

# ArbeitnehmerAnwälte

Rundbrief Nr. 7  
Juni 2009

Die Anwaltskooperation  
für ArbeitnehmerInnen,  
Betriebs- und Personalräte

## Arbeitsagentur statt Einigungsstelle

### Gesetzliche Bremse für Betriebsänderungen

Betriebsänderungen – zum Beispiel die Verlegung wesentlicher Betriebsteile – verpflichten den Arbeitgeber zu Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich, nötigenfalls auch in einer Einigungsstelle. Bevor die Einigungsstelle angerufen wird, kann die Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung gebeten werden. Hat der Betriebsrat dies getan, ist damit der Arbeitgeber vorläufig gehindert, die Verhandlungen mit Hilfe der Einigungsstelle voranzutreiben.

Das hat das Arbeitsgericht München jetzt in einer rechtskräftigen Entscheidung festgestellt. Das Vermittlungsersuchen an die Arbeitsagentur (§ 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) ist vorrangig vor der Bildung der Einigungsstelle. Die Einigungsstelle kann nur angerufen werden, wenn die Arbeitsagentur entweder nicht um Vermittlung gebeten worden oder der Vermittlungsversuch erfolglos geblieben ist (§ 112 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).



Manske & Partner  
Kanzlei für Arbeitsrecht

Bärenschanzstraße 4  
90429 Nürnberg

Telefon 0911 - 30 73 10  
Telefax 0911 - 26 51 50

kanzlei@manske-partner.de  
www.manske-partner.de

In einem großen Elektronikbetrieb in München wollte der Arbeitgeber mit besonderer Eile eine Betriebsänderung durchführen. Inhalt der Betriebsänderung war die Versetzung einer Großzahl von Beschäftigten von München nach Ulm. Der Betriebsrat wollte dagegen die Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan sorgfältig führen und bot dem Arbeitgeber auch eine Vielzahl von Verhandlungsterminen in sehr kurzer Zeit an. In einem Zeitraum von drei Wochen sollten acht Verhandlungstermine durchgeführt werden.

Am ersten Verhandlungstermin in der zweiten Woche erschien der Arbeitgeber jedoch mit seinem Rechtsanwalt und erklärte die Verhandlungen, für den Betriebsrat völlig unerwartet, für gescheitert und schlug die Einigungsstelle

vor. Der Betriebsrat stimmte der Einigungsstelle nicht zu. Daraufhin leitete der Arbeitgeber das gerichtliche Verfahren nach § 98 ArbGG auf Einrichtung einer Einigungsstelle ein, während der Betriebsrat den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung ersuchte. Vor dem Arbeitsgericht argumentierte der Arbeitgeber damit, dass der Betriebsrat aus rein taktischen Gründen Zeit gewinnen und damit seine Verhandlungsposition verbessern wolle. Für den Arbeitgeber waren die Verhandlungen gescheitert.

Das Arbeitsgericht lehnte die bedingungs-freie Einrichtung der Einigungsstelle ab und entschied:

I. Zur Vorsitzenden einer Einigungsstelle mit dem Gegenstand „Abschluss eines Interessenausgleichs und Sozialplans über den beabsichtigten Umzug des Betriebs ... vom Betriebsstandort München ...“ wird nach ergebnislosem Vermittlungsversuch vor dem Vorstand der Bundesagentur für Arbeit ... [Person der Vorsitzenden] bestellt.

II. Die Anzahl der Beisitzer wird pro Seite auf vier festgesetzt.

III. Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.

Die für das Gericht entscheidende Rechtsfrage war, ob der Vermittlungsversuch durch die Bundesagentur für Arbeit dazu führt, dass das Einigungsstellenverfahren nicht beginnen kann. Nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist die Vermittlung zwar vorrangig vor dem Zusammentreten der Einigungsstelle. Dennoch neigten jedenfalls in Süddeutschland die Arbeitsgerichte immer wieder dazu, die Einigungsstelle dennoch einzurichten, weil man diesen fehlenden Vermittlungsversuch ja in der Einigungsstelle erörtern und ggf. dann noch entscheiden könne, ob man das Einigungsstellenverfahren aussetze. Betriebsräte wissen aber: Wenn sie




einmal in der Einigungsstelle sind, ist es kaum möglich, sich dieser ohne eine Kompromisslösung oder eine Entscheidung zu entziehen. Insbesondere sind Verhandlungen außerhalb der Einigungsstelle deutlich erschwert.

