

**11 TaBV 71/20**  
5 BV 20/20  
(ArbG Rosenheim)

Verkündet am: 09.12.2020

Birkhold  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### **BESCHLUSS**

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. A.

A-Straße, A-Stadt

- Antragsteller und Beteiligter zu 1 und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte B.  
B-Straße, B-Stadt

2. Firma C.

C-Straße, C-Stadt

- Beteiligte zu 2 und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

D.  
D-Straße, B-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 9. Dezember 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier

für Recht erkannt:

**Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) wird der Beschluss des Arbeitsgerichtes A-Stadt (Az. 5 BV 20/20) vom 03.11.2020 unter Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen aufgehoben und wie folgt gefasst:**

- 1. Zum Vorsitzenden einer Einigungsstelle mit dem Regelungsggegenstand  
*„Festlegung der Verteilungsgrundsätze für die im Zeitraum vom 01.06.2020 bis zum 30.09.2020 an die Beschäftigten ausgezahlten Prämien, die der Arbeitgeber als „Streikbruchprämien“ bezeichnet“*  
wird der Richter am Arbeitsgericht Rosenheim a.D. Herr Alfred Then eingesetzt.**
- 2. Die Anzahl der von jeder Seite zu benennenden Beisitzer wird auf zwei je Seite festgesetzt.**
- 3. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.**

## Gründe:

### I.

Die Beteiligten streiten über die Einsetzung einer Einigungsstelle zur Festlegung der Verteilungsgrundsätze für im Zeitraum vom 01.06.2020 bis 30.09.2020 vor dem Hintergrund eines Streikgeschehens an die Beschäftigten ausgezahlte Prämien.

Die Beteiligte zu 2) (im Folgenden auch: Arbeitgeberin) betreibt als Molkereiunternehmen ein Werk in A-Stadt, das mit Ablauf des 31.08.2021 geschlossen werden soll. Im Betrieb wird täglich frische Milch in großen Mengen angeliefert, die ohne sofortige Verarbeitung verdirbt.

Die Beteiligte zu 2) ist Mitglied im Arbeitgeberverband der Bayerischen Ernährungswirtschaft und wendet die mit der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) abgeschlossenen Branchentarifverträge an.

Der Beteiligte zu 1) (im Folgenden auch: Betriebsrat) ist der örtliche Betriebsrat im Werk A-Stadt.

Nach Ankündigung der Werksschließung in A-Stadt verhandelten die Betriebsparteien seit 30.07.2020 in zwei Einigungsstellen unter dem Vorsitz von Herrn RiArbG a.D. Alfred Then über einen Sozialplan und einen Interessenausgleich. Die NGG rief im Zeitraum Juni 2020 bis September 2020 mehrfach zu Streiks im Werk A-Stadt auf mit dem Ziel des Abschlusses eines Sozialtarifvertrags (Anlage AG 1 = Abl. 28). Die Streiks fanden am 03.06.2020, am 30.06.2020/01.08.2020, am 30.08.2020/01.09.2020, am 03.09./04.09.2020, zwischen dem 06.09. und dem 08.09.2020 und zwischen dem 13.09. und dem 15.09.2020 statt (Anlagenkonvolut AG 1 = Abl. 28/33).

Die Arbeitgeberin leistete an Beschäftigte, die nicht an diesen Streikmaßnahmen der NGG teilnahmen, Prämienzahlungen. Diese Prämien wurden insbesondere ab dem 28.06.2020 per Email und per Brief durch den Werksleiter angekündigt. Die Höhe richtete die Arbeitgeberin unter anderem an der Dauer der Streikmaßnahme aus, wobei jedenfalls Prämien in Höhe von 100 Euro, 250 Euro und 500 Euro ausgezahlt wurden.

Mit einem Aushang vom 02.07.2020 bezog sich die NGG auf diese Prämien (Anlage AG2 = Abl. 34).

Der Betriebsrat beschloss in seiner 19. Sitzung im Kalenderjahr 2020 am 23.09.2020 unter dem Tagesordnungspunkt 7 mit 5:0 Stimmen, die Arbeitgeberin zu Verhandlungen über die Verteilungsgrundsätze der Prämienzahlungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG aufzufordern und für den Fall, dass die Arbeitgeberin nicht zum Eintritt in Verhandlungen bereit sei, die beantragte Einigungsstelle anzurufen.

Am 25.09.2020 wurde die Arbeitgeberin vom Beschluss des Betriebsrats in Kenntnis gesetzt und antwortete am 06.10.2020 durch den Senior HR Business Partner Herrn Martin Erbar, dass weder Verhandlungen mit dem Betriebsrat über die Verteilung der Streikbruchprämien angezeigt noch eine Zuständigkeit der Einigungsstelle gegeben sei (Anlage AST 1 = Abl. 10). Die Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) wurde sodann vom Betriebsrat mit der gerichtlichen Geltendmachung beauftragt.

Der Betriebsrat war erstinstanzlich der Auffassung, dass ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bestehe. Insbesondere sei die Einigungsstelle nicht offensichtlich unzuständig im Sinn von § 100 Abs. 1 S. 2 ArbGG. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sei als Generalklausel in Entgeltangelegenheiten auch nicht verdrängt durch tarifliche Regelungen, die hier nicht bestünden. Das Mitbestimmungsrecht sei auch nicht deswegen eingeschränkt, weil Einmalzahlungen im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf der NGG gewährt worden seien. Grundsätzlich gölten die Mitbestimmungsrechte auch im Arbeitskampf. Zwar könnten die Beteiligungsrechte nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausnahmsweise Einschränkungen erfahren, wenn und soweit die Ausübung von Beteiligungsrechten die Kampfparität und damit den Arbeitskampf beeinträchtigen würde. Der einschlägige Mitbestimmungstatbestand beziehe sich aber lediglich auf das „Wie“ der Prämienleistungen. Es sei nicht ersichtlich, wie Verhandlungen über Verteilungsgrundsätze nach einer abgeschlossenen Streikmaßnahme geeignet sein sollten, in die Kampfparität einzugreifen, geschweige denn selbst ein Arbeitskampfmittel darzustellen. Der Arbeitskampf sei zudem bereits beendet gewesen, als die Arbeitgeberin die Einmalzahlungen gewährt habe. Selbst wenn man entgegen der Auffassung des Betriebsrats davon ausginge, dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Einschränkung aus Gründen der Kampfparität erfahren müsste, müsse die Einigungsstelle klären, ob es sich tatsächlich

hier um zulässige Streikbruchprämien gehandelt habe. Arbeitgeber seien nach der Rechtsprechung des BAG nur grundsätzlich berechtigt, mittels Zahlung einer Streikbruchprämie einem Streikdruck zu begegnen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordere jedoch eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfzieles geeignet und erforderlich sei und bezogen auf das Kampfziel angemessen eingesetzt werde. Da hier nicht offensichtlich feststehe, dass sich die gezahlten Prämien als Streikbruchprämien im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegten, könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eingreife.

Der Betriebsrat vertrat zur Person des Einigungsstellenvorsitzenden und zur Anzahl der Beisitzer die Rechtsauffassung, dass Herr RiArbG a. D. Alfred Then ein bundesweit bekannter und sehr erfahrener Einigungsstellenvorsitzender sei. Bei der Festlegung einer betrieblichen Verteilungsregelung handele es sich um eine komplexe Angelegenheit, welche ein gewisses Maß an fachlichem und betrieblichem Wissen erfordere, weshalb die Anzahl der Beisitzer mit je vier Personen angemessen sei.

Der Beteiligte zu 1) **beantragte erstinstanzlich:**

Zum Vorsitzenden einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Festlegung der Verteilungsgrundsätze für die im Zeitraum vom 01.06.2020 bis 30.09.2020 an die Beschäftigten ausgezahlten Prämien, die der Arbeitgeber als „Streikbruchprämien“ bezeichnet“ wird der Richter am Arbeitsgericht Rosenheim a.D. Herr Alfred Then eingesetzt. Die Anzahl der von jeder Seite zu benennenden Beisitzer wird auf vier je Seite festgesetzt.

Die Beteiligte zu 2) **beantragte erstinstanzlich:**

Die Anträge werden zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 2) war erstinstanzlich der Rechtsauffassung, dass die Anträge wegen offensichtlicher Unzuständigkeit der Einigungsstelle zurückzuweisen seien. Es handle sich hier um echte Streikbruchprämien, die ein zulässiges Kampfmittel der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf darstellten. Es sei ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts,

dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zurückweichen müsse, soweit es geeignet sei, die Kampffähigkeit des Arbeitgebers zu beeinflussen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats lebe auch nicht rückwirkend auf, wenn der Arbeitskampf beendet sei. Dies würde die Anreizwirkung der Streikbruchprämie für eine Nichtteilnahme am Streik zunichtemachen. Auch die Verhältnismäßigkeit der Streikbruchprämie sei nicht im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu prüfen, sondern allenfalls einem Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG zuzuordnen. Mitarbeitern, welche am Streik teilgenommen hätten, stünde es frei, auf Zahlung einer Streikbruchprämie an sie zu klagen.

Die Beteiligte zu 2) äußerte zur Person des Einigungsstellenvorsitzenden und zur Anzahl der Beisitzer, dass eine nicht in die bestehenden Einigungsstellen eingebundene Person vorzugswürdig sei und Herr RiArbG Dr. Julian Burmeister-Bießle vorgeschlagen werde. Auch handle es sich um einen einfachen Sachverhalt, bei dem zwei Beisitzer je Seite völlig ausreichend und angemessen seien.

Das Arbeitsgericht Rosenheim hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 03.11.2020 die Anträge des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen.

Es hat dies damit begründet, dass zwar die notwendige Antragsbefugnis des Betriebsrates vorliege und auch ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dem Betriebsrat die Anrufung einer Einigungsstelle ermögliche, weiterhin auch das Rechtsschutzbedürfnis vorliege, da die Verhandlungen zwischen den Beteiligten gescheitert seien, jedoch die Anträge deswegen nicht begründet seien, weil für die beantragte Einigungsstelle mit dem entsprechenden Regelungsgegenstand eine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle vorliege. Auch unter Berücksichtigung der Voraussetzungen der offensichtlichen Unzuständigkeit, wie sie in der Rechtsprechung definiert würden, wonach sofort erkennbar sein müsse, dass ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt in Frage kommen dürfe, sei die offensichtliche Unzuständigkeit deswegen gegeben, weil bei einer echten Streikbruchprämie ein Mitbestimmungsrecht nicht gegeben sei, was sich aus höchstrichterlicher Rechtsprechung ergebe. Denn ein solches Mitbestimmungsrecht für bereits ausgezahlte, individualvertraglich vereinbarte Prämienzahlungen würde bei echten Streikbruchprämien nicht gegeben

sein. Nach Auffassung des Gerichtes lägen auch echte Streikbruchprämien vor, da die Arbeitgeberin jedenfalls im unmittelbaren Vorfeld der Streikmaßnahmen diese ausgelobt hatte, so dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeit an den Streiktagen leisteten, wussten, dass sie dafür die Prämie erhalten würden. Dies würde sich schon deshalb ergeben, weil es naheliegend sei, dass jedenfalls aufgrund des übergeordneten Zusammenhangs der Streikmaßnahmen ohnehin ein einheitliches Streikgeschehen im Betrieb anzunehmen sei, das bis zum Abschluss der mündlichen Anhörung auch nicht beendet gewesen sei. Jedenfalls sei der Anhörung der Vertreter der Beteiligten zu entnehmen, dass unmittelbar vor und während des Streiks den nichtstreikenden Beschäftigten die Prämie zugesagt worden sei, sowohl mündlich als auch per E-Mail und schriftlich. Arbeitnehmer, welche während der Streikmaßnahmen arbeiteten, hätten dies somit in Kenntnis der Prämienzahlung getan. Andere Adressaten der Prämienzahlung seien nicht feststellbar und hätten auch von Seiten des Betriebsrats nicht konkret benannt werden können. Diese echten Streikbruchprämien würden zudem auch ein zulässiges Kampfmittel des bestreikten Arbeitgebers darstellen (unter Anschluss an BAG vom 14.08.2018 – 1 AZR 287/17). Insoweit müsse das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Ansehung der Arbeitskampfparität teleologisch reduziert werden, so dass eine solche Prämienzahlung mitbestimmungsfrei bleibe. Auch in Bezug auf einen abgeschlossenen vergangenen Zeitraum sei ein rückwirkendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates zu verneinen, da andernfalls der Zweck der Arbeitskampfparität nachträglich konterkariert würde. Gleiches gelte auch für den nachträglichen Einwand der nötigen Prüfung der Verhältnismäßigkeit der in der Vergangenheit gezahlten echten Streikbruchprämien.

Gegen diesen dem Betriebsrat am 04.11.2020 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde des Betriebsrats mit Schriftsatz vom 18.11.2020, am gleichen Tag beim LAG München eingegangen.

Der Betriebsrat ist auch im Rahmen der Beschwerdeinstanz weiterhin der Auffassung, dass ein Mitbestimmungsrecht bestehe und eine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle jedenfalls nicht vorliege. Es sei insbesondere nicht unstrittig, dass die Prämien bereits vorzeitig ab dem 28.06.2020 per E-Mail und per Brief vollständig angekündigt worden seien. Die Höhe der Streikbruchprämien habe sich in einer Höhe von über € 500,00 bewegt. Unstrittiger Sachverhalt liege jedenfalls nicht vor. Des Weiteren lägen

vielmehr Informationen vor, nach denen die Beteiligte zu 2) weitere verdeckte bzw. unechte Streikbruchprämien bezahlt habe, denn im Unternehmen fände eine Gesamtbetriebsvereinbarung über Grundsätze der Gehaltsfindung und Gehaltsanpassung sowie eine Gesamtbetriebsvereinbarung über das jährliche Mitarbeitergespräch Anwendung. Nach Information des Beteiligten zu 1) habe der Werksleiter der Beteiligten zu 2) in Mitarbeitergesprächen Streikbrecher hiernach in die höchstmögliche Kategorie im Rahmen der Gehaltsbänder eingeordnet, ohne dass dies nach dem Regelungssystem der Gesamtbetriebsvereinbarung einen zulässigen Differenzierungsgrund darstellten. Es sei hier allein darum gegangen, den Beschäftigten eine zusätzliche Prämie für die Bereitschaft, während des Streiks zu arbeiten, zukommen zu lassen. Eine offensichtliche Unzuständigkeit liege insoweit nicht vor, da das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht generell ausscheide bei Maßnahmen im Zusammenhang mit Streik, eine entsprechende gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung bestehe gerade nicht. Die Höhe der Streikbruchprämien sei nicht geklärt, sowie auch die Frage, welche Prämienleistungen insgesamt gezahlt wurden. Der Betriebsrat bestritt insoweit erneut das Vorliegen echter Streikbruchprämien. In der von Seiten des Arbeitsgerichts herangezogenen Entscheidung des BAG sei über die Frage des Bestehens eines Mitbestimmungsrechtes bei Streikbruchprämien nichts ausgesagt worden. Entsprechend sei das Mitbestimmungsrecht auch nicht darauf gerichtet, über das „Ob“ der Zahlung von Streikbruchprämien zu entscheiden und insoweit auf die Arbeitskampfparität einzuwirken, sondern lediglich auf die Verteilungsgrundsätze. Insoweit sei auch nicht erkennbar, wie die Arbeitskampfparität insoweit, insbesondere nachträglich beeinträchtigt sein solle. Auch die Tatsache, dass die Prämie bereits gezahlt worden sei, schränke das Mitbestimmungsrecht nicht ein. Schließlich sei es auch Aufgabe der Einigungsstelle die Verhältnismäßigkeit der Streikbruchprämie zu überprüfen. Somit eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Entfallen des Mitbestimmungsrechtes bei echten Streikbruchprämien nicht existiere, sei auch eine offensichtliche Unzuständigkeit jedenfalls nicht gegeben.

**Der Beteiligte zu 1) beantragte zuletzt:**

- 1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Rosenheim, Az. 5 BV 20/20, vom 03.11.2020 wird abgeändert.**

2. **Zum Vorsitzenden einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Festlegung der Verteilungsgrundsätze für die im Zeitraum vom 01.06.2020 bis 30.09.2020 an die Beschäftigten ausgezahlten Prämien, die der Arbeitgeber als Streikbruchprämien bezeichnet“ wird der Richter am Arbeitsgericht Rosenheim a.D. Herr Alfred Then eingesetzt. Die Anzahl der von jeder Seite zu benennenden Beisitzer wird auf 4 je Seite festgesetzt.**

**Die Beteiligte zu 2) beantragte zuletzt:**

**Zurückweisung der Beschwerde.**

Die Beteiligte zu 2) ist auch weiterhin der Auffassung im Rahmen der Beschwerdeinstanz, dass eine offensichtliche Unzuständigkeit der beantragten Einigungsstelle vorliege. Insofern sei es schon unrichtig, dass auch verdeckte oder unechte Streikprämien im Zeitraum vom 01.06. bis 30.09.2020 an Mitarbeiter gezahlt worden sei. Dies habe sich auch aus den Aussagen des Werksleiters im Termin vom 03.11.2020 vor dem Arbeitsgericht Rosenheim ergeben. Es sei zwar zutreffend, dass Mitarbeitergespräche geführt wurden und im Anschluss daran entsprechende Mitarbeiter übertarifliche Zulagen erhalten hätten, wobei diese im Oktober 2020 ausbezahlt worden seien. Hierbei handle es sich aber nicht um verdeckte Zahlungen an etwa Streikbrecher wegen der Tätigkeit während des Streiks, sondern um vorgesehene übertarifliche Zulagen für Mitarbeiter mit sehr guter Leistungsbewertung, worunter ggf. auch derartige Mitarbeiter gewesen seien. Ebenfalls seien diese Zahlungen auch nicht in dem Zeitraum, der von der Antragsstellung erfasst werde, geflossen. Aufgrund der Zulässigkeit echter Streikbruchprämien, wie vom BAG festgestellt, würde eine Mitbestimmungspflichtigkeit nicht bestehen, da der Betriebsrat ansonsten in die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers eingreifen könne. Jede Mitbestimmung durch den Betriebsrat würde einen solchen Eingriff darstellen, auch eine rückwirkende Mitbestimmung. Denn eine mögliche Korrektur durch Leistung von Nachzahlungen würde in die Arbeitskampffreiheit eingreifen, wenn Mitarbeiter bereits während des Streiks auf diese

Nachzahlungen hoffen bzw. mit solchen rechnen könnten. Auch bezogen auf die individuelle Leistungsbewertung bestehe kein Mitbestimmungsrecht.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 18.11.2020 und 04.12.2020 sowie auf die Niederschrift der Anhörung Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zum Großteil begründet.

1. Die gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 ArbGG statthafte Beschwerde ist form- und fristgerecht gemäß § 100 Abs. 2 Satz 2 ArbGG eingelegt und begründet worden. Sie ist daher zulässig.

2. Die Beschwerde ist auch, bis auf den Antrag hinsichtlich der Anzahl der Beisitzer je Seite, begründet.

a) Nach § 100 Abs. 1 Satz 2 ArbGG kann ein Antrag auf Einrichtung einer Einigungsstelle bei fehlender Zuständigkeit nur dann zurückgewiesen werden, wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Zuständigkeit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt als möglich erscheint, wenn ihre Zuständigkeit also bei sachgerechter Beurteilung auf den 1. Blick unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründet ist. Dabei soll das Bestellungsverfahren weder durch die Klärung komplizierter Rechtsfragen, noch durch die Aufklärung streitiger Tatsachen durch Beweiserhebung belastet werden. Dies bleibt letztlich der Einigungsstelle selbst vorbehalten. Maßgeblich ist, dass sich die Unbegründetheit des Antrages ohne Weiteres aufdrängt, die aufgrund gewissenhafter Prüfung gewonnene Rechtsmeinung eindeutig ist, so dass keinerlei vernünft-

tige Zweifel hierüber möglich sind (vgl. BAG vom 09.05.1995 – 1 ABR 91/94; LAG Rheinland-Pfalz vom 11.12.2014 – 3 TaBV 8/14). Im Hinblick auf die Frage des Bestehens eines Mitbestimmungsrechtes ist von einer offensichtlichen Unzuständigkeit der Einigungsstelle dann auszugehen, wenn bei fachkundiger Beurteilung durch das Gericht sofort erkennbar ist, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in der fraglichen Angelegenheit unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt in Frage kommt. Dies ist dann gegeben, wenn es bei einer Rechtsfrage eine gefestigte und abschließende höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, der zufolge dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht zusteht. D.h. dass eine offensichtliche Unzuständigkeit dann gegeben ist, wenn sich dies bereits aus dem unstreitigen und dem eigenen Tatsachenvorbringen des Antragsstellers auf der Grundlage einer gefestigten Rechtsmeinung ergibt, zu der eine Gegenmeinung nicht existiert oder nicht ernsthaft vertretbar erscheint (vgl. LAG Hamburg vom 26.03.2014 – 5 TaBV 3/14; LAG Kiel vom 08.02.2012 – 6 TaBV 47/11).

**b)** Im Hinblick auf diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstab erscheint die Einsetzung der Einigungsstelle jedenfalls nicht insoweit als ausgeschlossen, als eine offensichtliche Unzuständigkeit vorliegen würde.

**aa)** Zunächst ist festzustellen, dass unstreitig zwischen den Parteien vom Grundsatz her ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Hinblick auf die Gewährung etwa auch von freiwilligen Leistungen, wie sie hier auch unstreitig vorliegen, besteht. Fraglich ist insoweit - und insoweit zwischen den Beteiligten auch streitig - , ob im Rahmen von Arbeitskämpfmaßnahmen, wie etwa auch im Falle der Zahlung von Streikbruchprämien, das Mitbestimmungsrecht letzten Endes zurückstehen muss und insofern eindeutig nicht gegeben ist.

**bb)** Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes liegt an und für sich diesbezüglich eine gefestigte, etwa auch höchstrichterliche Rechtsprechung nicht vor. Zwar hat das Arbeitsgericht zu Recht darauf verwiesen, dass nach Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 14.08.2018 – 1 AZR 287/17) die Zulässigkeit von Streikbruchprämien, insbesondere von sog. „echten Streikbruchprämien“ nunmehr geklärt ist und derartige Arbeitskämpfmaßnahmen als zulässig erscheinen. Im Rahmen dieses Urteils ist allerdings die Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit von Streikbruchprämien nicht zur Sprache gekommen. Insofern

liegt schon eine höchstrichterliche Rechtsprechung im Sinne der o.g. Prüfungsmaßstäbe nicht vor. Des Weiteren ist auch eine einhellige Rechtsmeinung nicht feststellbar. Rechtsprechung ist hinsichtlich des Mitbestimmungsrechtes bei Streikbruchprämien ist kaum vorhanden (diese beschränkt sich nahezu auf den Beschluss des Arbeitsgerichtes Frankfurt vom 14.09.1999 – 15 BV 92/99). So bezeichnet auch Däubler (in Arbeitskampfrecht, 4. Auflage, § 19 Rnz. 151) das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei echten Streikbruchprämien als umstritten. Im Münchner Handbuch des Arbeitsrechts, 4. Auflage, wird hingegen die Zusage echter Streikbruchprämien als mitbestimmungsfrei bezeichnet. Dies allerdings lediglich unter Hinweis auf den Beschluss des Arbeitsgerichtes Frankfurt sowie auf Däubler. Insoweit kann also von einer – bezogen auf das Mitbestimmungsrecht – gefestigten Rechtsprechung und Rechtsmeinung nicht gesprochen werden. Schon insoweit wäre daher die Einsetzung der Einigungsstelle und die Stattgabe des Antrages veranlasst.

**cc)** Darüber hinaus kann auch letzten Endes die gefestigte Rechtsprechung des BAG zu Mitbestimmungsrechten im Rahmen von Arbeitskampfmaßnahmen die offensichtliche Unzuständigkeit nicht begründen. Das BAG hat die Auffassung vertreten, dass das BetrVG während eines Arbeitskampfes grundsätzlich anzuwenden ist und mögliche Einschränkungen einer arbeitskampfrechtlichen Begründung bedürfen (vgl. BAG vom 13.12.2011 – 1 ABR 2/10, Rnr. 25, zitiert nach juris). Demnach erfolgt eine Einschränkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates während eines Arbeitskampfes dann, 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. Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte des Betriebsrates haben nur insoweit zurückzustehen, wie deren Ausübung die Kampffähigkeit des Arbeitgebers ernsthaft beeinträchtigt (vgl. BAG, a.a.O.; vom 10.12.2002 – 1 ABR 7/02).

Im vorliegenden Fall ist also eine Beurteilung anzustellen dahingehend, ob das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Arbeitskampffähigkeit derart einschränkt oder beeinträchtigt, dass das Mitbestimmungsrecht zurücktreten muss. Schon diesbezüglich ist also eine Beurteilung zu treffen, hinsichtlich derer es durchaus möglich erscheint

verschiedene Ergebnisse zu vertreten. Dies insbesondere auch deswegen, weil zumindest nicht eindeutig die Frage zu beantworten ist, ob gerade jetzt im vorliegenden Fall der bereits erfolgten Auszahlung noch rückwirkend überhaupt durch das Mitbestimmungsrecht in die Arbeitskämpfparität eingegriffen werden kann. Darüber hinaus ist festzustellen, dass das o.g. Mitbestimmungsrecht, was zwischen den Beteiligten auch unstrittig ist, letztlich nicht die Frage erfasst, ob die entsprechende Leistung gewährt wird und inwieweit der begünstigte Personenkreis festgelegt wird. Diese Fragen sind dem Mitbestimmungsrecht letzten Endes entzogen (vgl. z.B. BAG vom 13.12.2011 – 1 AZR 508/10). Demgemäß ist es dem Betriebsrat im Rahmen der Mitbestimmung auch nicht möglich, die Zahlung der Streikbruchprämie tatsächlich zu verhindern oder etwa auch den begünstigten Personenkreis zu verändern. Daher stellt sich tatsächlich die letzten Endes auch von Seiten der Beteiligten zu 2) nicht näher dargelegte und erläuterte Frage, inwieweit das Mitbestimmungsrecht bei den Verteilungsgrundsätzen die Arbeitskämpfparität letzten Endes beeinträchtigt. Diese, jedenfalls nicht auf den 1. Blick klärbare Frage ist vom Grundsatz her der Einigungsstelle zur Beurteilung vorbehalten, etwa im Hinblick darauf, ob, sollten allein echte Streikbruchprämien vorliegen, das Mitbestimmungsrecht insoweit ausgeschlossen ist unter Berücksichtigung der o.g. BAG-Rechtsprechung, weil etwa durch Veränderung der Verteilungsgrundsätze auch Einfluss auf die Frage genommen werden kann, wer in welcher Höhe von Streikbruchprämie profitieren soll. Dies kann etwa im Hinblick auf gewisse Schlüsselpositionen durchaus von Bedeutung sein im Rahmen von Streikmaßnahmen. Auch kann etwa eine nachträgliche Mitbestimmung dazu führen, dass sich das Volumen der Streikbruchprämien insgesamt erhöht und insoweit auf die Arbeitskämpfparität Einfluss genommen wird, weil der Arbeitgeber etwa durch die finanzielle Belastung stärker in seiner Arbeitskämpffähigkeit beeinträchtigt wird. Daher erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen und als durchaus vertretbar im Sinne der o.g. Literaturmeinung, unechte Streikbruchprämien von einer Mitbestimmungspflichtigkeit generell auszunehmen. Jedoch handelt es sich hier aufgrund der eigenen Darlegung des Antragsstellers nicht um eine eindeutige sich aufdrängende Rechtsmeinung, die insbesondere auch nicht höchstrichterlicher bestätigt ist.

**dd)** Darüber hinaus besteht auch Streit zwischen den Beteiligten dahingehend, ob tatsächlich nur echte Streikbruchprämien bezahlt wurden oder ob darüber hinaus auch weitere Streikbruchprämien geleistet wurden, etwa im Nachhinein, die so oder in dieser Höhe

