kann Artig unternehmen, mit Erfolg?

(Zur Zustimmungsverweigerung und zum Zustimmungsersetzungsverfahren siehe auch BAG vom 10.2.1976, AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972; BAG vom 16.7.1985, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972; BAG vom 18.10.1988, AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972; Boemke, ZfA 1992, 473 ff.; Dannhäuser, NZA 1989, 617 ff.; v. Hoyningen-Huene, JuS 1993, 126 ff.)

Die untertarifliche Einstellung

(BAG vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294 ff.)

Möglichkeit des AG

Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 IV BetrVG

Erfolg, wenn kein Zustimmungsverweigerungsgrund i. S. v. § 99 II BetrVG

Die untertarifliche Einstellung

(BAG vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294 ff.)

I. Untertarifliche Einstellung

§ 99 II Nr. 1 BetrVG: personelle Maßnahme verstößt gegen Bestimmung in einem Tarifvertrag

Personelle Maßnahme = Eingliederung in den Betrieb durch Zuweisung eines Arbeitsbereichs

⇨Bloßer Verstoß arbeitsvertraglicher Vereinbarungen gegen TV reicht nicht aus

Die untertarifliche Einstellung

(BAG vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294 ff.)

II. Nichteinstellung von Gewerkschaftsmitgliedern

§ 99 II Nr. 1 BetrVG: personelle Maßnahme verstößt gegen Gesetz

Personelle Maßnahme = Eingliederung in den Betrieb durch Zuweisung eines Arbeitsbereichs

Hier: Nichteinstellung von Gewerkschaftsmitgliedern betrifft nicht unmittelbar die Einstellung

Die untertarifliche Einstellung

(BAG vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294 ff.)

Aber: BAG vom vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99:

„<Rn. 28> aa) Ein Arbeitgeber darf allerdings die **Einstellung** eines Bewerbers nicht **davon abhängig** machen, daß dieser **nicht Mitglied einer Gewerkschaft** ist. Ein solches Auswahlkriterium **verstößt gegen** das nach **Art. 9 Abs. 3 GG** geschützte Recht eines jeden Arbeitnehmers, einer Gewerkschaft beizutreten. (…)

<Rn. 32> cc) Die **Verwendung des Auswahlkriteriums "Gewerkschaftszugehörigkeit" verstößt** danach **iSd. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG gegen ein Gesetz**. Diese Normenverletzung kann **nur dadurch verhindert** werden, daß die **Einstellung** auf Grund eines derartigen unzulässigen Auswahlverfahrens ganz **unterbleibt**“.

Die untertarifliche Einstellung

(BAG vom 28.3.2000 - 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294 ff.)

Allerdings kann nicht in tatsächlicher Hinsicht festgestellt werden, dass AG bewusst nur Nicht-Gewerkschaftsmitglieder eingestellt hatte.

⇨Zustimmungsersetzungsantrag hat Erfolg

Anhörung des Betriebsrats bei Kündigung

(BAG vom 13.7.1978 - 2 AZR 717/76 - AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972)

Programmierer P war drei Monate bei Arbeitgeber A beschäftigt, als dieser dem Betriebsrat mitteilte, er wolle dem P kündigen, weil die bisherige Zusammenarbeit eine für beide Seiten zufriedenstellende Kooperation nicht erwarten lasse. Der Betriebsrat meldete gegen die Kündigung Bedenken an, weil er sich nicht hinreichend informiert fühle. Gleichwohl sprach A daraufhin die Kündigung aus. Kann P mit Erfolg hiergegen vorgehen?

(Zur Anhörung des Betriebsrats bei Kündigungen siehe auch BAG vom 11.4.1985, AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972; BAG vom 8.9.1988, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972; BAG vom 11.7.1991, AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972; AG, Urt. v. 12.09.2013 – 6 AZR 121/12; Hohmeister, NZA 1991, 209 ff.; Oetker, BB 1989, 417 ff.)

Anhörung des Betriebsrats bei Kündigung

(BAG vom 13.7.1978 - 2 AZR 717/76 - AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972)

Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 102 I 3 BetrVG?

Voraus.: Ordnungsgemäße Anhörung setzt Mitteilung der Kündigungsgründe voraus

Problem: „für beide Seiten zufriedenstellende Kooperation nicht <zu> erwarten“ keine Tatsachen, sondern bloße Wertung

„läßt jeglichen Tatsachenbezug vermissen. Er enthält keine Mitteilung eines konkreten Sachverhalts“

Anhörung des Betriebsrats bei Kündigung

(BAG vom 13.7.1978 - 2 AZR 717/76 - AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972)

Aber: BAG, Urt. v. 08.09.1988 – 2 AZR 103/88, Rn. 33:

Subjektive Determinierung ➔ Unterrichtung über subjektiven Vorstellungen reicht aus, wenn Kündigungsentschluss allein von subjektiven, durch Tatsachen nicht belegbare Vorstellungen bestimmt wird.

Sozialplan bei Betriebsstilllegung

(BAG vom 10.12.1996 - 1 ABR 43/96 -)

Die Belegschaftsstärke im Betrieb des Arbeitgebers war wegen eines kontinuierlichen Umsatzrückgangs von 26 Mitarbeitern Anfang 1991 über 19 Mitarbeiter am 1. Januar 1993 auf 17 Mitarbeiter im Februar 1993 reduziert worden. Ende Januar 1993 teilte der Hauptauftraggeber mit, dass er ab Mai 1993 keine Aufträge mehr erteilen werde. Daraufhin beschloss der Arbeitgeber Ende Februar 1993, den Betrieb zum 30.4.1993 stillzulegen. Der Betriebsrat möchte wissen, ob er die Aufstellung eines Sozialplans erzwingen kann. Wie ist die Rechtslage?

(Zum Sozialplan siehe auch BAG vom 9.12.1982, AP Nr. 14 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 25.10.1983, AP Nr. 18 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 16.7.1985, AP Nr. 32 zu § 112 BetrVG 1972; Hanau, ZfA 1974, 89 ff.; Kocher, AuR 1994, 198 ff.; Richardi, NZA 1984, 177 ff.)

Die Zahlung von Streikbrecherprämien

(BAG 4.8.1987 - 1 AZR 486/85 - SAE 1989, 20 ff. mit Anm. Konzen)

Während des Arbeitskampfs in der Druckindustrie 1984 wurde auch der Betrieb des A bestreikt. Nicht alle der rund 190 Arbeitnehmer des A folgten dem Streikaufruf. Vielmehr erschienen an den einzelnen Streiktagen etwa 50 Arbeitnehmer zur Arbeit. Diesen zahlte der Arbeitgeber noch während des Arbeitskampfs für jeden angefallenen Streiktag eine Zulage von DM 100.-.

Nach Beendigung des Arbeitskampfs verlangt der Arbeitnehmer S, der sich am Streik beteiligt hat, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ebenfalls Zahlung der Zulagen von A. Zu Recht?

Der Betriebsrat möchte wissen, ob ihm ein Mitbestimmungsrecht zusteht.

Wie wäre es, wenn A die Sonderzulagen erst nach Beendigung des Arbeitskampfes ausgezahlt hätte?

Ende