

## **Arbeitspapier 13: Sonderfragen: Mitbestimmung in Tendenzbetrieben und Religionsgemeinschaften; Mitbestimmung im Arbeitskampf**

### **I. Mitbestimmung in Tendenzbetrieben und Religionsgemeinschaften**

1. Zweck des Tendenzschutzes
  - a) 1. Meinung: Nichtwirtschaftliche unternehmerische Betätigung
  - b) 2. Meinung und ganz hM: Sicherung grundrechtlich geschützter Entfaltungsmöglichkeiten (Art. 4, 5, 7, 9 III GG) bzw. der Verfassungsgarantie des Art. 21 GG
2. Tendenzbetriebe
  - a) Unternehmen und Betrieb (nur Unternehmen kann Tendenz haben)
  - b) Unmittelbares und überwiegendes Dienen
  - c) Geistig-ideelle Bestimmungen (§ 118 I 1 Nr. 1 BetrVG)
    - aa) Politische Bestimmung
    - bb) Koalitionspolitische Bestimmung
    - cc) Konfessionelle Bestimmung (Abgrenzung zu § 118 II BetrVG)
    - dd) Karitative Bestimmung

**BAG vom 15.03.2006, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 79 = NZA 2006, 1422  
(Karitative Bestimmung – Mischunternehmen)**

1. In Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend karitativen Bestimmungen dienen, ist nach § 118 I 2 BetrVG kein Wirtschaftsausschuss zu bilden.

2. Ein Unternehmen dient karitativen Bestimmungen i.S. von § 118 I 1 Nr. 1 BetrVG, wenn es sich den sozialen Dienst am körperlich oder seelisch leidenden Menschen zum Ziel gesetzt hat und seine Tätigkeit auf die Heilung oder Milderung oder die vorbeugende Abwehr der inneren oder äußeren Nöte solcher Hilfsbedürftiger gerichtet ist, sofern die Betätigung ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt und das Unternehmen selbst nicht von Gesetzes wegen unmittelbar zu derartiger Hilfeleistung verpflichtet ist.

3. Verfolgt ein Unternehmen sowohl karitative als auch andere als in § 118 I 1 BetrVG genannte Zwecke (so genannte Mischunternehmen), besteht der Tendenzschutz nur, wenn die karitative Bestimmung überwiegt. Das ist der Fall, wenn das Unternehmen seine personellen und sonstigen Mittel regelmäßig in größerem Umfang zur Verwirklichung karitativer als nicht karitativer Zwecke einsetzt. Bei personalintensiven Betätigungen ist in erster Linie auf den zeitlichen Umfang des Personaleinsatzes abzustellen.

4. Betreibt ein Unternehmen ohne Gewinnerzielungsabsicht ein Wohnstift für ältere Menschen, in dem sowohl nicht pflegebedürftige als auch pflegebedürftige ältere Menschen leben, die dort gegebenenfalls ambulant oder auf einer Pflegestation gepflegt werden, besteht Tendenzschutz nach § 118 BetrVG, wenn der überwiegende Teil der Arbeitszeit des von dem Unternehmen beschäftigten Personals für den pflegerischen Bereich aufgewandt wird. Diesem Bereich sind nicht nur Pflegeleistungen zuzuordnen, die gegenüber der Pflegeversicherung abgerechnet werden können, sondern auch sonstige Hilfeleistungen gegenüber Bewohnern, die diese altersbedingt bei alltäglichen Verrichtungen benötigen.

ee) Erzieherische Bestimmung

ff) Wissenschaftliche Bestimmung

BAG vom 21.06.1989, E 62, 156 = AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 43 = NZA 1990, 402  
(Tendenzeigenschaft eines Zoologischen Gartens)

1. Ein zoologischer Garten kann wissenschaftlichen Bestimmungen i. S. des § BETRVG § 118 BETRVG § 118 Absatz I 1 Nr. 1 BetrVG dienen, soweit er dazu bestimmt ist, Erkenntnisse über Tierbiologie zu gewinnen oder Methoden der Arterhaltung zu erforschen oder zu entwickeln. Das Halten von Wildtieren oder die Arterhaltung für sich allein stellen als Aufgaben des Zoos keine wissenschaftliche Bestimmung i. S. von § 118 I 1 Nr. 1 BetrVG dar.

