

Aktenzeichen: 1 ABN 30/82

Bundesarbeitsgericht 1. Senat Beschluß vom 21. Dezember 1982
- 1 ABN 30/82 -

I. Arbeitsgericht Berlin Beschluß vom 22. Januar 1982
- 35 BV 7/81 -

II. Landesarbeitsgericht Berlin Beschluß vom 23. Juli 1982
- 10 Ta BV 6/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Divergenzfähigkeit einer LAG-Entscheidung

Gesetz: ArbGG §§ 92 a, 72 Abs. 2 Nr. 2

Leitsatz: Eine Nichtzulassungsbeschwerde wegen Divergenz ist auch dann begründet, wenn die anzufechtende Entscheidung von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abweicht, in der Begründung jedoch nicht diese Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, sondern eine damit übereinstimmende Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts angezogen wird.



1 ABN 30/82

10 Ta BV 6/82 Berlin

B e s c h l u ß

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom 21. Dezember 1982 durch den Präsidenten Professor Dr. Kissel, die Richter Dr. Seidensticker und Matthes sowie die ehrenamtlichen Richter Keller und Mager beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 23. Juli 1982 - 10 Ta BV 6/82 - wird zugelassen.

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

A. Die Antragsgegnerin betreibt eine Spielbank. Die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer werden zum Teil aus dem Tronc-Aufkommen vergütet. Die Verwaltung und Verteilung des Tronc regelt im einzelnen der für den Betrieb der Antragsgegnerin abgeschlossene Tronc- und Gehaltstarifvertrag vom 1. Januar 1981. In § 9 Abs. 2 Satz 2 dieses Tarifvertrages ist bestimmt, daß Einzelaufwendungen (aus dem Tronc) für soziale Zwecke der Arbeitnehmer und Spenden im Einzelfall zwischen der Geschäftsleitung und dem Betriebsrat zu vereinbaren sind.

Der bei der Antragsgegnerin gebildete Betriebsrat, der Antragsteller dieses Verfahrens, hat vorgetragen, die Antragsgegnerin habe 1981 in drei Fällen ohne seine Zustimmung über den Tronc verfügt und diesem insgesamt rund 24.500,-- DM entnommen. Er hat im vorliegenden Verfahren einmal die Feststellung beantragt, daß die Antragsgegnerin damit gegen sein Mitbestimmungsrecht verstoßen habe, und zum anderen die Verurteilung der Antragsgegnerin zur Rückzahlung der entnommenen Beträge in den Tronc begehrt.

Das Landesarbeitsgericht hat den Feststellungsantrag als unbegründet, den Zahlungsantrag als unzulässig und hilfsweise unbegründet abgewiesen. Es hat die Rechtsbeschwerde gegen seine Entscheidung nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

B. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet.

Nach § 92 a in Verbindung mit § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG kann die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch Beschwerde angefochten werden, wenn der anzufechtende Beschluß des Landesarbeitsgerichts u.a. von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine solche Entscheidung in

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben und von der Beschwerde ordnungsgemäß dargelegt worden.

I.1. Das Landesarbeitsgericht hat die Abweisung des Antrages auf Rückerstattung der entnommenen Beträge an den Tronc als unzulässig damit begründet, daß es sich hierbei nicht um eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Sinne des § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG handle. Es hat zur Begründung dafür gemäß § 543 ZPO auf die Entscheidung des Arbeitsgerichts Bezug genommen. In dieser Entscheidung heißt es insoweit, Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Sinne dieser Vorschrift könnten nur solche Meinungsverschiedenheiten sein, die kollektiv-rechtlicher Art sind und auf der Grundlage von Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes gelöst werden sollen. Diese Begründung hat sich das Landesarbeitsgericht zu eigen gemacht. Sie unterliegt damit auch der Überprüfung, ob die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts von einer divergenzfähigen Entscheidung eines anderen Gerichts abweicht (BAG Beschluß vom 3. Februar 1981 - 5 AZN 503/80 - AP Nr. 4 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz).

Dieser Rechtssatz, daß Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz nur solche seien, die auf der Grundlage von Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes zu entscheiden seien, steht im Widerspruch zu der von der Rechtsbeschwerde angezogenen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 17. Dezember 1980 (12 Ta BV 61/80 - DB 1981, 1336). In dieser Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht Hamm ausgesprochen, daß der Betriebsrat in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB vom Arbeitgeber die Beseitigung einer andauernden Beeinträchtigung seines Mitbestimmungsrechtes verlangen könne. Es hat über diesen Antrag im Beschlußverfahren entschieden. Es hat damit denknotwendig auch solche Meinungsverschie-

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

denheiten zwischen den Betriebspartnern als Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Sinne von § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG angesehen, die auf der Grundlage von Vorschriften außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes zu lösen sind. Dieser Rechtssatz steht im Widerspruch zu dem zitierten Rechtssatz aus der anzufechtenden Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin.

2.a) Die Abweichung der anzufechtenden Entscheidung von der Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts vermag allerdings die auf eine Divergenz gestützte Nichtzulassungsbeschwerde nur dann zu begründen, wenn in der gleichen Rechtsfrage noch keine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ergangen ist. Das ist hier jedoch der Fall. Das Bundesarbeitsgericht hat schon vor der angezogenen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ausgesprochen, daß Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Sinne von § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG 1979 bzw. im Sinne des gleichlautenden § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG 1953 in der Fassung vom 15. Januar 1972 alle Streitigkeiten sind, die aus dem Betriebsverfassungsrecht schlechthin entstehen können (vgl. Beschluß vom 19. Februar 1975 - 1 ABR 55/73 - BAG 27, 33, 37 = AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972, zu II 1 der Gründe, und Beschluß vom 19. Mai 1978 - 6 ABR 25/75 - BAG 30, 298, 304 = AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG 1972, zu II 1 der Gründe). Dieser vom Bundesarbeitsgericht ausgesprochene Rechtssatz entspricht dem Rechtssatz in der angezogenen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm. Damit hat das Bundesarbeitsgericht die Rechtsfrage, was eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz im Sinne von § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG ist, entschieden.

Eine diesen Rechtssatz enthaltende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat die Nichtzulassungsbeschwerde nicht aufgezeigt. Das macht diese jedoch nicht unzulässig. Eine auf Divergenz gestützte Nichtzulassungsbeschwerde ist dann in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form begründet und damit

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

zulässig, wenn der Beschwerdeführer im einzelnen darlegt, welche divergierenden abstrakten Rechtssätze die anzufechtende und die angezogene Entscheidung aufgestellt haben und daß jedenfalls die anzufechtende Entscheidung auf dem abweichenden Rechtssatz beruht (BAG 32, 136 = AP Nr. 1 zu § 72 a ArbGG 1979). Diesem Erfordernis entspricht die Nichtzulassungsbeschwerde. Daß sich aus einer in der Begründung angezogenen Entscheidung eines Landesarbeitsgerichts die behauptete Divergenz unter Umständen nicht ergibt, führt allenfalls zur Unbegründetheit, nicht aber zur Unzulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde.

b) Im vorliegenden Falle führt die Bezugnahme allein auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm nicht zur Unbegründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde.

Die Zulassung der Revision oder Rechtsbeschwerde wegen Divergenz dient ebenso wie eine darauf gestützte Nichtzulassungsbeschwerde der Wahrung der Rechtseinheit. Die Entscheidung eines Landesarbeitsgerichts soll zunächst immer dann angefochten werden können, wenn sie in einer Rechtsfrage von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abweicht. Diese Abweichung gefährdet ohne Frage die Rechtseinheit. Ist in einer Rechtsfrage noch keine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ergangen, so ist die Rechtseinheit schon dann gefährdet, wenn die anzufechtende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts von der Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht. Es soll nicht dabei verbleiben, daß ein und dieselbe Rechtsfrage von zwei Landesarbeitsgerichten unterschiedlich beantwortet wird. Ist die Rechtsfrage vom Bundesarbeitsgericht entschieden, so ist die Rechtseinheit nicht mehr gefährdet, wenn die anzufechtende Entscheidung damit übereinstimmt, die Rechtsfrage also im gleichen Sinne entscheidet. Von daher ist es gerechtfertigt, die Revision oder Rechtsbeschwerde auch dann nicht mehr zuzulassen, wenn die anzufechtende Entscheidung von der Entscheidung eines

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

anderen Landesarbeitsgerichts abweicht. Die Rechtseinheit wird in einem solchen Falle nicht von der anzufechtenden Entscheidung, sondern allenfalls von der angezogenen Entscheidung des anderen Landesarbeitsgerichts gefährdet.

Aus der so verstandenen Regelung, daß die Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts "divergenzfähig" nur solange sein kann, als die Rechtsfrage vom Bundesarbeitsgericht noch nicht entschieden ist, folgt aber nicht, daß die durch die anzufechtende Entscheidung tatsächlich gefährdete Rechtseinheit allein deswegen die Revisions- oder Rechtsbeschwerdeinstanz auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin nicht zu eröffnen vermag, weil diese Gefährdung der Rechtseinheit nicht durch Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, sondern durch die Anziehung einer Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts aufgezeigt wird, die mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts übereinstimmt, die diese Rechtsfrage bereits entschieden hat. Sinn und Zweck der vom Beschwerdeführer geforderten Begründung einer auf Divergenz gestützten Nichtzulassungsbeschwerde ist es, die Gefahr für die Rechtseinheit durch das anzufechtende Urteil aufzuzeigen. Das tut er, wenn er die divergierenden Rechtsätze in der anzufechtenden und in der angezogenen Entscheidung darlegt. Ob die Gefahr für die Rechtseinheit tatsächlich besteht, beantwortet sich zunächst allein danach, ob diese Rechtsfrage vom Bundesarbeitsgericht anders als von der anzufechtenden Entscheidung entschieden worden ist. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ausdrücklich genannt oder eine dieser Entscheidung entsprechende Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts angezogen wird. Die durch die anzufechtende Entscheidung heraufbeschworene Gefahr für die Rechtseinheit würde festgeschrieben, wollte man aus formellen Erwägungen darauf abstellen, daß die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde in einem solchen Falle die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nennen müßte und die Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig wäre, wenn sie stattdessen eine dieser entsprechende Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts benennt.



- 7 -

Hätte das Landesarbeitsgericht, dessen Entscheidung angefochten werden soll, die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, von der es tatsächlich abweicht, berücksichtigt, hätte es nach § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG die Revision bzw. die Rechtsbeschwerde zulassen müssen. Der Korrektur der unterbliebenen Nichtzulassung dient die Nichtzulassungsbeschwerde. Auch das spricht dafür, diese für begründet zu erachten, wenn sie die tatsächlich bestehende Gefahr für die Rechtseinheit aufzeigt und dabei lediglich übersieht, daß die Rechtsfrage nicht nur von einem anderen Landesarbeitsgericht, sondern schon vom Bundesarbeitsgericht abweichend entschieden worden ist.

c) Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, eine ordnungsgemäße Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde erfordere die Angabe der eigentlichen divergenzfähigen Entscheidung, um dem Bundesarbeitsgericht eine umgehende und abschließende Prüfung der Nichtzulassungsbeschwerde zu ermöglichen. Das Bundesarbeitsgericht muß bei jeder auf eine Divergenz zu einer Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts gestützten Nichtzulassungsbeschwerde prüfen, ob diese Entscheidung noch divergenzfähig ist oder ob die Rechtsfrage nicht schon durch das Bundesarbeitsgericht entschieden wurde. Der Umfang dieser Prüfung ist nicht davon abhängig, ob die eventuell schon ergangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu dieser Rechtsfrage mit der angezogenen oder der anzufechtenden Entscheidung übereinstimmt.

Damit erweist sich die Nichtzulassungsbeschwerde insoweit als begründet. Die Revision ist daher zuzulassen, als mit ihr die Abweisung der Zahlungsanträge als unzulässig angegriffen werden soll.

II. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag auf Feststellung, daß mit der Entnahme von Beträgen aus dem Tronc gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates verstoßen worden ist

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 8 -

- und in einer Hilfsbegründung auch den Zahlungsantrag - als unbegründet abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Entnahmen aus dem Tronc stellten keinen Verstoß gegen ein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates dar. Ein solches Mitbestimmungsrecht sei nämlich nicht gegeben, da der Tronc- und Gehaltstarifvertrag abschließend regelt, wie das Tronc-Aufkommen zu verwalten, zu ermitteln, zu verwenden und zu verteilen sei. § 9 Abs. 2 Satz 2 dieses Tarifvertrages stelle keine Öffnungsklausel für betriebsverfassungsrechtliche Vereinbarungen nach § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG dar, da diese Bestimmung nur in Einzelfällen eine Beteiligung des Betriebsrates vorsehe. Dieser Begründung entnimmt die Beschwerde zu Recht den Rechtssatz, daß eine tarifliche Regelung einer Angelegenheit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 BetrVG auch dann ausschließt, wenn sie dem Betriebsrat noch Einzelbefugnisse zuweist.

Dieser Rechtssatz steht im Widerspruch zu der von der Beschwerde angeführten Entscheidung des Senats vom 22. Dezember 1981 (1 ABR 38/79 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). In dieser Entscheidung hat der Senat ausgesprochen, daß eine tarifliche Regelung einer Angelegenheit ein gesetzliches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 BetrVG insoweit nicht ausschließt, als sie selbst eine nähere Ausgestaltung der Regelung den Betriebspartnern zuweist. Er hat damit in der tariflichen Zuweisung von Befugnissen zur näheren Ausgestaltung einer Regelung eine Rücknahme des Tarifvorranges im Sinne des Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG gesehen, unabhängig von dem Umfang der den Betriebspartnern zugewiesenen Regelungsbefugnisse. Wenn das Landesarbeitsgericht demgegenüber trotz der in § 9 Abs. 2 Satz 2 erfolgten Zuweisung von Befugnissen an die Betriebspartner - sei es auch nur zur Regelung von Einzelfällen - im Tronc- und Gehaltstarifvertrag eine abschließende tarifliche Regelung sieht, die gesetzliche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates ausschließt,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 9 -

so setzt es sich in Widerspruch zur Entscheidung des Senats.

Auf dieser Abweichung beruht die anzufechtende Entscheidung. Sie geht davon aus, daß dem Betriebsrat aus diesem Grunde kein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht zustehe, das die Antragsgegnerin verletzt haben könne. Sie hat deswegen die Anträge als unbegründet abgewiesen.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist damit begründet. Die Rechtsbeschwerde gegen die anzufechtende Entscheidung ist daher auch insoweit zuzulassen, als das Landesarbeitsgericht die Anträge als unbegründet abgewiesen hat.

III. Gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin kann nunmehr innerhalb eines Monats seit Zustellung dieses Beschlusses Rechtsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht (Graf-Bernadotte-Platz 3, 3500 Kassel-Wilhelmshöhe 1) eingelegt werden. Die Rechtsbeschwerde ist gleichzeitig oder innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung schriftlich zu begründen. Rechtsbeschwerde und Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Dr. Kissel

Dr. Seidensticker

Matthes

Mager

Keller



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)