

# Arbeitgeber verletzt Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG

So kann sich der Betriebsrat erfolgreich zur Wehr setzen

## Hier lesen Sie

- ob der Betriebsrat dem Arbeitgeber eine personelle Maßnahme untersagen kann
- wann der Betriebsrat Verstöße gegen die Mitbestimmungsrechte abmahnen kann
- welche Folgen es hat, wenn der Arbeitgeber nach einer Abmahnung »rückfällig« wird

*Der Arbeitgeber hat eine personelle Einzelmaßnahme nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu unterlassen, solange er das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht beachtet. Dies kann der Betriebsrat nach den Regeln des § 101 BetrVG erzwingen. Bei groben Verstößen kommt in der Praxis neben dem Unterlassungsanspruch nach § 101 BetrVG auch ein Vorgehen nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht.*

## Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von § 101 BetrVG

Es muss um eine personelle Einzelmaßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gehen, also eine Einstellung, Versetzung, Ein- oder Umgruppierung. Wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht informiert hatte, weiß der Betriebsrat nicht, ob die im Betrieb neu beschäftigte Person als Arbeitnehmer oder als Subunternehmer eingestellt wurde. Der Betriebsrat sollte kurz beobachten, ob der Arbeitgeber über die beschäftigte Person wenigstens teilweise die Personalhoheit hat und auch über Ort und Zeit der Tätigkeit entscheidet, denn dann kann der Betriebsrat die Rechte aus §§ 99, 101 BetrVG beanspruchen.<sup>1</sup> Zusätzlich besteht der Auskunftsanspruch nach § 80 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BetrVG über die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

Bei Ein-/Umgruppierungen ist eine Aufhebung mitbestimmungswidrig vorgenommener Maßnahmen weniger passend, denn es geht um eine richtige Beurteilung und der Betroffene soll nicht ohne Vergütung bleiben.<sup>2</sup> Der Betriebsrat kann aber die Eingruppierung in die für richtig gehaltene (höhere) Vergütungsgruppe nicht direkt klären lassen, sondern muss das Verfahren nach § 101 BetrVG mit dem Antrag führen, dass dem Arbeitgeber aufgegeben wird, die Zustimmung zur Ein-/Umgruppierung beim Betriebsrat nachträglich einzuholen, und im Verweigerungsfall seinerseits das Zustimmungsersetzungsverfahren einzuleiten.<sup>3</sup> Dieser Weg mag zwar umständlich erscheinen, sollte vom

Betriebsrat aber eingehalten werden, um die Erfolgsaussichten zu wahren.

Die Maßnahme muss noch durchgeführt bzw. aufrechterhalten sein.

Wird sie im Laufe des Prozesses beendet, erledigt sich auch der Unterlassungsanspruch, ohne dass noch eine inhaltliche Entscheidung ergeht. Eine Umstellung des Antrags auf Feststellung, die bereits durchgeführte Maßnahme sei mitbestimmungspflichtig gewesen, wird als unzulässig angesehen; auch für einen in die Zukunft gerichteten Antrag wird ein Feststellungsinteresse gefordert.<sup>4</sup> Nach § 101 Satz 1 BetrVG ist eine weitere Voraussetzung erforderlich. Sie hängt davon ab, ob nach § 100 BetrVG vorgegangen wurde oder nicht.

Wenn es um keine vorläufige, sondern eine reguläre personelle Maßnahme geht, kommt es auf die (fehlende) Zustimmung des Betriebsrats an.

Wurde er gar nicht informiert, kann keine Zustimmung vorliegen. Wurde er aber angehört und hat die Zustimmung verweigert, zählt dies nur, wenn die Zustimmungsverweigerung rechtzeitig und schriftlich erfolgte und ausreichend auf einen der Gründe des § 99 Abs. 2 BetrVG gestützt ist – nur dann ist ein Vorgehen nach § 101 BetrVG aussichtsreich!

