

Arbeitsverhältnisse ohne Eingruppierung
- Abhilfe durch den Betriebsrat?

Rechtsgutachten
erstattet im Auftrage des Betriebsrats
der Niederlassung Berlin der Siemens AG

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Die Fragestellung

Der Betriebsrat der Niederlassung Berlin der Siemens AG sieht sich mit dem Problem konfrontiert, dass zahlreiche Beschäftigte nicht in den für sie maßgebenden „Gemeinsamen Entgelttarifvertrag“ eingruppiert werden. Betroffen sind insbesondere Personen, die in die Niederlassung Berlin versetzt werden, sowie solche, deren Tätigkeitsfeld sich wesentlich ändert. Die Praxis geht dahin, dass in allen diesen Fällen lediglich das Gesamteinkommen arbeitsvertraglich festgeschrieben wird. Als Grundlage hierfür wird ein Schreiben von Herrn Jürgen Taufenbach vom 11. August 2005 genannt, in dem es heißt:

„Anlässlich der Verhandlung zu den Tätigkeits-Niveaubeispielen mit der GBR-Projektgruppe wird hiermit folgendes nochmals klargestellt.

1. Am 18.07.2005 haben wir Sie darüber informiert, bei Einstellungen, Zuversetzungen etc. das Einkommen nur als Gesamteinkommen auszuweisen und somit keine Eingruppierung (auch nicht vorläufig) vorzunehmen. Ausgenommen Gesellschaften bzw. Nachfolgeorganisation. Grund für dieses Vorgehen ist: So lange die Verhandlungen über die Tätigkeitsbeispiele und deren Eingruppierung sowie die Klärung über die zukünftige tarifliche Leistungskomponente nicht abgeschlossen sind, ist es derzeit nicht sinnvoll, eine Aufteilung des Gesamteinkommens in betriebliche und tarifliche Entgeltbestandteile vorzunehmen. Dieses soll nach Vorliegen der neuen GBV'en bis 31.12.2005 erfolgen ...

2. In diesem Zusammenhang mit den Verhandlungen über neue Tätigkeitsbeispiele wurden die am 15.07.2005

herausgegebene Azubi-Übernahmegehälter in Verbindung mit der zugeordneten Entgeltgruppe diskutiert. Beiliegend erhalten Sie die überarbeiteten Azubi-Übernahmegehälter, welche die bisherige Festlegung ersetzt. Bis zur Realisierung der endgültigen Eingruppierung ist nach Punkt 1 zu verfahren.“

Der Betriebsrat hat sich mit dieser Vorgehensweise nicht einverstanden erklärt und verlangt die Eingruppierung in den in der Niederlassung geltenden Tarifvertrag. Durch Beschluss vom 26. August 2005 wurde festgelegt, dass Versetzungen nur noch „vorbehaltlich der Rechtsgültigkeit in Bezug auf die Notwendigkeit einer Eintarifierung in den in der Niederlassung geltenden Tarifvertrag“ zugestimmt wird.

Der Gemeinsame Entgelttarifvertrag gilt derzeit in der Fassung vom 23. Januar 2005. Dass er auch für die Niederlassung Berlin verbindlich ist, wird von niemandem bestritten. In seinem § 1 enthält er im Einzelnen näher umschriebene Entgeltgruppen von A bis H. § 2 regelt die sog. Leistungskomponente, d. h. ein zum Grundentgelt hinzukommendes leistungsbezogenes Entgelt. § 3 befasst sich mit Erschwerniszulagen.

§ 1 Ziffer 4 bestimmt unter der Überschrift „Tätigkeitsbeispiele“ das Folgende:

„(I) Die Tätigkeitsbeispiele und deren Zuordnung zu den Entgeltgruppen, die als Anlage Bestandteil dieses Tarifvertrages sind, bieten Anhaltspunkte für die Eingruppierung in die Grundstufe (Entgeltstufe I) der jeweiligen Entgeltgruppe. Sie sind nur in Übereinstimmung mit den jeweiligen Tätigkeitsmerkmalen anwendbar, weil Inhalt und Wertigkeit des einzelnen Beispiels von Betrieb

zu Betrieb unterschiedlich sein können.

(2) Die Tarifvertragsparteien beabsichtigen, zwischen den Betriebsparteien neu gebildete Tätigkeitsbeispiele auf Antrag beider Parteien in den Tarifvertrag aufzunehmen sowie die Anlage zu überprüfen.“

Die Anlage umfasst insgesamt 22 Seiten und enthält zahlreiche Tätigkeitsbeispiele mit Zuordnung.

Der Betriebsrat der Niederlassung Berlin möchte wissen, welche rechtlichen Möglichkeiten er hat, um eine Eingruppierung der bisher nicht eingruppierten Beschäftigten in den geltenden Tarifvertrag zu erreichen.

B. Rechtliche Würdigung

I. Betriebsverfassungsrechtlicher Anspruch auf Vornahme von Eingruppierungen?

Nach § 99 Abs. 1 BetrVG besitzt der Betriebsrat ein Beteiligungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen, zu denen auch die Eingruppierung und die Umgruppierung zählen. Zunächst soll daher ein kurzer Überblick über die Regelung des § 99 BetrVG und die Besonderheiten gegeben werden, die bei der Ein- und Umgruppierung zu beachten sind. Erst anschließend lassen sich Aussagen zu der hier interessierenden Frage machen, wie mit einer unterbliebenen Eingruppierung umzugehen ist.

1. Das Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG

In Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 Beschäftigten muss der Arbeitgeber den Betriebsrat bei jeder „Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung“ beteiligen; zu diesem Zweck hat er ihm nach näherer Maßgabe des § 99 Abs. 1 eingehende Informationen gegeben. Der Betriebsrat hat anders als z. B. in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG kein volles Mitbestimmungsrecht. § 99 Abs. 2 BetrVG räumt ihm vielmehr lediglich die Befugnis ein, aus bestimmten, im Gesetz näher aufgeführten Gründen, seine Zustimmung zu verweigern. Will er davon Gebrauch machen, muss er dies nach § 99 Abs. 3 BetrVG innerhalb einer Woche tun.