2. Dagegen dient ein Zoo nicht erzieherischen Bestimmungen i. S. des § 118 I Nr. 1 BetrVG, soweit er naturwissenschaftliche Kenntnisse durch Beschriftungstafeln, Broschüren, Wegweiser, Führungen, Vorträge, Zeitschriften und die Art der Präsentation der Tiere bei der Bevölkerung verbreitet oder vertieft.

3. Ob ein Mischunternehmen überwiegend tendenzgeschützten Bestimmungen i. S. des § 118 I 1 BetrVG dient, richtet sich danach, in welchem Umfang das Unternehmen seine personellen und sonstigen Mittel zur Verwirklichung seiner tendenzgeschützten und seiner anderen Ziele einsetzt. Bei personalintensiven Unternehmen ist in erster Linie auf den Personaleinsatz abzustellen und zu prüfen, ob mehr als die Hälfte der Gesamtarbeitszeit des Personals zur Tendenzverwirklichung eingesetzt wird. Dabei kommt es nicht allein auf die Arbeitszeit der eigentlichen Tendenzträger an, sondern auf die Arbeitszeit aller Arbeitnehmer, die an der Tendenzverwirklichung mitwirken.

gg) Künstlerische Bestimmung

d) Bestimmung zur Berichterstattung oder Meinungsäußerung (§ 118 I 1 Nr. 2 BetrVG)

3. Einschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats

a) Ausschluss der §§ 106-110 BetrVG

b) Eingeschränkter Ausschluss der §§ 111-113 BetrVG

c) Relativer Ausschluss der übrigen Vorschriften

aa) Allgemein: Einschränkung der Mitbestimmung nur bei Tendenzbezug  
(Tendenzträgerschaft des Arbeitnehmers und Maßnahme als solche tendenzbezogen)

bb) Organisatorische und allgemeine Vorschriften

cc) Soziale Angelegenheiten

## dd) Personelle Angelegenheiten

Insbesondere:

## (1) Einstellung und Versetzung

BAG vom 08.05.1990, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 46 = NZA 1990, 901

(Tendenzbezogene personelle Einzelmaßnahmen – Versetzung)

Bei tendenzbezogenen personellen Einzelmaßnahmen hat der Betriebsrat kein Zustimmungsverweigerungs-, sondern nur ein Informationsrecht. Die Regelung des § 100 I BetrVG über die vorläufige Durchführung von personellen Einzelmaßnahmen hat hier nur noch Bedeutung für die Fälle, in denen der Arbeitgeber die Maßnahme vor Ablauf der Wochenfrist durchführen will, die dem Betriebsrat zur Stellungnahme zur Verfügung steht. An die Voraussetzung, daß die vorläufige Durchführung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sein muß, sind hier besonders strenge Anforderungen zu stellen.

## (2) Kündigung

BAG vom 22.04.1975, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 2 = DB 1975, 1516

(Mitbestimmung bei Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen)

BAG vom 07.11.1975, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 4 = DB 1976, 585

(Mitbestimmung bei Kündigung aus tendenzbedingten Motiven – Zweck des Tendenzschutzes)

BVerfG vom 06.11.1979, E 52, 283 = AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 14 = DB 1980, 259 (verfassungsrechtliche Billigung von BAG vom 07.11.1975)

BAG vom 28.08.2003, E 107, 204 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 49 = NZA 2004, 501 (Mitbestimmung bei Kündigung eines Betriebsratsmitglieds aus tendenzbezogenen Gründen)

## 1. Die Kündigung eines als Tendenzträger beschäftigten

Betriebsratsmitglieds aus tendenzbezogenen Gründen bedarf nicht der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG. Der Betriebsrat ist nur nach § 102 BetrVG anzuhören.