Wenn es um eine Maßnahme nach § 100 BetrVG geht, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber gegen die Regeln des § 100 Abs. 2, Abs. 3 BetrVG verstoßen hat. Ein solcher Regelverstoß liegt zum einen vor, wenn ein Zustimmungsersetzungsverfahren erforderlich wurde und der Arbeitgeber das Arbeitsgericht nicht oder nicht rechtzeitig angerufen hat. Dafür kommt es darauf an, ob der Betriebsrat unverzüglich bestritten hatte, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Wenn der

<sup>1</sup> BAG v. 13.12.2005, AiB 2007, 52 m. Anm. Müller.

<sup>2</sup> BAG v. 12.12.2006, AiB 2007, 431 m. Anm. Rudolph.

<sup>3</sup> DKK-Kittner/Bachner, Kommentar zum BetrVG, 11. Aufl. § 101 Rdnr. 5, Fitting, Kommentar zum BetrVG, 23. Aufl., § 101 Rdnr. 8.

<sup>4</sup> BAG v. 15.4.2008, 1 ABR 14/07.

**§ 100 Vorläufige personelle Maßnahmen**

(1) Der Arbeitgeber kann, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, die personelle Maßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer über die Sach- und Rechtslage aufzuklären.

(2) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, so hat er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. In diesem Fall darf der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

(3) Lehnt das Gericht durch rechtskräftige Entscheidung die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ab oder stellt es rechtskräftig fest, dass offensichtlich die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war, so endet die vorläufige personelle Maßnahme mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung. Von diesem Zeitpunkt an darf die personelle Maßnahme nicht aufrechterhalten werden.

Arbeitgeber dann die vorläufige Maßnahme aufrechterhält, ohne das Arbeitsgericht anzurufen, kann der Betriebsrat nach § 101 BetrVG vorgehen. Ebenso kann er vorgehen, wenn der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nach einer entgegenstehenden rechtskräftigen Entscheidung aufrechterhalten sollte.

**Verfahren auf Unterlassung**

Nach § 101 Satz 1 BetrVG kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben. Bevor ein Antrag bei Gericht eingereicht wird, ist ein entsprechender Beschluss des Betriebsrats erforderlich.<sup>5</sup> Im Hinblick auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit setzt ein Beschluss zur Einleitung eines Gerichtsverfahrens wiederum voraus, dass der Betriebsrat vorher erfolglos den Arbeitgeber zur Einhaltung des Mitbestimmungsverfahrens aufgefordert hatte.

**§ 101 Zwangsgeld**

Führt der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 ohne Zustimmung des Betriebsrats durch oder hält er eine vorläufige personelle Maßnahme entgegen § 100 Abs. 2 Satz 3 oder Abs. 3 aufrecht, so kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben. Hebt der Arbeitgeber entgegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung die personelle Maßnahme nicht auf, so ist auf Antrag des Betriebsrats vom Arbeitsgericht zu erkennen, dass der Arbeitgeber zur Aufhebung der Maßnahme durch Zwangsgeld anzuhalten sei. Das Höchstmaß des Zwangsgeldes beträgt für jeden Tag der Zuwiderhandlung 250 €.

In der Praxis könnte dies etwa wie folgt ablaufen. Der Betriebsrat erfährt von Kolleginnen und Kollegen aus der Belegschaft, dass eine Person im Betrieb neu beschäftigt wird.

Der Arbeitgeber hatte nicht informiert. Der/die Betriebsratsvorsitzende fragt beim Arbeitgeber kurz telefonisch und dann auch schriftlich nach, ob dort die Einleitung des Anhörungsverfahrens eventuell übersehen wurde. Gleichzeitig bekommt die Tagesordnung für die nächste Betriebsrats-Sitzung einen Punkt: »Mitbestimmungsrecht bei Einstellung/Versetzung/Ein-/Umgruppierung von Herrn/Frau XYZ, Arbeitsplatz Abteilung A«. In der Betriebsratsitzung stellt der Betriebsrat fest, dass der Arbeitgeber auf die Anfrage des Betriebsratsvorsitzenden nicht geantwortet oder abweisend reagiert hat, und dass kein Anhörungsschreiben nach § 99 BetrVG eingegangen ist. Er fasst einen Beschluss.

**Beispiel:**

Der könnte so lauten:

»Der Betriebsrat fordert den Arbeitgeber auf, das Zustimmungsverfahren betreffend Einstellung/Versetzung/Ein-/Umgruppierung von Herrn/Frau XYZ einzuleiten und die Maßnahme zu unterlassen, bis die Zustimmung des Betriebsrats eingeholt oder ersetzt ist. Der Betriebsrat behält sich vor, vom Recht des § 101 BetrVG Gebrauch zu machen«.

Der Betriebsrat schreibt den Arbeitgeber an. Der Kontakt zur Gewerkschaft und zum vorgesehenen Prozessvertreter sollte spätestens jetzt hergestellt werden. Die nächste Betriebsrats-Sitzung findet dann beispielsweise eine Woche später statt, mit dem Tagesordnungspunkt »Einleitung eines Beschlussverfahrens, Beauftragung eines Prozessvertreters wegen Einstellung/Versetzung/Ein-/Umgruppierung von Herrn/Frau XYZ, Arbeitsplatz Abteilung A«. In dieser Sitzung stellt der Betriebsrat fest, dass der Arbeitgeber auch weiterhin nicht oder abweisend reagiert hat.

**Beispiel:**

Er beschliesst:

»1. Es wird ein Beschlussverfahren nach § 101 BetrVG auf Aufhebung der Einstellung/Versetzung/Ein-/Umgruppierung von Herrn/Frau XYZ, Arbeitsplatz Abteilung A, beim Arbeitsgericht eingeleitet.

2. Mit der Vertretung wird beauftragt DGB Rechtsschutz GmbH/Rechtsanwälte (genauer angeben). Die Kosten trägt der Arbeitgeber«.

Der/die Betriebsrats-Vorsitzende erteilt den Auftrag an den Prozessvertreter. Der Prozessvertreter kann jetzt das gut vorbereitete Verfahren übernehmen und das Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht einleiten.

Das eigentliche Gerichtsverfahren nach § 101 Satz 1 BetrVG beginnt mit dem Einreichen der Antragschrift beim Arbeitsgericht. Darin wird der Antrag gestellt, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme (Einstellung von Herrn/Frau XYZ) aufzuheben. Zusätzlich kann bean-

<sup>5</sup> DKK-Kittner/Bachner § 101 Rdnr. 7.

tragt werden, ein Zwangsgeld anzudrohen.<sup>6</sup> Zur Begründung ist der Sachverhalt im Einzelnen dem Gericht zu erklären. Das Gericht wird einen Termin anberaumen und den Arbeitgeber zur Stellungnahme auffordern. Im Termin entscheidet das Arbeitsgericht über den Antrag des Betriebsrats durch Beschluss. Gegen den Beschluss ist Beschwerde zum Landesarbeitsgericht zulässig. Das Gericht kann dem Arbeitgeber im Beschluss aufgeben, die personelle Maßnahme aufzuheben.

Anschließend kann der Betriebsrat, falls der Arbeitgeber dem Beschluss des Gerichts nicht nachkommt, das Zwangsgeldverfahren nach § 101 Satz 2 BetrVG einleiten. Sollte also der Arbeitgeber den Beschluss des Gerichts ignorieren und die personelle Maßnahme fortsetzen, hält das Arbeitsgericht den Arbeitgeber auf Antrag des Betriebsrats nach § 101 Satz 2 BetrVG zur Aufhebung der Maßnahme durch Zwangsgeld an. Das Zwangsgeld ist vom Arbeitgeber an die Gerichtskasse zu bezahlen; die Höhe beträgt bis zu 250 € für jeden Tag der Zuwiderhandlung. Den festgesetzten Betrag treibt der Gerichtsvollzieher notfalls zwangsweise bei.

### Einstweilige Verfügung

Bis zur Aufhebung der Maßnahme kann es unter Umständen einige Zeit dauern.<sup>7</sup> Im Allgemeinen hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass sich Mitbestimmungsrechte durch Zeitablauf erledigen können und deswegen die Möglichkeit einer schnellen vorläufigen Regelung durch einstweilige Verfügung gegeben sein muss; für das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG wird das teilweise noch bezweifelt.<sup>8</sup>

Zumeist dürften die Arbeitsgerichte auch bemüht sein, das Beschlussverfahren zeitnah zu terminieren. Gelingt dies nicht, sollte der Betriebsrat die Diskussion über die Notwendigkeit einer einstweiligen Verfügung nicht scheuen. Denn das Mitbestimmungsrecht wird bei einer Einstellung, auch wenn sie gar nicht eilbedürftig ist, für die Dauer des Prozesses und des anschließenden Zwangsmaßnahmenverfahrens erst einmal wirkungslos bleiben. Der Arbeitgeber beschäftigt einfach, solange der Prozess dauert, und dies kann sich schon einige Monate hinziehen. In einer solchen Situation wird die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung benötigt.

Nach überzeugender Ansicht liegt daher eine »Schutzlücke« vor, und in dringenden Fällen kann der Betriebsrat daher wegen eines groben Verstoßes des Arbeitgebers gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten eine einstweilige Verfügung erlangen.<sup>9</sup>

### Vorgehen nach § 23 Abs. 3 BetrVG

Liegt ein grober Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Regelungen vor, so hat der Betriebsrat, aber auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft, das Recht vom Arbeit-

geber die Unterlassung, Vornahme oder Duldung der Vornahme einer Handlung zu verlangen. Ferner kann gegen den Arbeitgeber gemäß § 23 Abs. 3 Satz 2 BetrVG für den Fall, dass er sich der ihm durch gerichtliche Entscheidung auferlegten Verpflichtung zuwider verhält, auf Antrag vom Arbeitsgericht wegen jeder Zuwiderhandlung nach vorheriger Androhung ein Ordnungsgeld verhängt werden. Damit besteht das Vorgehen nach § 23 Abs. 3 BetrVG aus dem Antrag auf Feststellung und zum anderen aus der Möglichkeit, den Arbeitgeber bei zukünftigen Wiederholungen zu sanktionieren, ohne dass ein erneutes Verfahren notwendig wäre.

Mit dieser Vorschrift soll ein Verhalten des Arbeitgebers sichergestellt werden, das der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung entspricht. Das Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG ist auf ein künftiges Verhalten gerichtet und dient der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes und der Verhinderung rechtswidriger Handlungen oder der Unterlassung, nicht der Sanktionierung zurückliegender Verstöße.

Insoweit besteht ein Unterschied zu § 101 BetrVG, der an einem konkreten Verstoß gegen das BetrVG anknüpft und primär diesen Verstoß ausräumen will. Damit haben die Regelungen verschiedene Zielrichtungen, ohne sich auszuschließen.

#### § 23 Verletzung gesetzlicher Pflichten

(1) Mindestens ein Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer, der Arbeitgeber oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft können beim Arbeitsgericht den Ausschluss eines Mitglieds aus dem Betriebsrat oder die Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten beantragen. Der Ausschluss eines Mitglieds kann auch vom Betriebsrat beantragt werden.

(2) Wird der Betriebsrat aufgelöst, so setzt das Arbeitsgericht unverzüglich einen Wahlvorstand für die Neuwahl ein. § 16 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft können bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus diesem Gesetz beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Handelt der Arbeitgeber der ihm durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegten Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er auf Antrag vom Arbeitsgericht wegen einer jeden Zuwiderhandlung nach vorheriger Androhung zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen. Führt der Arbeitgeber die ihm durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegte Handlung nicht durch, so ist auf Antrag vom Arbeitsgericht zu erkennen, dass er zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld anzuhalten sei. Antragsberechtigt sind der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Das Höchstmaß des Ordnungsgeldes und Zwangsgeldes beträgt 10.000 €.

6 DKK-Kittner/Bachner § 101 Rdnr. 14.

7 Kritisch dazu DKK-Kittner/Bachner § 101 Rdnr. 2.

8 ErfK-Kania § 101 Rdnr. 3.

9 Fitting, § 99 Rdnr. 297, 298; DKK-Kittner/Bachner § 101 Rdnr. 19, 24 ff.

Voraussetzung für den Anspruch des Betriebsrats ist grundsätzlich das Vorliegen eines groben Verstoßes gegen gesetzliche Verpflichtungen.

### Anspruchsvoraussetzungen

Dabei muss die Grenze der Erheblichkeit des Verstoßes erreicht sein. Dies kann bei einem einmaligen schweren Verstoß, aber auch bei Vorliegen der Wiederholung leichter Verstöße möglich sein. Da es bei dem Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG hinsichtlich der Feststellung um ein zukünftiges Verhalten geht, kommt es auch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber den groben Verstoß verschuldet hat. Dazu genügt es, dass objektiv ein Pflichtverstoß vorliegt. Umstritten ist die Frage, ob auch der Umstand, dass ein Verstoß zu befürchten sein wird, bereits ausreichend ist.<sup>10</sup> Nicht notwendig ist ebenso, dass konkret eine Wiederholungsgefahr bestehen muss.

Bei der Nichtbeachtung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte des Betriebsrats im Rahmen einer personellen Maßnahme nach § 99 Abs. 1 BetrVG wird jedoch bereits grundsätzlich das Vorliegen eines groben Verstoßes anzunehmen sein. Dies wird zumindest für die Fälle gelten müssen, in denen bereits gleich geartete Verstöße in der Vergangenheit vorliegen oder für Fälle, die erstmalig auftreten, bei denen es aber bereits eine klare Rechtslage bezüglich des Vorliegens eines Verstoßes gegen § 99 Abs. 1 BetrVG gibt.<sup>11</sup> Sollte das Arbeitsgericht jedoch das Nichtvorliegen eines groben Verstoßes feststellen können, wird der Antrag als unbegründet zurückzuweisen sein.

### Betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung

Neben der gerichtlichen Vorgehensweise besteht auch die Möglichkeit, eine gerichtliche Auseinandersetzung durch ein Abmahnschreiben zu vermeiden. Dieses Vorgehen bietet sich jedoch grundsätzlich nur in den Fällen an, in denen zu erwarten ist, dass Einigkeit zwischen den Parteien besteht, dass das Verhalten einen groben Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Normen darstellt und sich der Arbeitgeber verpflichten will, dies in Zukunft zu unterlassen. In den anderen Fällen ist daher regelmäßig ein Beschlussverfahren durchzuführen. Dies gilt insbesondere, da der Betriebsrat nicht zunächst gezwungen ist, den Arbeitgeber erfolglos abzumahnern, bevor ein Beschlussverfahren zulässig wäre. Grundsätzlich ist ein Abmahnungsschreiben in der Form abzufassen, indem der Verstoß konkret bezeichnet und der Arbeitgeber aufgefordert wird, den Verstoß künftig zu unterlassen und zur Vermeidung einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung eine vorgefertigte Unterlassungserklärung zu unterzeichnen. In der Unterlas-

<sup>10</sup> DKK-Trittin § 23 Rdnr.78.

<sup>11</sup> DKK-Kittner/Bachner, § 101 Rdnr. 21ff., DKK-Trittin § 23 Rdnr. 114 ff.; Richardi, § 23 Rdnr. 93.

# AiB WISSEN

TRAININGS · TAGUNGEN · KONGRESSE

### Geheimhaltungspflicht des Betriebsrats

Di., 10.3.2009, 9.30 Uhr bis 17.00 Uhr in Düsseldorf  
Referentin: Marion Müller  
Teilnahmegebühr: 298,00 € zzgl. 19 % MwSt. und Unterkunft und Verpflegung

### Betriebsversammlungen erfolgreich gestalten

Mi., 11.3.2009, 9.30 Uhr bis Do., 12.3.2009, 17.00 Uhr in Düsseldorf  
Referentin: Marion Müller  
Teilnahmegebühr: 588,00 € zzgl. 19 % MwSt. und Unterkunft und Verpflegung

### Betriebsratsvorsitzende

Geschäftsführung des Betriebsrats  
Mo., 16.3.2009, 14.00 Uhr bis Fr., 20.3.2009, 12.30 Uhr in Gera  
Referenten: Volker Mischewski und Godehard Baule  
Teilnahmegebühr: 838,00 € zzgl. 19 % MwSt. und Unterkunft und Verpflegung

### Betriebswirtschaftliches Grundwissen

Do, 19.3.2009, 9.30 Uhr bis Fr., 20.3.2009, 16.00 Uhr in Münster  
Referentin: Daniela Ebert  
Teilnahmegebühr: 588,00 € zzgl. 19 % MwSt. und Unterkunft und Verpflegung

Weitere Informationen erhalten Sie unter  
0 69/13 30 77-6 71 oder [ilona.hofmann@aib-wissen.de](mailto:ilona.hofmann@aib-wissen.de)  
Alle Trainings werden auch als Inhouse-Schulung angeboten.

sungserklärung verpflichtet sich der Arbeitgeber, den konkreten Verstoß künftig zu unterlassen und das betroffene Recht des Betriebsrats zu beachten.

### Gerichtliches Verfahren

Der Anspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG ist ebenfalls im Wege des Beschlussverfahrens durchzuführen. Antragsberechtigt ist neben dem Betriebsrat auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft, unabhängig davon, ob eigene Rechte seitens des Arbeitgebers verletzt sind. Somit kann also auch eine vertretene Gewerkschaft die Nichteinhaltung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats geltend machen. Grundsätzlich setzt die Antragsstellung durch den Betriebsrat ebenfalls eine ordnungsgemäße Beschlussfassung nach § 33 BetrVG voraus. Zudem dürfte nach dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu erwarten sein, dass der

Betriebsrat den Arbeitgeber zunächst zu rechtmäßigem Verhalten auffordert. Wie bereits dargestellt, ist auch ein Vorgehen im Wege einer einstweiligen Verfügung möglich. Hinsichtlich des konkreten Vorgehens gilt: Ein Antrag auf Androhung eines Ordnungsgeldes kann mit dem Feststellungsantrag nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verbunden werden, dann ist hierüber auch zeitgleich zu entscheiden. Ein Androhungsantrag kann jedoch auch später gestellt werden. Erwähnt werden soll insoweit auch, dass es ebenfalls ohne Durchführung eines Beschlussverfahrens möglich ist, dass der Betriebsrat vor künftigen Verstößen geschützt wird, wenn der Arbeitgeber und der Betriebsrat einen Vergleich abschließen, der vorsieht, dass eine Vollstreckung gemäß § 23 Abs. 3 Satz 2 BetrVG bei entsprechenden Verstößen des Arbeitgebers durchzuführen ist.

### Fazit

Das in § 101 BetrVG geregelte Zwangsgeldverfahren schließt einen Anspruch des Betriebsrats auf künftige Beachtung der Mitbestimmungsrechte nach § 23 Abs. 3 BetrVG nicht aus<sup>12</sup> und dieser kann daher grundsätzlich neben einem Antrag nach § 101 BetrVG geltend gemacht werden.

Zudem kann der Regelungslücke des § 101 BetrVG entgegen gewirkt werden, dass der Arbeitgeber personelle Maßnahmen so kurzfristig durchführt, dass sich der Antrag nach § 101 BetrVG im Laufe des Verfahrens erledigt haben wird. Dann bleibt dem Betriebsrat die Möglichkeit nach § 23 Abs. 3 BetrVG gegen das Verhalten des Arbeitgebers vorgehen.<sup>13</sup>

Zum anderen besteht über § 23 Abs. 3 BetrVG die Möglichkeit, ein ordnungsgemäßes Verhalten des Arbeitgebers für die Zukunft sicherzustellen. Konkret für personelle Maßnahmen nach § 99 Abs. 1 BetrVG bedeutet dies, dass der Arbeitgeber dazu verpflichtet werden kann, auch zukünftig und nicht nur in einem bestimmten Fall sich in einer be-

stimmten Art zu verhalten. Diese Dauerwirkung, die über § 23 Abs. 3 BetrVG erreicht werden kann, macht das eigentliche Drohpotential gegenüber dem Arbeitgeber aus, da dieser für die Zukunft gebunden werden kann. Gegebenenfalls ist es gerade bei personellen Maßnahmen wie Einstellungen oftmals kein Anliegen des Betriebsrats, die getroffene Maßnahme des Arbeitgebers zu beseitigen, sondern ausschließlich feststellen zu lassen, dass der Arbeitgeber künftig die Rechte des Betriebsrats zu beachten hat. Ansonsten kann seitens des Arbeitgebers der Eindruck in der Belegschaft erweckt werden, der Betriebsrat spreche sich gegen Einstellungen aus, wenn sich der Betriebsrat gegen vorgenommene Einstellungen ohne Beachtung seiner Rechte zur Wehr setzt. In diesen Fällen kann es sinnvoll sein, über § 23 Abs. 3 BetrVG unter Aufrechterhaltung der personellen Maßnahme ausschließlich gegen zukünftige Verstöße vorzugehen. Daneben besteht über das Antragsrecht der Gewerkschaft unter Umständen die Möglichkeit, zu erwartenden Druck auf den Betriebsrat über eine Antragstellung der Gewerkschaft zu minimieren. Neben dem Vorgehen nach §§ 101, 23 BetrVG besteht noch die Möglichkeit einer Sanktionierung des Verhaltens des Arbeitgeber als Ordnungswidrigkeit oder Straftat nach den §§ 121, 119 BetrVG. Im Hinblick auf personelle Maßnahme nach § 99 BetrVG haben diese Vorschriften keine große praktische Bedeutung, da diese Regelungen keine Abhilfe, sondern lediglich eine Sanktionierung vorsehen.

**DR. REINOLD MITTAG** ist Leiter des Gewerkschaftlichen Centrums für Revision und Europäisches Recht und Namensgeber der Dr. Mittag Rechtsanwalts GmbH.

**TINO JUNGHANS** ist Rechtsanwalt und Rechtssekretär beim DGB Rechtsschutz Büro Oldenburg.

<sup>12</sup> BAG, AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG.

<sup>13</sup> DKK-Trittin, § 23 Rdnr. 82, Fitting § 101 Rdnr. 12 m.w.N.

# Die Kündigung

## Ein Überblick über ihre unterschiedlichen Arten und die Voraussetzungen

*Die Finanzkrise lässt grüßen: Nach einer kurzen Phase des Wirtschaftsaufschwungs werden sich Betriebsräte in Zukunft wahrscheinlich wieder mehr mit den Möglichkeiten, Arbeitsverhältnisse zu kündigen, auseinandersetzen müssen. Trotzdem ist es in der großen Koalition (noch?) still in Fragen um eine mögliche Reform des Kündigungsschutzgesetzes.*

Seit der letzten Reform des Kündigungsschutzgesetzes gilt dieses nur noch in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmer/inne/n (§ 23 Kündigungsschutzgesetz). Hierfür werden Teilzeitbeschäftigte mit 20 und weniger Wochenstunden mit 0,5 und solche mit 20 bis 30 Wochenstunden mit 0,75 gezählt. In solchen Kleinbetrieben muss der Arbeitgeber lediglich die gesetzlich, tariflich oder arbeitsvertraglich