Macht der Betriebsrat von seinem Zustimmungsverweigerungsrecht Gebrauch und will der Arbeitgeber an seiner Maßnahme gleichwohl festhalten, kann er nach § 99 Abs. 4 das Arbeitsgericht anrufen und beantragen, die Zustimmung des

Betriebsrats zu ersetzen. Außerdem gibt ihm § 100 Abs. 1 BetrVG die Möglichkeit, die beabsichtigte personelle Maßnahme vorläufig durchzuführen, „wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist“. Bestreitet der Betriebsrat das Vorliegen dieser Voraussetzung und teilt er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mit, so muss dieser innerhalb von drei Tagen das Arbeitsgericht anrufen, um klären zu lassen, ob der Betriebsrat seine Zustimmung zu Recht verweigert hat und ob die vorläufig getroffene Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Bestätigt das Gericht rechtskräftig die Auffassung des Arbeitgebers, ist das Verfahren beendet; die personelle Maßnahme kann wie beabsichtigt durchgeführt werden.

Kommt das Arbeitsgericht demgegenüber zu dem Ergebnis, die Zustimmungsverweigerung sei berechtigt gewesen, kann die Maßnahme nicht durchgeführt werden. Soweit der Arbeitgeber von der Möglichkeit des § 100 Abs. 1 BetrVG Gebrauch gemacht hatte, endet die vorläufige personelle Maßnahme mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung. Von diesem Zeitpunkt an darf die personelle Maßnahme nicht mehr aufrecht erhalten werden (§ 100 Abs. 3 BetrVG).

Führt der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrats durch oder hält er eine vorläufige personelle Maßnahme aufrecht, obwohl er das Arbeitsgericht nicht eingeschaltet oder das Verfahren verloren hat, so kann der Betriebsrat nach § 101 Satz 1 BetrVG beim Arbeitsgericht den Antrag stellen, „dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben.“ Wird der Arbeitgeber rechtskräftig zur Aufhebung der Maßnahme verurteilt, kommt er dem aber gleichwohl nicht nach, so hat das Arbeitsgericht auf Antrag des Betriebsrats ein Zwangsgeld festzusetzen, das für jeden

Tag der Zuwiderhandlung bis zu 250,00 € betragen kann (§ 101 Satz 2 und 3 BetrVG).

2. Besonderheiten bei Eingruppierung und Umgruppierung

Einstellung und Versetzung sind Maßnahmen, bei denen dem Arbeitgeber ein mehr oder weniger großer Gestaltungsspielraum zukommt. Der Betriebsrat kann insoweit den Inhalt der Entscheidung in mehr oder weniger großem Ausmaß beeinflussen. Bei der Ein- und Umgruppierung geht es demgegenüber um einen „Akt der Rechtsanwendung“, der mit der Kundgabe einer Rechtsansicht verbunden ist.

So BAG NZA 2004, 800, 801; ebenso bereits BAG NZA 1991, 852 und BAG NZA 1998, 378, 379. Prägnant BAG, Beschluss vom 3. Mai 1994, Az. 1 ABR 53/93 – Juris: „Eine bestehende Lohn- oder Gehaltsgruppenordnung begründet regelmäßig einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung entsprechend dieser Ordnung und damit auch einen Anspruch auf entsprechende Eingruppierung. Diese ist keine nach außen wirkende konstitutive Maßnahme, sondern ein gedanklicher Vorgang, ein Akt der Rechtsanwendung. Der Arbeitnehmer ist eingruppiert, er wird nicht eingruppiert.“

Dem Betriebsrat kommt insoweit kein Mitgestaltungs-, sondern ein „Mitbeurteilungsrecht“ zu.

BAG NZA 1989, 518, 522; BAG NZA 1998, 378

Dies hat Konsequenzen bei der Frage, wie eine „Aufhebung“ der personellen Maßnahme im Sinne des § 101 Satz 1 BetrVG beschaffen sein muss: Die Tatsache, dass sich der Arbeitgeber

über die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats hinweggesetzt oder die von ihm für richtig gehaltene Eingruppierung aufrechterhalten hat, muss nicht besagen, dass diese auch inhaltlich unzutreffend ist. Auf der anderen Seite wird aber mit Recht betont, dass die in § 101 Satz 1 genannten Rechtsverstöße auch hier zu einem betriebsverfassungswidrigen Zustand führen, der beseitigt werden muss. Insoweit enthält der Wortlaut des § 101 eine Regelungslücke.

So Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar, 9. Aufl., München 2004, § 101 Rn. 10 (im Folgenden Richardi-Thüsing)

Nach der Rechtsprechung des BAG ist sie in der Weise zu schließen, dass der Arbeitgeber verpflichtet wird, eine erneute Eingruppierung vorzunehmen und dabei die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen.

BAG NZA 1998, 378, 379

3. Erstreckung der §§ 99 - 101 BetrVG auf den Fall der Nicht-Eingruppierung

a. Wann kommt eine Eingruppierung in Betracht?

Nicht jeder Arbeitnehmer muss „eingruppiert“ werden. Voraussetzung ist vielmehr, dass im Betrieb „nach Tätigkeitsmerkmalen bestimmte Lohn- und Gehaltsgruppen“ existieren.

So BAG NZA 1998, 518, 522

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Lohn- und Gehaltsgruppen ihre Grundlage wie hier in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung, in einheitlichen Vertragsbedingungen oder in einer einseitigen Setzung durch den Arbeitgeber haben. Auch im AT-Bereich kommt daher eine Eingruppierung in Betracht, sofern mindestens zwei Vergütungsgruppen vorhanden sind.

Dazu BAG NZA 2004, 800, 802

Fehlt es an einer solchen Ordnung, kann auch keine Eingruppierung erfolgen. Denkbar ist dies etwa dann, wenn ein Betrieb an einen nicht tarifgebundenen Erwerber übergeht, was nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zur Folge hat, dass alle Tarifbestimmungen nur noch als Arbeitsvertragsklauseln für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse weitergelten. Nimmt nun der Erwerber Neueinstellungen vor und will er von den bisherigen Eingruppierungskatalogen abweichen, so darf er auf eine Eingruppierung verzichten; der Betriebsrat kann jedoch von seinem Initiativrecht Gebrauch machen und auf der Grundlage von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine neue „Eingruppierungs- und Vergütungsordnung“ erreichen.

So der Fall BAG NZA 2004, 800, 802

Im vorliegenden Fall könnte eine Eingruppierung dann unterbleiben, wenn der Tarifvertrag nicht gelten würde, sondern lediglich als Entwurf anzusehen wäre. Dem ist jedoch nicht so. Der Gemeinsame Entgelttarifvertrag ist nicht nur in Kraft getreten, sondern enthält auch eine vollständige, aus sich selbst heraus verständliche und praktisch vollziehbare Regelung. Die Tatsache, dass die Betriebsparteien über weitere Tätigkeitsbeispiele verhandeln, macht den Tarifvertrag nicht zu einem unverbindlichen Provisorium.