2. Eine von einer politischen Partei getragene politische Stiftung ist auf Grund der von ihr verfolgten allgemeinen politischen Zielsetzung grundsätzlich als ein Tendenzunternehmen i.S. des § 118 I 1 Nr. 1 BetrVG anzusehen.

4. Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen  
(§ 118 II BetrVG)
- a) Grund: Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften  
(Art. 140 GG iVm Art. 137 III WRV)
- b) Anwendungsbereich: Bedeutung nur für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen; öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften sind bereits durch § 130 BetrVG vom Geltungsbereich des BetrVG ausgenommen  
BVerfG vom 11.10.1977, E 46, 73 = AP GG Art. 140 Nr. 1 = DB 1977, 2379  
(Kirchliches Hospital – Unanwendbarkeit des BetrVG)  
BAG vom 24.07.1991, E 68, 170 = AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 58 = NZA 1991, 977  
(Unanwendbarkeit des BetrVG auf evangelischen Pressedienst)
1. Der Begriff der Religionsgemeinschaft in § 118 II BetrVG ist ebenso zu verstehen wie der Begriff der Religionsgesellschaft i. S. des Art. 137 III WRV.
2. Nach dem Selbstverständnis der evangelischen Kirche umfaßt die Religionsausübung nicht nur die Bereiche des Glaubens und des Gottesdienstes, sondern auch die Freiheit zur Entfaltung und zur Wirksamkeit in der Welt, wie es ihrer religiösen Aufgabe entspricht. Hierzu zählt auch die Öffentlichkeitsarbeit mit publizistischen Mitteln als Teil kirchlicher Mission.
3. Auf einen rechtlich selbständigen evangelischen Presseverband als Teil der evangelischen Kirche findet das Betriebsverfassungsgesetz keine Anwendung.
- c) Rechtsfolge: Genereller Ausschluss des BetrVG
- d) Hinweis: Existenz von sog. Mitarbeitervertretungen in evangelischer und katholischer Kirche

## II. Mitbestimmung im Arbeitskampf

1. Verbot betrieblicher Arbeitskampfmaßnahmen (§ 74 II 1 BetrVG)
2. Mitbestimmungsrechte im Arbeitskampf
  - a) Grundsatz: Mitbestimmungsrechte bleiben bestehen
  - b) Einschränkung der Mitbestimmungsrechte wegen des Gebotes der Kampfparität
    - aa) Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten: Unterscheidung zwischen „ob“ und „wie“ der Maßnahme  
Insbesondere: Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit (Kurzarbeit und Überstunden)  
BAG vom 24.04.1979, E 31, 372 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 63 = DB 1979, 1655 (Mitbestimmung bei Kurzarbeit oder Überstunden im Arbeitskampf)
    - bb) Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten: Arbeitskampfbezug der Maßnahme  
Insbesondere:
      - (1) Einstellung und Versetzung

BAG, NZA 2012, 571:

1. Eine Einschränkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats während eines Arbeitskampfs hat zu erfolgen, wenn bei deren uneingeschränkter Aufrechterhaltung die ernsthafte Gefahr besteht, dass der Betriebsrat eine dem Arbeitgeber sonst mögliche Arbeitskampfmaßnahme verhindert und dadurch zwangsläufig zu dessen Nachteil in das Kampfgeschehen eingreift. Dies gilt gleichermaßen für Arbeitskämpfe, die auf den Abschluss eines Verbands- oder Haustarifvertrags gerichtet sind.
2. Eine ernsthafte Beeinträchtigung der Kampffähigkeit des Arbeitgebers besteht, wenn die Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats dazu führt, dass der Arbeitgeber an der Durchführung einer beabsichtigten kampfbedingten Maßnahme zumindest vorübergehend gehindert ist und auf diese Weise zusätzlich Druck auf ihn ausgeübt wird. Diese Anforderungen sind erfüllt, wenn die Mitbestimmungsrechte die Rechtmäßigkeit des vom Arbeitgeber beabsichtigten Handelns an die Einhaltung einer Frist oder ein positives Votum des Betriebsrats und gegebenenfalls dessen Ersetzung durch die Einigungsstelle knüpfen.
3. Die Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG bei streikbedingten Versetzungen eigener arbeitswilliger Arbeitnehmer hindert den Arbeitgeber ernsthaft an einer wirksamen Kampfführung. Er ist darauf angewiesen, dass der Betriebsrat des abgebenden Betriebs dem umgehend zustimmt.
4. Dem steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber nach § 100 BetrVG die Möglichkeit hat, auch vor einer Entscheidung des Betriebsrats über die Zustimmung zu der personellen Maßnahme die Versetzung vorläufig durchzuführen. Dieses Verfahren ist mitbestimmungsrechtlich nicht ein „Weniger“, sondern eine Ergänzung zum Zustimmungsverfahren nach § 99 BetrVG und bietet dem Arbeitgeber eine Art vorläufigen Rechtsschutz.

5. Die Einschränkung des Zustimmungserfordernisses bei arbeitskampfbezogenen Versetzungen besteht auch dann, wenn der Arbeitskampf in einem anderen Betrieb des Unternehmens geführt wird und nur die dort beschäftigten Arbeitnehmer von dem Tarifabschluss erfasst werden. Auch in diesem Fall bleibt eine Versetzung in einen anderen bestreikten Betrieb des Arbeitgebers eine arbeitskampfbezogene personelle Maßnahme, wenn hierdurch die wirtschaftlichen Folgen des Arbeitskampfs verringert werden sollen.

6. Auch wenn der Arbeitgeber bei streikbedingten Versetzungen arbeitswilliger Arbeitnehmer nicht das Mitbestimmungsverfahren nach § 99 BetrVG durchzuführen hat, bleibt er jedoch nach § 80 II 1 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat rechtzeitig vor Durchführung der personellen Maßnahme mitzuteilen, welche Arbeitnehmer er vorübergehend zur Streikabwehr einsetzen will.

(2) Kündigung

BAG vom 06.03.1979, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 20 = DB 1979, 1464

(Mitbestimmung bei Kündigung aus anderen als arbeitskampfbedingten Gründen)

cc) Unterrichtsansprüche (§ 80 II BetrVG)

BAG vom 10.12.2002, E 104, 175 = AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 59 = NZA 2004, 223 (Unterrichtsansprüche des Betriebsrats im Arbeitskampf)

1. Der Betriebsrat ist während eines Arbeitskampfs im Betrieb nicht generell funktionsuntüchtig. Die Tarifautonomie hat aber Vorrang vor sie einschränkenden Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats. Einzelne Beteiligungsrechte unterliegen deshalb Einschränkungen, soweit sie die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers beeinträchtigen. Das Betriebsverfassungsgesetz verlangt dagegen auch im Arbeitskampf Beachtung, soweit dadurch höherrangige Rechtspositionen nicht vereitelt werden.

2. Unterrichtsansprüche des Betriebsrats aus § 80 II 1 i.V. mit §§ 99, 87 I Nr. 2, 3 BetrVG hindern den Arbeitgeber nicht, sich in Ausübung seiner durch Art. 9 III GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit und damit unabhängig vom Willen des Betriebsrats arbeitskampfbezogen zu betätigen. Die bloße Möglichkeit der rechtswidrigen Verwendung oder Weitergabe der Informationen durch einzelne Betriebsratsmitglieder schließt den Unterrichtsanspruch nicht aus.

c) Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten