

## LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

**5 TaBV 22/12**

5 BV 168/11

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 27.08.2013

Rechtsvorschriften:

§ 87 Abs. 1 Nrn. 2 u. 3 BetrVG; § 106 Satz 1 u. 2 GewO; § 1 Abs. 1 MediationsG

### **Leitsatz:**

1. Die Zeit der Teilnahme an einem vom Arbeitgeber veranlassten Mediationsverfahren stellt für die teilnehmenden Arbeitnehmer keine Arbeitszeit i.S.v. § 87 Abs. 1 Nrn. 2 u. 3 BetrVG dar.
2. Die Teilnahme an einem Mediationsverfahren unterliegt nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 u. 2. GewO.
3. Ordnet ein Arbeitgeber die Teilnahme an einem Mediationsverfahren für bestimmte Arbeitnehmer verpflichtend an, so ergibt sich allein aus der Gesetzeswidrigkeit einer solchen Anordnung kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

---

### **Beschluss:**

1. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 24.04.2012, Aktenzeichen: 5 BV 168/11, in Ziffern 1. und 2. abgeändert.
2. Die Anträge werden abgewiesen.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

- 2 -

## **Gründe:**

I.

Die Beteiligten streiten über das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats und Beteiligten zu 1. wegen der Verletzung von Mitbestimmungsrechten.

Der Beteiligte zu 2. ist der Trägerverein der N..., einem Konzertorchester mit 60 Mitgliedern. Die ersten Geigen sind mit insgesamt 12 Musikern besetzt.

Der Antragsteller ist der bei dem Beteiligten zu 2. gebildete fünfköpfige Betriebsrat.

Zwischen den Musikern der ersten Geigen war ein Streit über die Verteilung der Sitzplätze hinter dem ersten und dem zweiten Pult entstanden, da vom Sitzplatz indirekt auf die Stellung im Kollektiv im Sinne einer unsichtbaren Hierarchie geschlossen werden könne. Die betroffenen Musiker traten an die Intendanz heran und baten um Unterstützung bei der Beilegung des Streites. Den betroffenen Musikern wurde die Teilnahme an einem Mediationsverfahren angeboten, an dem jedoch nicht alle Musiker der ersten Geigen teilnahmen. Die Intendanz wurde daraufhin von den Teilnehmern des Mediationsverfahrens gebeten, verpflichtend für alle Musiker der ersten Geigen ein Abschlussgespräch anzusetzen.

Im Juni 2011 legte der Intendant des Beteiligten zu 2. dem Betriebsrat einen Dienstplan für den Monat Juli 2011 vor, der für den 20.07.2011 neben der allgemeinen Probe eine verpflichtende Dienstbesprechung aller Musiker der ersten Geigen vorsah. Der Betriebsrat lehnte diesen Dienstplan ab. Ein neuer Dienstplan sah die Dienstbesprechung der Musiker der ersten Geigen nicht mehr vor. In der Folgezeit schrieb der Beteiligte zu 2. die Musiker der ersten Geigen an und teilte diesen mit, dass am 20.07.2011 ein Gesprächstermin stattfinde, an dem diese verpflichtend teilzunehmen hätten.

Der Betriebsrat forderte die Arbeitgeberseite daraufhin auf, klarzustellen, dass diese Teilnahme außerhalb der Arbeitszeit stattfände und damit rein freiwillig sei. Dieser Aufforderung kam der Arbeitgeber nicht nach.

Der Betriebsrat ist der Ansicht, dass sich bei Orchestermusikern die Arbeitszeit auf die im Dienstplan vorgesehenen Dienste beschränke. Ordne der Arbeitgeber darüber hinaus die verpflichtende Teilnahme an einem Gruppengespräch an, so sei der Mitbestimmungsbestand des § 87 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG bezüglich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit betroffen. Der Verstoß sei auch als grob zu bezeichnen, da der Arbeitgeber trotz entsprechender Erläuterung der Rechtslage durch den Betriebsrat nicht dazu bereit gewesen sei, den betroffenen Musikern wenigstens mitzuteilen, dass die Teilnahme freiwillig sei.

Nach Auffassung des Beteiligten zu 2. sei die ursprüngliche Bekanntgabe des Termins des Gruppengesprächs über den Dienstplan zweckmäßig erschienen. Nachdem der Betriebsrat die Zustimmung zu dem vorgelegten Dienstplan mit dem Hinweis abgelehnt habe, dass die Dienstbesprechung für die ersten Geigen freiwillig sein müsse, seien die Musiker durch persönliche Anschreiben informiert worden. Die Teilnahme an dem Gruppengespräch sei ein Dienst im Sinne des geltenden Tarifvertrages und müsse nicht im Dienstplan aufgenommen werden. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstrecke sich nicht auf die Lage des im Streit stehenden Gruppengesprächs. Es mangle bereits an einem kollektiven Tatbestand. Fünf der betroffenen acht Musiker hätten an dem Mediationsverfahren freiwillig teilgenommen. Der Intendant sei dem Wunsch der an dem Mediationsverfahren teilnehmenden Musiker an einem verbindlichen Abschlussgespräch für alle ersten Geigen nachgekommen. Werde im Interesse des Betriebsfriedens und auf Bitten eines Teils der betroffenen Arbeitnehmer ein Gruppengespräch zur Beilegung eines internen Streites angeordnet, so bestehe kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Hinblick auf die zeitliche Lage dieses Termins. Ein grober Verstoß liege keinesfalls vor.

Das Arbeitsgericht hat dem Unterlassungsantrag stattgegeben. Der Antrag sei zulässig; er sei konkret gefasst und habe erkennen lassen, welcher Handlung sich der Arbeitgeber enthalten solle. Bei dem Antrag handele es sich auch nicht um einen sogenannten Globalantrag. Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats sei wegen Verstoßes des Arbeitgebers gegen § 87 Abs. 1 BetrVG begründet. Mit der Anordnung der verbindlichen Teilnahme an dem am 20.07.2011 stattfindenden Gruppengespräch sei eine Erhöhung des Arbeitsvolumens für diesen Tag zum Ausdruck gebracht worden. Insoweit bestehe ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG. Insoweit

habe der Arbeitgeber mitbestimmungswidrig gehandelt, als er die verbindliche Anordnung zur Teilnahme am Gespräch außerhalb des Dienstplans ohne Zustimmung des Betriebsrats bzw. ohne Zustimmungsersetzung getroffen habe. Es liege auch ein kollektiver Bezug der Arbeitszeitanordnung seitens des Arbeitgebers vor. Das Mitbestimmungsrecht entfalle auch nicht, wenn der Anordnung des Arbeitgebers freiwillig gefolgt werde, bzw. diese einem Wunsch der Arbeitnehmer entspreche. Die erforderliche Wiederholungsgefahr sei gegeben. Hierfür bestehe bereits eine tatsächliche Vermutung, wenn in der Vergangenheit Mitbestimmungsrechte verletzt worden seien. Der Beteiligte zu 2. habe im vorliegenden Verfahren ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Frage gestellt; es müsse daher befürchtet werden, dass der Arbeitgeber zukünftig Gruppengespräche verbindlich außerhalb des Dienstplans anordne. Auf den Inhalt des arbeitsgerichtlichen Beschlusses wird, auch hinsichtlich des erstinstanzlichen Beteiligtenvorbringens Bezug genommen.

Zur Begründung seiner dagegen gerichteten Beschwerde lässt der Beteiligte zu 2. vorbringen, eine Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Ziffern 2 und 3 BetrVG liege nicht vor. Gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG finde § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG regelmäßig dann keine Anwendung, wenn die Lage der Arbeitszeit unmittelbare Auswirkung auf die Tendenzverwirklichung habe. Das Gespräch am 20.07.2011 habe der Tendenzverwirklichung gedient; bei den Musikern habe es sich um sogenannte Tendenzträger gehandelt. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bestehe im vorliegenden Fall auch deshalb nicht, weil die Arbeitnehmer bezüglich der Lage eines gewissen Teils ihrer „individuellen Arbeitszeit“ Zeitsouveränität genießen würden; damit fehle es an einem durch Mitbestimmung auszufüllenden Regelungsspielraum. Der Arbeitgeber habe im Interesse und auf Veranlassung des Kollektivs gehandelt, nämlich der Mehrheit der betroffenen Musiker. Mit der Anordnung sei auch nicht gegen § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verstoßen worden. Durch die Anordnung der Teilnahme an dem Gruppengespräch sei keine Mehrarbeit angeordnet worden, nachdem sich durch die Teilnahme am Gruppengespräch die „individuelle Arbeitszeit“ der Musiker nicht verlängert habe. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Musiker sich ihren Freizeitausgleich für das angeordnete Gruppengespräch selbstverantwortlich gewährt haben. Dieses Recht sei ihnen von der Intendanz im Vorabgespräch auch zugestanden worden. Selbst wenn man vom Vorliegen etwaiger Mitbestimmungsrechte des

Beteiligten zu 1. ausgehe, habe der Beteiligte zu 1. diese vorliegend rechtsmissbräuchlich ausgeübt. Damit habe der Arbeitgeber die Maßnahme trotz der Ablehnung des Betriebsrats durchführen dürfen; ein Antrag auf Unterlassung künftigen Fehlverhaltens sei damit mangels Erstbegehung und damit nicht ersichtlicher Wiederholungsfahr abzuweisen. Außerdem habe der Beteiligte zu 2. mehrfach erklären lassen, dass es aufgrund der Schwierigkeiten und der Probleme im Zusammenhang mit dem Mediationsverfahren vergleichbare Fälle in der Zukunft nicht mehr geben werde. Außerdem sei es Wille des Beteiligten zu 2. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu respektieren und zu beachten. Letztlich handele es sich bei dem vom Beteiligten zu 1. gestellten Antrag mit Blick auf den im Betrieb des Beteiligten zu 2. anzulegenden Tendenzschutzes um einen unzulässigen Globalantrag, da er offenkundig auch Fallgestaltungen erfasse, für die eine Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Beteiligung des Beteiligten zu 1. nicht bestehe.

Der Beteiligte zu 1. lässt vortragen, es liege ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vor, da nach dieser Norm Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitbestimmungspflichtig seien. Von der Mitbestimmungspflicht umfasst sei auch die Aufstellung von Dienstplänen. Bei der Teilnahme an dem Gruppenpersonalgespräch habe es sich um Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG gehandelt, da der Beteiligte zu 2. verlangt habe, dass die Beschäftigten während dieser Zeit ihrer vertraglich geschuldeten Arbeitsverpflichtung - hier einer Nebenleistungsverpflichtung - nachkommen würden. Die Anordnung verstoße auch gegen § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Der Arbeitgeber habe den Orchestermusikern abverlangt, über die von ihnen zu verrichtenden Dienste hinaus an einem verpflichtenden Gespräch teilzunehmen; es handele sich hier um Mehrarbeit. In der Verpflichtung zur Teilnahme an dem Gruppengespräch habe entweder eine einseitige Abänderung des Dienstplans, mit der gegen § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verstoßen worden wäre, oder die Anordnung von Überstunden, die gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ebenfalls der Zustimmung des Betriebsrats bedürft hätte, vorgelegen. Mit Nichtwissen bestritten werde, dass den Orchestermusikern das Recht eingeräumt worden sei, Freizeitausgleich zu nehmen. Es sei auch gar nicht möglich, dass die Betroffenen sich selbst Freizeitausgleich gewähren, da sie nicht von Proben oder Konzerten befreit worden seien. Es liege auch ein kollektiver Tatbestand vor, da die Anordnung an sämtliche Mitglieder einer Instrumentengruppe, also an ein Kollektiv ergangen sei. Die Freiwilligkeit der Teilnahme an dem Gruppengespräch könne keine

entscheidende Bedeutung für das Vorliegen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats haben. Es bestehe auch eine Wiederholungsgefahr. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass in Zukunft noch einmal Gruppenpersonalgespräche geführt würden. Außerdem habe der Beteiligte zu 2. den Dienstplan für September 2012 den Beschäftigten am 05.08.2012 als gültig mitgeteilt, obwohl der Betriebsrat mit Beschluss vom 02.08.2012 dem Dienstplan nicht zugestimmt habe. Die Eigenschaft des Beteiligten zu 2. als Tendenzunternehmen stehe dem Vorliegen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats im verfahrensgegenständlichen Fall nicht entgegen. Bei einem Gespräch, an dem Mitglieder des Orchesters teilnehmen sollen, und das an jedem Tag und zu jeder Tageszeit stattfinden könne, handele es sich nicht um ein Ereignis mit unmittelbarer Auswirkung auf die Tendenzverwirklichung. Die grundsätzlich vorhandene Zeitsouveränität stehe dem Mitbestimmungsrecht ebenfalls nicht entgegen, da der Arbeitgeber genau diese Zeitsouveränität den Beschäftigten habe nehmen wollen, in dem er die verbindliche Teilnahme an einem Gruppengespräch angeordnet habe. Der Beteiligte zu 1. habe sein Mitbestimmungsrecht auch nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt. Es sei nicht erkennbar, warum es rechtsmissbräuchlich sein solle, wenn der Betriebsrat nicht damit einverstanden sei, dass den Orchestermusikern ohne für ihn nachvollziehbare Gründe zusätzliche Arbeitszeiten aufgebürdet werden sollten, durch die die Möglichkeiten der privaten Freizeitgestaltung eingegrenzt würden.

Wegen des weiteren Beschwerdevorbringens der Beteiligten im Einzelnen sowie wegen der gestellten Anträge wird auf den Inhalt der im Beschwerdeverfahren gewechselten Schriftsätze sowie auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 16.05.2013 Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Dem Beteiligten zu 1. steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Bei der Anordnung der Teilnahme der die erste Geige spielenden Musiker des Orchesters an

dem Abschlussgespräch einer Mediation am 20.07.2011 standen dem Betriebsrat keine Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG zu.

Voraussetzung für ein solches Beteiligungsrecht des Betriebsrats ist, dass der Beteiligte zu 2. durch seine Anordnung eine Arbeitszeitregelung im Sinne der Mitbestimmungstatbestände getroffen hat (BAG vom 14.11.2006, AP Nr. 121 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit). Der Begriff der Arbeitszeit ist für die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG identisch (Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl., § 87 Rd.Nr. 130 m.w.N.).

Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Teilnahme an dem Abschlussgespräch vom 20.07.2011 um Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG handelte.

Der Arbeitszeitbegriff in § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG ist nicht gänzlich deckungsgleich mit dem Begriff der vergütungspflichtigen Arbeitszeit und dem des Arbeitszeitgesetzes oder der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 04.11.2003. Er bestimmt sich vielmehr nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts. Die Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG dient dazu, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien und für die Gestaltung ihres Privatlebens nutzbaren Zeit zur Geltung zu bringen (BAG vom 14.11.2006, a.a.O.).

Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG ist die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen soll. Es geht um die Festlegung des Zeitraums, während dessen der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Erfüllung seiner vertraglichen Hauptleistungspflichten verlangen und dieser sie ihm gegebenenfalls mit der Folge des § 293 BGB anbieten kann. Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG ist deshalb die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer verpflichtet bzw. berechtigt ist, seine vertraglich geschuldete Arbeit zu leisten. Eine mitbestimmungspflichtige Änderung der Lage der Arbeitszeit liegt dementsprechend vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich ge-

schuldete Arbeit außerhalb des festgelegten Zeitraums erbringt oder erbringen soll (BAG vom 14.11.2006, a.a.O.).

Durch die Teilnahme an einer vom Arbeitgeber veranlassten Mediationsmaßnahme wegen aufgetretener Unstimmigkeiten zwischen Belegschaftsmitgliedern erbringt ein Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung im vorgenannten Sinn. Der Umstand, dass die Mediation im Interesse des Arbeitgebers durchgeführt wird, macht die dafür aufgewendete Zeit nicht automatisch zu einer solchen, während derer Arbeit geleistet würde.

Auch der Umstand, dass der Beteiligte zu 2. die Teilnahme an dem Abschlussgespräch „verpflichtend angeordnet“ hat, lässt die aufgewendete Zeit noch nicht als Arbeitszeit erscheinen. Die betroffenen Mitarbeiter waren zur Teilnahme an der Mediation und damit an dem Abschlussgespräch nicht aufgrund einer wirksamen Weisung verpflichtet. Der Arbeitgeber kann nach § 106 Satz 1 und 2, GewO gegenüber allen Arbeitnehmern Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Das Weisungsrecht erschöpft sich nicht nur in der Konkretisierung der Hauptleistungspflichten, vielmehr tritt eine nicht abschließend aufzählbare, je nach den Umständen näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten hinzu, deren Erfüllung unumgänglich ist um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen (sogenannte leistungssichernde Verhaltenspflichten; vgl. BAG vom 23.06.2009, AP Nr. 3 zu § 106 GewO m.w.N.).

Nachdem einer Mediation das Element der Freiwilligkeit immanent ist (vgl. § 1 Abs. 1 MediationsG), schließt dies bereits aus, dass ein Arbeitgeber durch Ausübung seines Weisungsrechts Arbeitnehmer zur Teilnahme an einer Mediation verpflichten kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann es sich bei der Teilnahme an dem Mediationsabschlussgespräch nicht um eine leistungssichernde Verhaltenspflicht der Arbeitnehmer und damit nicht um Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG handeln.

Auch wenn der Beteiligte zu 2. vorliegend ohne rechtliche Grundlage die Musiker der ersten Geigen verpflichten wollte, an dem Abschlussgespräch teilzunehmen, so löste diese

rechtswidrige Weisung allein kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG aus. Verstöße gegen gesetzliche Pflichten, insbesondere solche gegen § 75 BetrVG begründen noch kein Mitbestimmungsrecht. Verletzt eine vom Arbeitgeber getroffene Regelung das Gesetz, so kann der Verstoß nicht dadurch geheilt werden, dass der Betriebsrat zustimmt (BAG vom 08.06.1999, AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebs).

Stand nach alledem dem Beteiligten zu 1. kein Mitbestimmungsrecht bei der Anordnung des Abschlussgesprächs im Rahmen eines Mediationsverfahrens unter dem Gesichtspunkt des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG zu, so musste der Unterlassungsantrag schon wegen Fehlens einer mitbestimmungswidrigen Handlung des Beteiligten zu 2. erfolglos bleiben. Bedenken hinsichtlich der Frage, ob der Antrag auch deshalb erfolglos bleiben musste, weil der Gegenstand etwaiger zu unterlassender Gruppenpersonalgespräche nicht konkretisiert wurde, konnten im Hinblick auf das vorstehend erzielte Ergebnis unentschieden bleiben.

Rechtsmittel ist zugelassen.

Malkmus  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

Wissel  
ehrenamtlicher Richter

zugleich für den vorübergehend  
ausgeschiedenen ehrenamtlichen  
Richter Hahn

**Ausfertigung an:**

Antragstellervertreter gemäß § 174 ZPO mit Empfangsbekanntnis

Beteiligtenvertreter zu 2. gemäß § 174 ZPO mit Empfangsbekanntnis

**abgesandt am:**