Vielmehr ergibt sich aus seinem (oben unter A wiedergegebenen) § 1 Ziffer 4 Abs. 2, dass man die Absicht hat, entsprechende Arbeitsergebnisse „auf Antrag beider Parteien“, d. h. bei Bedarf in den Tarifvertrag aufzunehmen; so lange dies nicht geschehen ist, gilt der Tarif in der vorliegenden Fassung. Auch der Hinweis auf die noch zu bestimmende Leistungskomponente ändert nichts an der Wirksamkeit der getroffenen tariflichen Regelung: Wie aus § 2 deutlich wird, will der Tarifvertrag ja gerade zwischen dem von der Eingruppierung abhängigen Grundentgelt und der leistungsbezogenen Vergütung unterscheiden; dass die sog. Leistungskomponente noch nicht in ausgearbeiteter Form vorliegt, kann deshalb nichts daran ändern, dass jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf ein Grundentgelt hat, das sich aus der für ihn maßgebenden Vergütungsgruppe ergibt.

b. Pflicht zur Eingruppierung

Liegen wie hier tarifliche Entgeltgruppen vor, die für den einzelnen Arbeitnehmer kraft Tarifbindung oder aufgrund einer arbeitsvertraglichen Verweisung auf den Tarifvertrag maßgebend sind, so kann der Betriebsrat verlangen, dass die Eingruppierung auch effektiv vorgenommen wird. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG

Zuletzt BAG NZA 2005, 367; aus der bisherigen Rechtsprechung s. BAG NZA 1991, 852, 853; BAG v. 03.05.1994 - 1 ABR 53/93 - Juris; BAG NZA 1998, 378, 380; BAG ZTR 2001, 435

und der allgemeinen Auffassung in der Literatur.

S. statt aller Fitting-Engels-Schmidt-Trebinger-Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 22. Aufl., München 2004, § 101 Rn. 8 (im Folgenden: Fitting); Kittner, in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar für die Praxis, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 101 Rn. 5 (im Folgenden: DKK-Bearbeiter); Richardi-Thüsing § 99 Rn. 67

Der Gesetzgeber ist ersichtlich im Rahmen des § 99 davon ausgegangen, dass der Arbeitgeber zu einer Eingruppierung in das (in aller Regel vorhandene) Vergütungsschema verpflichtet ist; in § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wird deshalb der Arbeitgeber auch verpflichtet, bei Einstellungen und Versetzungen insbesondere auch „die vorgesehene Eingruppierung“ mitzuteilen.

Hierauf verweist auch BAG NZA 1991, 852, 853. Ebenso Richardi-Thüsing § 99 Rn. 79

Würde man anders entscheiden, hätte es der Arbeitgeber jederzeit in der Hand, das ausdrücklich gewährte Beteiligungsrecht an den Maßnahmen „Eingruppierung“ und „Umgruppierung“ dadurch gegenstandslos zu machen, dass er auf einen entsprechenden Akt verzichtet. Damit wäre aber der Sinn des Beteiligungsrechts nach § 99 BetrVG verfehlt, das für innerbetriebliche Lohngerechtigkeit und Transparenz sorgen will, was nur bei Einschaltung in alle Ein- und Umgruppierungsvorgänge sichergestellt werden kann.

Ebenso zum Zweck der Mitbestimmung BAG NZA 1989, 518, 522

Ob daneben auch der einzelne Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen kann, dass er ein „Eingruppierungsschreiben“ erhält, ist hier nicht näher zu untersuchen.

Dafür wohl BAG, Beschluss v. 03.05.1994 - 1 ABR 53/93 - Juris, wo in Orientierungssatz 1 ausdrücklich von einem „Anspruch auf entsprechende Eingruppierung“ die Rede ist. Auch dürfte sich eine entsprechende Befugnis aus § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Nachweisgesetz ergeben, wonach dem Arbeitnehmer „die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie andere Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit“ zu dokumentieren sind; soweit im Betrieb ein tarifliches Vergütungsgruppensystem existiert, wäre dessen Nichterwähnung schwer verständlich.

Entscheidend ist, dass im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat die Nicht-Eingruppierung ein pflichtwidriges Unterlassen des Arbeitgebers darstellt, das einem rechtswidrigen Handeln gleichzustellen ist.

BAG NZA 1991, 852, 853

Auch insoweit handelt es sich um eine betriebsverfassungswidrigen Zustand.

BAG NZA 1989, 518, 521 f.

4. Korrektur mit Hilfe eines Verfahrens nach § 101 BetrVG

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass das Verfahren nach § 101 BetrVG auch in dem Fall Platz

greift, dass der Arbeitgeber pflichtwidrig keine Eingruppierung vorgenommen hat. Dabei kann der betriebsverfassungswidrige Zustand nur in der Weise beseitigt werden, dass dem Arbeitgeber aufgegeben wird, unter Wahrung des in § 99 vorgeschriebenen Verfahrens, d. h. unter Beteiligung des Betriebsrats eine Eingruppierung vorzunehmen.

BAG NZA 2004, 800, 802; BAG NZA 2005, 367, 369

Das BAG hält es für sachangemessen, den Antrag so zu formulieren, wonach der Arbeitgeber verpflichtet werde, die Mitarbeiter A, B, C usw. einzugruppieren, seine (des Betriebsrats) Zustimmung hierzu einzuholen und im Zustimmungsverweigerungsfall das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG einzuleiten.

So die Formulierung in BAG NZA 2005, 367, 368 (wobei die auf S. 369 genannte Kürzung berücksichtigt ist)

Der Sache nach geht es um eine zweckentsprechende Handhabung des § 101 BetrVG, der seinem Wortlaut nach ja nur von der Pflicht des Arbeitgebers spricht, die personelle Maßnahme „aufzuheben“. In seinem Beschluss vom 20.12.1988 hat das BAG (NZA 1989, 518) sachlich übereinstimmend davon gesprochen, der Betriebsrat könne nach § 101 BetrVG die „Aufhebung“ der Nicht-Eingruppierung verlangen.

5. Einzelheiten des Verfahrens nach § 101 BetrVG

§ 101 sieht ein zweistufiges Verfahren vor.

DKK-Kittner § 101 Rn. 2; Richardi-Thüsing § 101 Rn. 1

Im ersten Teil, gewissermaßen im Erkenntnisverfahren, geht es darum, die Verpflichtung des Arbeitgebers und ihr konkretes Ausmaß zu bestimmen. Erst wenn insoweit eine rechtskräftige Klärung erfolgt ist, setzt das „Vollstreckungsverfahren“ in Form der Verhängung von Zwangsgeldern ein. Insbesondere das Erkenntnisverfahren kann je nach Arbeitsbelastung der Gerichte und Ausschöpfung von Rechtsmitteln zwischen einem und drei Jahren dauern.

Über die Verpflichtungen des Arbeitgebers wird in einem Beschlussverfahren entschieden, an dem der einzelne Arbeitnehmer nicht beteiligt ist.

Allgemeine Meinung. S. etwa DKK-Kittner § 101 Rn. 9; Hess-Schlochauer-Worzalla-Glock, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, München/Unterschleißheim 2003, § 101 Rn. 11 (im Folgenden: HSWG); Richardi-Thüsing § 101 Rn. 12; Ricken, in: Henssler-Willemsen-Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, Köln 2004, § 101 BetrVG Rn. 5 (im Folgenden: HWK-Bearbeiter)

Auf das Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an. Auch wenn er sich beispielsweise in einem Schuld ausschließenden Rechtsirrtum befand, muss er gleichwohl dafür Sorge tragen, dass der eingetretene betriebsverfassungswidrige Zustand beseitigt wird.

S. statt aller Fitting § 101 Rn. 11

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts kann binnen Monatsfrist mit der Beschwerde angefochten werden, über die das LAG entscheidet. Dieses kann die Rechtsbeschwerde zum BAG zulassen.

Steht die Verpflichtung des Arbeitgebers rechtskräftig fest, so muss die Verhängung von Zwangsgeldern nicht ausdrücklich angedroht werden, da sie sich bereits aus dem Gesetz ergibt.

DKK-Kittner § 101 Rn. 15; HSWK § 101 Rn. 14; HWK-Ricken § 101 BetrVG Rn. 6; Richardi-Thüsing § 101 Rn. 25

Gegen eine gleichwohl erfolgende Androhung in dem das Erkenntnisverfahren abschließenden Beschluss ist jedoch nichts einzuwenden.

Nach § 891 ZPO findet in der Regel keine mündliche Verhandlung statt; nach § 53 Abs. 1 Satz 1 ArbGG kann der Kammervorsitzende am Arbeitsgericht daher ohne die ehrenamtlichen Richter entscheiden.

DKK-Kittner § 101 Rn. 15; HSWG § 101 Rn. 15; Richardi-Thüsing § 101 Rn. 26

Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten nach, können keine Sanktionen mehr verhängt werden.

Fitting § 101 Rn. 11; HSWG § 101 Rn. 14; HWK-Ricken § 101 BetrVG Rn. 6

Die Höhe des Zwangsgelds liegt im Ermessen des Richters; es ist für jeden einzelnen Fall separat vorzusehen.

DKK-Kittner § 101 Rn. 13

Werden beispielsweise 30 Personen unter Übergehung des Betriebsrats versetzt oder nicht eingruppiert, so beläuft sich die Obergrenze auf $30 \times 250 = 7.500$ € pro Tag.

6. Erlass einer einstweiligen Verfügung

Die lange Dauer des Verfahrens legt die Frage nahe, ob der Erlass einer einstweiligen Verfügung möglich ist.

Dazu insbesondere Soost-Hummel AiB 2000, 623 ff.

Eine positive Antwort könnte insbesondere in all jenen Fällen nahe liegen, in denen es um relativ kurzfristige Personalmaßnahmen geht: Ist die Einstellung auf drei Monate befristet, so wird eine gerichtliche Entscheidung erst zu einem Zeitpunkt ergehen, in dem die Angelegenheit gegenstandslos geworden ist.

Vgl. ArbG Münster BB 1991, 103

Gleichwohl fällt es schwer, die Verfahrensregeln der §§ 100 und 101 BetrVG durch Elemente des einstweiligen Rechtsschutzes zu ergänzen. Was zunächst die vorläufigen personellen Maßnahmen nach § 100 BetrVG betrifft, so regeln sie gerade ein Sachgebiet, das andernfalls bei Bedarf Gegenstand einstweiliger Verfügungen würde. Dies legt es nahe, dem § 100 BetrVG insoweit den Charakter einer Spezialnorm beizumessen: Wenn es aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, soll der Arbeitgeber zunächst seine Vorstellungen verwirklichen können; wird die Berechtigung dieses Vorgehens vom Betriebsrat bestritten, soll der Arbeitgeber innerhalb einer sehr kurzen Frist von drei Tagen eine arbeitsgerichtliche Klärung in die Wege leiten. Dies schließt es meines Erachtens aus, dem Arbeitgeber im Wege der einstweiligen Verfügung eine „vorläufige“ Einstellung oder Versetzung untersagen zu lassen.

Ebenso Soost-Hummel AiB 2000, 623

Zweifelhafter ist, ob nicht der durch § 101 BetrVG vorgesehene Beseitigungsanspruch in dringenden Fällen vorweg realisiert werden kann. Auch insoweit ergeben sich jedoch nicht nur deshalb Einwände, weil die einstweilige Verfügung die Hauptsacheentscheidung vorwegnehmen würde. Die spezifische Ausgestaltung des § 101 BetrVG legt vielmehr den Schluss nahe, dass Zwangsmittel erst auf der Grundlage einer rechtskräftigen Entscheidung verhängt werden können.

So auch LAG Frankfurt/Main NZA 1989, 232; ebenso im Ergebnis Richardi-Thüsing § 101 Rn. 3

Dies setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber das Verfahren nach den §§ 99 ff. BetrVG effektiv eingehalten hat, dass es also lediglich darum geht, dieses zu einem definitiven Abschluss zu bringen. Hat der Arbeitgeber demgegenüber das Beteiligungsrecht des Betriebsrats schlicht ignoriert oder sich explizit darüber hinweggesetzt, ist die Angelegenheit eine andere: Wer sich auf die Verhandlung mit dem Betriebsrat und die vorgesehenen Auseinandersetzungsformen von vorneherein nicht einlässt, kann nicht verlangen, mit den dort vorgesehenen „Samthandschuhen“ angefasst zu werden.

Ebenso im Ergebnis Soost-Hummel AiB 2000, 623

Handelt es sich schließlich um kurzfristige Maßnahmen, bei denen eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ersichtlich zu spät kommt, muss im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes gleichfalls eine andere Lösung möglich sein. § 101 BetrVG weist insoweit eine verdeckte Lücke auf, die mit weiteren Rechtsbehelfen zu schließen ist.

Entsprechende Ausnahmen (die im konkreten Fall nicht zu prüfen waren) erwägt auch LAG Frankfurt/Main NZA 1989, 232

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass § 101 BetrVG auf Einzelfälle bezogen ist, die in der Gegenwart fortwirken; nur insoweit vermag er für Abhilfe zu sorgen. Geht es der Sache nach darum, absehbare künftige Verletzungen des Mitbestimmungsrechts abzuwehren, kann er keine „Sperrwirkung“ entfalten. Dies gilt insbes. im Verhältnis zu § 23 Abs.3 BetrVG,

Ebenso BAG NZA 1987, 786; Fitting § 101 Rn. 12

aber auch im Verhältnis zu anderen Bestimmungen, deren Anwendungsbereich nicht mit § 101 BetrVG identisch ist.

Im Folgenden ist deshalb der Frage nachzugehen, welche sonstigen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, wenn – wie im konkreten Fall – das Verfahren nach den §§ 99 ff. BetrVG negiert und entgegen den im Gesetz festgelegten Verpflichtungen von Eingruppierungen abgesehen wird. In Betracht kommt dabei ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats wegen grober Pflichtverletzung des Arbeitgebers nach § 23 Abs. 3 BetrVG, wegen Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 und wegen Behinderung der Betriebsratstätigkeit nach § 78 Satz 1 BetrVG. In allen drei Fällen ist insbesondere auch die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung zu prüfen.

II. Die Nicht-Eingruppierung als grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers nach § 23 Abs. 3 BetrVG

1. Voraussetzungen eines Anspruchs

Begeht der Arbeitgeber eine „grobe Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten“, so kann ihm das Arbeitsgericht auf Antrag des Betriebsrats oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft auferlegen, u. a. bestimmte Handlungen vorzunehmen. Wird etwa der Betriebsrat bei Einstellungen einer bestimmten Gruppe von Personen überhaupt nicht eingeschaltet, kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, auch insoweit die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 99 BetrVG zu beachten.

S. den Fall LAG Köln NZA-RR 2003, 249, wo der Betriebsrat bei der Einstellung von Zeitungszustellern konsequent nicht beteiligt wurde.

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist in solchen Fällen davon auszugehen, dass sich ohne gerichtliche Intervention das rechtswidrige Verhalten in der Zukunft fortsetzen wird. Die Situation ist insoweit keine andere als bei einem Unterlassungsanspruch im Rahmen des § 87 BetrVG; dass im hier vorliegenden Fall ein aktives Tun des Arbeitgebers in Rede steht, ist der spezifischen Struktur des Beteiligungsrechts nach § 99 Abs. 1 BetrVG geschuldet.

Ansprüche nach § 23 Abs. 3 BetrVG werden - wie bereits ausgeführt - durch § 101 BetrVG nicht ausgeschlossen.

Aus der Literatur s. Kania, in: Dieterich u. a., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2004, § 101

BetrVG Rn. 8 (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter); HWK-Ricken
§ 101 BetrVG Rn. 1

Ein Vorgehen nach § 23 Abs. 3 BetrVG ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Betriebsrat von der Möglichkeit des § 101 BetrVG keinen Gebrauch gemacht hat.

BAG NZA 1987, 786, 787; LAG Hessen NZA-RR 1999, 584

Beide Rechtsbehelfe stehen nebeneinander, da sie einen unterschiedlichen Anwendungsbereich haben. Auch ist im Einzelfall denkbar, dass der Betriebsrat deshalb nicht nach § 101 BetrVG vorgeht, weil er die Entscheidung des Arbeitgebers inhaltlich billigt oder jedenfalls keine Veränderung zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers herbeiführen möchte.

So BAG, a. a. O.

2. Anwendung auf den konkreten Fall

Der Arbeitgeber hat sich bislang geweigert, zahlreiche Arbeitnehmer in den Gemeinsamen Entgelttarif einzugruppieren und dadurch gegen seine Pflichten aus dem BetrVG verstoßen.

Zur betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer einzugruppieren, s. oben I 3 b

Auch die Verhandlungen über weitere Fallbeispiele und die noch unklare Leistungskomponente ändern daran nichts.

Einzelheiten oben I 3 a

Angesichts der klaren Rechtslage und der ständigen Rechtsprechung des BAG handelt es sich auch um einen „groben“ Verstoß, der insbesondere dann vorliegt, wenn es sich um eine erhebliche und schwerwiegende Nichtbeachtung von Pflichten aus dem BetrVG geht.

BAG AP Nr. 105 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung

Für die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung stellt das Verhalten des Arbeitgebers objektiv eine erhebliche Belastung dar.

So das Kriterium für die „grobe“ Pflichtverletzung bei BAG AP Nr. 76 zu § 99 BetrVG 1972

Unterstützend mag man darauf verweisen, dass § 99 BetrVG zum Kernbereich der Beteiligung des Betriebsrats gehört; für einen großen Teil der Beschäftigten ein dort verankertes Mitbestimmungsrecht bewusst nicht zu praktizieren, ist deshalb als „grober“ Verstoß anzusehen.

Ebenso Hess. LAG NZA-RR 1999, 584 ff., wo bereits die Nichtbeteiligung des Betriebsrats an sieben Einstellungen als „grober“ Verstoß gewertet wurde.

Der Betriebsrat hat unter diesen Umständen einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber zu einem gesetzeskonformen Verhalten zurückkehrt.

Der Betriebsrat wie auch die IG Metall als im Betrieb vertretene Gewerkschaft können den Anspruch auf Beachtung des Beteiligungsrechts bei Eingruppierungen gerichtlich geltend machen.

3. Erlass einer einstweiligen Verfügung

Ob grobe Pflichtverletzungen des Arbeitgebers nur im Hauptsacheverfahren mit den in § 23 Abs. 3 vorgesehenen Anträgen für die Zukunft aus der Welt geschafft werden können, oder ob insoweit auch eine einstweilige Verfügung möglich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

Für die Möglichkeit zum Erlass einer einstweiligen Verfügung LAG Düsseldorf NZA 1991, 29; LAG Hessen NZA-RR 1999, 584; wohl auch LAG Niedersachsen NZA-RR 1996, 217; a. A. LAG Hamm EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 5; LAG Rheinland-Pfalz DB 1986, 1629; eingehende Nachweise zur erstinstanzlichen Judikatur bei Oetker, in: Fabricius u. a., Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. Neuwied und Kriftel 2002, § 23 Rn. 190 (im Folgenden: GK-Bearbeiter). Übersicht über den Diskussionsstand in der Literatur bei ErfK-Eisemann § 23 BetrVG Rn. 40; Fitting § 23 Rn. 76

Mit Recht ist konstatiert worden, dass die Zahl der Befürworter in den letzten Jahren gestiegen ist.

GK-Oetker § 23 Rn. 189. Prominentestes Beispiel ist der Kommentar von Fitting, der in der 22. Auflage (anders als in der 21. Aufl.) die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung bejaht.

Zu Recht wird darauf verwiesen, dass § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG die im Rahmen eines Verfahrens nach § 23 Abs. 3 BetrVG

eingesetzten Zwangsmittel beschränkt, dass jedoch § 85 Abs. 2 ArbGG insoweit keine Sonderregelung enthält.

DKK-Trittin § 23 Rn. 95; Fitting § 23 Rn. 76; GK-Oetker § 23 Rn. 190

Außerdem kann es Fälle geben, in denen grobe Pflichtverletzungen ohne wirksame Sanktion bleiben würden, wollte man im Rahmen des § 23 Abs. 3 BetrVG lediglich ein Hauptsacheverfahren zulassen.

GK-Oetker § 23 Rn. 190

Die systematische Nichtbeachtung von Mitbestimmungsrechten nach § 99 Abs. 1 BetrVG lässt sich hier unschwer als Beispiel heranziehen: Für ein bis drei Jahre wären grobe Verstöße hinzunehmen, die erst dann mit Wirkung für die Zukunft beseitigt werden könnten.

Richtig LAG Hessen NZA-RR 1999, 584

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt voraus, dass ein zu sichernder Anspruch besteht. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, bestehen an der Existenz eines Anspruchs des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber, die gebotene Eingruppierung aller Beschäftigten vorzunehmen, keine Zweifel. Hinzukommen muss ein sog. Verfügungsgrund; der Erlass einer einstweiligen Verfügung muss „dringlich“ sein, weil sonst die Verwirklichung des fraglichen Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde (§ 935 ZPO). Auch diese Voraussetzung ist im vorliegenden Zusammenhang unschwer zu bejahen. Würde erst in einem, in zwei oder in drei Jahren eine Entscheidung in der Hauptsache ergehen, wäre das Beteiligungsrecht des Betriebsrats während der bis dahin vergangenen Zeit weithin

gegenstandslos; eine rückwirkende Eingruppierung unter Beteiligung des Betriebsrats wäre schwerlich praktikabel. Dies wird schon daran deutlich, dass sich die für die Zuordnung zu einer Vergütungsgruppe maßgebenden Tätigkeitsmerkmale angesichts der sich verändernden Arbeitsplätze Jahre später nicht mehr verlässlich bestimmen lassen. Auf der anderen Seite entsteht für den Arbeitgeber keine unzumutbare Belastung. Durch das Verfahren nach § 99 wird er bei der Eingruppierung lediglich gezwungen, sich tarifkonform zu verhalten, also das zu tun, wozu er sowieso verpflichtet ist. Bei Meinungsverschiedenheiten ist jederzeit eine gerichtliche Klärung möglich. Insofern hat eine einstweilige Verfügung für ihn sehr viel geringere Auswirkungen als z. B. die erzwungene Beteiligung des Betriebsrats an Einstellungen oder Versetzungen, wo es zu einer von ihm nicht gewünschten Entwicklung kommen kann, die sich später nur noch mit großen Schwierigkeiten rückgängig machen lässt.

Wird eine einstweilige Verfügung nicht befolgt, so kann im Einzelfall nur ein Ordnungsgeld von bis zu 10.000,00 € verhängt werden. Der für das Hauptsacheverfahren geltende § 23 Abs. 3 Satz 6 BetrVG muss insoweit entsprechende Anwendung finden.

Damit ist auch der Einwand des LAG Rheinland-Pfalz (DB 1986, 1629) ausgeräumt, die einstweilige Verfügung müsse schon deshalb unzulässig sein, weil sie nicht mehr „Durchschlagskraft“ als eine Entscheidung in der Hauptsache haben könne.

Unterbleibt die Eingruppierung von mehreren hundert Personen, würde gleichwohl die Millionengrenze überschritten, da in jedem einzelnen Fall ein Gesetzesverstoß vorliegt.

III. Anspruch auf Beachtung des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG

1. Der sog. Unterlassungsanspruch und seine rechtliche Grundlage

Bezogen auf die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG hat das BAG einen sog. allgemeinen Unterlassungsanspruch bejaht.

Grundlegend BAG NZA 1995, 40

Danach können dem Arbeitgeber auf Sachgebieten, die der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegen, einseitige Maßnahmen untersagt werden; der Betriebsrat hat einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber Verletzungen des Mitbestimmungsrechts durch Vornahme einseitiger Handlungen unterlässt. Rechtsgrundlage für einen solchen „Nebenleistungsanspruch“ sind die wechselseitigen Rücksichtspflichten, die sich aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 BetrVG ergeben; danach hat der Arbeitgeber alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung konkreter Mitbestimmungsrechte entgegensteht.

BAG NZA 1995, 40, 42

Ob dieselben Erwägungen auch für das Beteiligungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG gelten, hat das BAG bislang nicht entschieden. In seiner Entscheidung vom 6.12.1994 (NZA 1995, 488) hat das Gericht ausgeführt:

„Aus dem für die Annahme eines Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats im Bereich des § 87 BetrVG maßgeblichen

Gründen ergibt sich nicht zwingend ein allgemeiner Unterlassungsanspruch, der auch gegen die Verletzung anderer Mitbestimmungsrechte geltend gemacht werden kann. Ein solcher Anspruch ist vielmehr auszuschließen, soweit das Betriebsverfassungsrecht zum Schutz von Mitbestimmungsrechten besondere Verfahren zur Verfügung stellt, die so weitreichend und wirksam sind, dass sie als abschließende Regelung angesehen werden müssen.“

Im Folgenden wird festgestellt, dass die Reichweite der §§ 100, 101 BetrVG begrenzt sei, § 101 BetrVG ermögliche nur eine nachträgliche Korrektur und sei daher bei vorübergehenden Maßnahmen, die sich vor Rechtskraft der Gerichtsentscheidung erledigen, faktisch wirkungslos. Im konkreten Fall konnte es aber dahingestellt bleiben, ob diese Schutzlücke als so gewichtig anzusehen ist, dass den §§ 100, 101 BetrVG keine abschließende Bedeutung zukommen kann.

Das BAG hat sich nicht mit der Fallkonstellation befasst, dass das Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG vom Arbeitgeber von vorneherein ignoriert wird, indem er jede Eingruppierung unterlässt und damit dem „Mitbeurteilungsrecht“ des Betriebsrats die Grundlage entzieht. Insoweit können die §§ 100, 101 BetrVG schwerlich als „weitreichende und wirksame“ Normen im Sinne der Ausführungen des Gerichts angesehen werden, da sie nur - und dies mit gravierender zeitlicher Verzögerung - eine Korrektur für die Zukunft ermöglichen.

Auch in der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird bei Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts aus § 99 Abs. 1 BetrVG ein Unterlassungsanspruch bejaht. Dies geschieht in der Regel im Zusammenhang mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das LAG Frankfurt (NZA 1989, 232) und das ArbG Münster (BB 1991, 103, 104) erwägen ausdrücklich, eine einstweilige

Verfügung dann zuzulassen, wenn der Arbeitgeber durch kurzfristige Personalmaßnahmen das Mitbestimmungsrecht im Ergebnis leer laufen lasse. Das ArbG Hameln (DB 1990, 2611) hat dasselbe angenommen, wenn die in den Betrieb integrierten Beschäftigten eines Drittunternehmens generell aus der Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 BetrVG ausgenommen wurden. In jüngster Zeit hat insbesondere das LAG Köln (NZA-RR 2003, 249) mit eingehender Begründung die These vertreten, der Betriebsrat habe wegen Nichtbeachtung seiner Rechte aus § 99 Abs. 1 BetrVG einen Unterlassungsanspruch.

Ähnlich bereits LAG Köln NZA 1985, 634

Für eine solche Auffassung spricht, dass gerade im hier interessierenden Bereich nur auf diese Weise Rechtsverletzungen wirksam korrigiert werden können. § 23 Abs. 3 BetrVG stellt keine abschließende Sonderregelung dar, die andere Ansprüche ausschließen würde.

Ebenso BAG NZA 1995, 40, 41, bestätigt durch BAG NZA 1995, 488

Andernfalls müsste man zahlreiche Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts als Rechtsnormen zweiter Kategorie qualifizieren, da nur bei „groben“ Verstößen Sanktionen möglich wären.

2. Voraussetzungen im Einzelnen

Im konkreten, hier zu erörternden Fall hat die Arbeitgeberseite das Beteiligungsrecht des Betriebsrats in Bezug auf die Eingruppierung dadurch verletzt, dass sie pflichtwidrig für größere Gruppen von Beschäftigten keine

Eingruppierungen vorgenommen hat. Um einen gesetzeskonformen Zustand für die Zukunft wiederherzustellen, ist allerdings ein Unterlassungsanspruch nicht geeignet. In Betracht kommt vielmehr nur ein Anspruch auf Vornahme bestimmter Handlungen, konkret: der Eingruppierungen. Dies stellt nichts strukturell Neues dar, da es um die Korrektur eines pflichtwidrigen Unterlassens geht; genau wie bei rechtswidrigen Tätigkeiten richtet sich der negatorische Anspruch des Betriebsrats darauf, den rechtmäßigen Zustand (wieder-)herzustellen. Anders als im Rahmen des § 23 Abs. 3 BetrVG spielt die Schwere der Pflichtverletzung keine Rolle; es reicht, dass das Mitbestimmungsrecht beeinträchtigt wird. Antragsberechtigt ist allerdings nur der Betriebsrat, nicht die Gewerkschaft, da deren in § 23 Abs.3 BetrVG vorgesehene Prozeßstandschaft nicht hierher übertragbar ist. In Betracht kommt allenfalls ein aus Art. 9 Abs.3 GG abzuleitender Anspruch gegen den Arbeitgeber, keine „Konkurrenzordnung“ neben dem Tarifvertrag zu schaffen,

So im Fall BAG NZA 1999, 887, wo es um tarifwidrige einheitliche Arbeitsvertragsbedingungen ging

doch steht dies außerhalb des Untersuchungsgegenstands der vorliegenden Arbeit.

3. Erlass einer einstweiligen Verfügung

Im Rahmen des § 87 Abs. 1 BetrVG ist anerkannt, dass der Unterlassungsanspruch auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann.

DKK-Klebe § 87 Rn. 316; Fitting § 87 Rn. 610; GK-Wiese § 87 Rn. 1075

Überträgt man den Unterlassungs- bzw. Vornahmeanspruch aus dem Bereich des § 87 Abs. 1 in den des § 99 Abs. 1 BetrVG, muss man dasselbe in Bezug auf den einstweiligen Rechtsschutz tun. Auch hier ist deshalb zu prüfen, ob neben dem Verfügungsanspruch auch ein Verfügungsgrund besteht. Die Gefahr, dass das Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Eingruppierung durch Zeitablauf verloren geht, ist oben im Zusammenhang mit den Ansprüchen aus § 23 Abs. 3 BetrVG bereits behandelt worden. Insoweit ergeben sich keine neuen Gesichtspunkte; was nach Auffassung des LAG Köln (NZA-RR 2003, 249) für die „konsequente Nichtbeteiligung“ des Betriebsrats bei der Einstellung von insgesamt acht Zeitungszustellern gilt, muss in gleicher Weise dann Platz greifen, wenn dem Betriebsrat für eine sehr viel größere Zahl von Beschäftigten das Beteiligungsrecht faktisch entzogen wird.

Wird die einstweilige Verfügung nicht befolgt, finden die allgemeinen Sanktionen (Ordnungsgeld bis zu 250 000 €) Anwendung, die sich allerdings auf jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung beziehen. Dies kann zu einer Vervielfachung der Beträge führen, wenn in zahlreichen Fällen den gerichtlichen Anordnungen nicht entsprochen wird. Die Begrenzung durch § 23 Abs.3 Satz 6 BetrVG

Dazu oben II 3 am Ende greift im vorliegenden Zusammenhang nicht Platz.

IV. Behinderung der Betriebsratsarbeit

1. Der Tatbestand

Nach § 78 Satz 1 BetrVG dürfen die Betriebsratsmitglieder in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert

werden. Dabei ist der Begriff „Behinderung“ weit zu verstehen und umfasst auch die Fälle, die man als „Störung“ qualifizieren kann.

GK-Kreutz § 78 Rn. 25

Nach der Rechtsprechung des BAG (AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972) meint „Behinderung“ jede unzulässige „Erschwerung, Störung oder Verhinderung der Betriebsratstätigkeit“. Es fragt sich, ob deshalb auch das Leerlaufenlassen einzelner Beteiligungsrechte unter § 78 Satz 1 BetrVG fällt.

Nach ganz herrschender Auffassung ist eine solche Sicht nicht akzeptabel, da § 78 Satz 1 BetrVG auf diese Weise zu einer Art Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts würde.

Eingehend dazu GK-Kreutz § 78 Rn. 31

Jede Meinungsverschiedenheit über den Umfang eines Beteiligungsrechts könnte so zu einem „Behinderungsfall“ werden, der bei Vorsatz sogar eine Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auslösen würde. Einig ist man sich jedoch darüber, dass die „beharrliche“ Missachtung

So Fitting § 78 Rn. 9

oder die „bewusste und wiederholte Missachtung“

So DKK-Buschmann § 78 Rn. 14.

erfasst ist. Ein anderer Autor umschreibt dies dahingehend, dass der Arbeitgeber „wiederholt, beharrlich oder grundsätzlich“ Mitwirkungsrechte des Betriebsrats missachtet.

GK-Kreutz § 78 Rn. 31

Dabei kommt es anders als im Rahmen des § 119 BetrVG nicht auf das Verschulden an.

Fitting, § 78 Rn. 12; GK-Kreutz § 78 Rn. 29

Im konkreten Fall ist unter diesen Umständen das Vorliegen einer „Behinderung der Betriebsratstätigkeit“ zu bejahen: Die mitbestimmungswidrige Unterlassung der Eingruppierung wurde und wird über einen längeren Zeitraum hinweg und gegenüber einer größeren Zahl von Beschäftigten praktiziert. Auch die Zurückweisung von Initiativen des Betriebsrats legt den Schluss auf eine „beharrliche“ Missachtung nahe.

2. Rechtsfolgen

Soweit die Behinderung der Betriebsratstätigkeit fort dauert, hat der Betriebsrat einen negatorischen Anspruch, der sich auf Beseitigung des bestehenden Zustands und Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen richtet.

BAG AP Nr. 27 zu § 23 BetrVG 1972; ErfK-Kania § 78 Rn. 5;
GK-Kreutz § 78 Rn. 38

Dieser Anspruch kann auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden; insoweit besteht in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur weitestgehende Einigkeit.

LAG Köln LAGE § 44 BetrVG 1972 Nr. 3; ArbG Darmstadt AiB 1987, 140; ArbG Hamburg NZA-RR 1998, 78; ErfK-Kania § 78

BetrVG Rn. 5; Fitting § 78 Rn. 13, 25; GK-Kreutz § 78 Rn.
39

Der Betriebsrat kann nicht darauf verwiesen werden, eine unzweifelhaft bestehende Behinderung seiner Tätigkeit so lange hinzunehmen, bis eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist.

Im konkreten Fall kann die Arbeitgeberseite daher auch unter Berufung auf § 78 Satz 1 BetrVG im Wege der einstweiligen Verfügung dazu verpflichtet werden, alle unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer einzugruppieren und das Zustimmungsverfahren gegenüber dem Betriebsrat einzuleiten. Zuwiderhandlungen können auch hier mit den bei einstweiligen Verfügungen üblichen Sanktionen (bis zu 250.000,00 € Ordnungsgeld) belegt werden.

Geschieht die Behinderung vorsätzlich, machen sich die handelnden Personen nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG strafbar. Dabei ist bedingter Vorsatz ausreichend; es genügt also, dass die beharrliche Missachtung von Beteiligungsrechten billigend in Kauf genommen wird.

Für bedingten Vorsatz auch Fitting § 119 Rn. 10; Rieble
ZfA 2003, 283

Die Strafverfolgung setzt einen Strafantrag voraus, den der Betriebsrat, aber auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft stellen kann. Als Strafraum nennt § 119 Abs. 1 „Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe“. Ob und inwieweit im konkreten Fall auch die Voraussetzungen des § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfüllt sind, kann auf der Grundlage des vorgelegten Tatsachenmaterials nicht endgültig beurteilt werden. Eine Vertiefung muss insoweit unterbleiben.

V. Zusammenfassung

1. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle unter den Entgelttarifvertrag fallenden Arbeitnehmer einzugruppieren; diese Pflicht besteht jedenfalls dem Betriebsrat gegenüber, da andernfalls dessen Mitbestimmungsrecht über Ein- und Umgruppierung nach § 99 Abs. 1 BetrVG gegenstandslos würde.
2. Der Betriebsrat kann den Anspruch auf Eingruppierung im Verfahren nach § 101 BetrVG geltend machen.
3. Die Nichteingruppierung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern stellt eine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs.3 BetrVG dar. Der Arbeitgeber kann daher aufgrund eines Antrags des Betriebsrats oder der IG Metall verpflichtet werden, zu einem gesetzeskonformen Verhalten zurückzukehren, d. h. die Eingruppierungen unter Einschaltung des Betriebsrats vorzunehmen.
4. Der Anspruch aus § 23 Abs.3 BetrVG kann auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, da eine rückwirkende Eingruppierung nach Ende des Hauptsacheverfahrens auf erhebliche faktische Schwierigkeiten stoßen würde. Das Ordnungsgeld darf entsprechend § 23 Abs.3 Satz 6 BetrVG 10.000 € nicht übersteigen, kann jedoch in jedem Einzelfall verhängt werden.

5. Dem Betriebsrat steht auch im Rahmen des § 99 BetrVG ein Anspruch darauf zu, dass Beeinträchtigungen seines Mitbestimmungsrechts unterbleiben. Er kann daher verlangen, dass der Arbeitgeber die Eingruppierungen vornimmt und ihn dem Gesetz entsprechend beteiligt. Auch dieser Anspruch ist im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzbar. Wird diese nicht befolgt, können Sanktionen ohne Begrenzung durch § 23 Abs.3 Satz 6 BetrVG verhängt werden (Ordnungsgelder bis 250.000 € je konkretem Fall).

6. Die beharrliche Negierung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats nach § 99 Abs.1 BetrVG stellt eine Behinderung der Betriebsratstätigkeit nach § 78 Satz 1 BetrVG dar. Auch insoweit besteht ein Anspruch auf Korrektur, der im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann. Die Sanktionen sind gleichfalls nicht durch § 23 Abs.3 Satz 6 BetrVG beschränkt. Bei bedingt vorsätzlichem Verhalten kommen auch strafrechtliche Konsequenzen nach § 119 Abs.1 Nr. 2 BetrVG in Betracht.