nicht ausgelobt wurden. Zunächst ist festzustellen, dass die Arbeitgeberseite hinsichtlich der Auslobung der Streikbruchprämien nur insoweit vorgetragen und erläutert hat, als sie dargestellt hat, dass die Streikbruchprämien jeweils vor dem einzelnen Streik bekannt gegeben worden seien. Dabei fällt auf, dass im Rahmen des erstinstanzlichen Protokolls der Anhörung lediglich auf Bekanntmachung einer Streikbruchprämie vom 30.06.2020 Bezug genommen wurde, während erste Streikmaßnahmen bereits am 03.06.2020 stattfanden. Schließlich wurde auch nicht im Einzelnen dezidiert dargelegt, in welcher Höhe wann und gegenüber wem die Bekanntmachung erfolgt ist. Weiter zeigt sich, dass auch nach eigenem Vortrag der Arbeitgeberseite die Streikbruchprämien, soweit im Rahmen der zweitinstanzlichen Anhörung auf die jeweiligen Beträge von € 250,00 bzw. auf € 550,00 später abgestellt wurde, eine Bekanntmachung jedenfalls nicht generell gegenüber der Belegschaft erfolgt ist, sondern wohl nur gegenüber Führungspersönlichkeiten und insofern sich schon die Frage stellt, inwieweit eine Bekanntgabe an die Streikenden überhaupt erfolgt ist. Eine entsprechende Bekanntgabe liegt zwar nahe, insbesondere unter Einbeziehung der Anlage AG2, ist aber nicht eindeutig nachvollziehbar. Nach der o.g. Rechtsprechung und dem Prüfungsmaßstab im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens wäre auch eine Beweisaufnahme nicht durchzuführen. Vielmehr ist es Aufgabe der Einigungsstelle näher festzustellen, inwieweit die jeweiligen Streikbruchprämien bekannt gegeben wurden, vor oder während des Streiks, und inwieweit diese dann lediglich bezahlt wurden. Der Beteiligte zu 1) hat dies zumindest im Rahmen der Beschwerdebegründungsschrift ausdrücklich bestritten. Sein Bestreiten ist auch insoweit ausreichend, als die Beteiligte zu 2) nicht dezidiert die Auslobung der Streikbruchprämien und der Zahlung vorgetragen hat. Insbesondere war auch eine etwa informatorische Anhörung des anwesenden Zeugen Antretter nicht angesagt, da zum einem im vorliegenden Verfahren eine Beweisaufnahme an sich nicht stattfindet, darüber selbst bei entsprechenden Darlegungen der Beteiligte zu 1) hierzu kaum im Rahmen der Anhörung Stellung nehmen konnte, da nach seinen eigenen Darlegungen auch die entsprechenden Auslobungen ihm gegenüber nicht erfolgt sind und ihm auch nicht bekannt waren. Dementsprechend hätte es einer weiteren Fortsetzung etwa des Verfahrens oder auch der Beweisaufnahme bedurft, was dem Zweck des vorliegenden Verfahrens hinsichtlich der summarischen Prüfung sowie auch hinsichtlich der möglichst schnellen Einsetzung einer Einigungsstelle widerspräche.

**ee)** Schließlich wäre letzten Endes im Rahmen der Beurteilung des Bestehens des

Mitbestimmungsrechtes, das sich allenfalls einschränkt in Bezug auf echte Streikbruchprämien, die in zulässiger Weise, d.h. auch in zulässiger Höhe gezahlt werden, ein Mitbestimmungsrecht jedenfalls nur dann nicht gegeben, wenn dieses Arbeitskämpfungsmittel auch seinerseits zulässig, d.h. insbesondere auch verhältnismäßig, wäre (vgl. hierzu die Ausführungen des BAG im Urteil vom 14.08.2018 – 1 AZR 287/17 zur Verhältnismäßigkeit und etwa auch zur Höhe der zulässigen Zahlungen). Diese Voraussetzungen wären ggf. auch im Rahmen der Einigungsstelle zu überprüfen, um festzustellen, ob es sich um ein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel gehandelt hat, das ggf. dem Mitbestimmungsrecht entzogen ist oder etwa um ein unzulässiges Arbeitskämpfungsmittel, im Rahmen dessen weitergehende Mitbestimmungsrechte bestehen.

Da somit eine eindeutige offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle nicht gegeben ist, war auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) hin der erstinstanzliche Beschluss abzuändern und die Einigungsstelle einzusetzen.

**3.** Hinsichtlich der Person des Vorsitzenden, war dem Antrag des Beteiligten zu 1) zu entsprechen. Insoweit hat die Beteiligte zu 2) sich dieser Person zwar widersetzt, jedoch nicht dargelegt, inwieweit im Hinblick auf die Person des beantragten Vorsitzenden etwa bezüglich seiner Fachkunde oder auch seiner Unparteilichkeit eine Ungeeignetheit vorläge. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass dieser vorgeschlagene beantragte Vorsitzende bereits eine Einigungsstelle bei der Beklagten durchgeführt hat, was von seiner Eignung zeugt und insbesondere auch dafür spricht, dass ihm bereits die betrieblichen Gegebenheiten im gewissen Umfang bekannt sind.

**4.** Der Antrag war jedoch insoweit zurückzuweisen, als der Beteiligte zu 1) die Anzahl der Beisitzer auf 4 Personen je Seite festgesetzt erhalten wollte. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um eine keine einer herausgehobenen Schwierigkeit unterliegenden Frage, so dass die durchschnittliche Beisitzeranzahl von zwei je Seite als ausreichend erscheint. Insoweit konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben.

- 16 -

**III.**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben (§ 100 Abs. 2 Satz 4 ArbGG).

Neumeier