Eine ausschlaggebende Rolle dürfte jedoch auch die sog. Anhörungsrichtlinie der EU (Richtlinie 2002/14/EG) gespielt haben. Diese betrifft unter anderem die Vorgänge, die im deutschen Recht als Betriebsänderungen bezeichnet werden. Hierzu schreibt die Richtlinie einen Verhandlungsanspruch mit Arbeitnehmervertretern vor (im deutschen Recht dem Betriebsrats-Anspruch auf Verhandlungen über einen Interessenausgleich entsprechend). Art. 8 der Richtlinie bestimmt zusätzlich, dass die Mitgliedstaaten zur Einhaltung dieser Verhandlungsverpflichtung für geeignete Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sorgen müssen. Die Frist für die Umsetzung der Richtlinie ist abgelaufen. Der Betriebsrat argumentierte daher in dem Arbeitsgerichtsprozess damit, dass das Gericht verpflichtet ist, Art. 8 der Anhörungsrichtlinie bei der Auslegung des deutschen Rechts heranzuziehen. Ein geeignetes Verwaltungsverfahren im Sinn des Art. 8 kann die Vermittlung durch die Bundesagentur für Arbeit nur sein, wenn nicht gleichzeitig parallel Verhandlungen vor einer Einigungsstelle stattfinden können und dann in der Art eines Wettlaufs an zwei Stellen versucht werden kann, den „Willen des Betriebsrats besonders schnell zu brechen“.

Auch wenn die Entscheidung des Arbeitsgerichts München nicht konsequent ist und der Antrag an sich vollständig hätte zurückgewiesen werden müssen, ist sie hilfreich. Denn Betriebsräte können für einen Interessenausgleich nicht mehr so schnell in die Einigungsstelle gezwungen werden. Im konkreten Fall führte die

Auseinandersetzung vor dem Arbeitsgericht bei gleichzeitigen ständigen innerbetrieblichen Verhandlungssignalen dazu, dass doch noch eine betriebliche Einigung erreicht werden konnte, die sich durchaus sehen lassen kann. Die Gerichtsentscheidung trägt dazu bei, dass Arbeitgeber sich Verhandlungen nicht dadurch entziehen, dass sie die Flucht in die Einigungsstelle antreten. Für Betriebsräte ergibt sich die Chance, bei dem unter Zeitdruck stehenden Arbeitgeber noch Verbesserungen für die Beschäftigten durchzusetzen.

In vielen Fällen können Betriebsräte über das Ersuchen an die Arbeitsagentur zu ernsthaften Verhandlungen mit dem Arbeitgeber gelangen. Oft werden Ergebnisse dann auf betrieblicher Ebene – nicht unbedingt durch die Vermittlungstätigkeit der Arbeitsagentur – erreicht. Auch kann eine bessere Position für ein dann doch noch folgendes Einigungsverfahren erlangt werden.

Siehe:  ArbG München, Beschluss vom 02.04.2009, Aktenzeichen 30 BV 81/09  
 § 112 BetrVG, § 76 BetrVG  Art. 4 Abs. 4 Buchst. e, Art. 8 Richtlinie 2002/14/EG, <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>

*Rüdiger Helm, Volker Lehmann,  
Rechtsanwälte, München*

## Fristwahrung durch E-Mail

### BAG: für Zustimmungsverweigerung keine Unterschrift nötig

Wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat zu einer beabsichtigten Einstellung angehört hat, kann der Betriebsrat innerhalb einer Woche schriftlich seine Zustimmung ver-

weigern (§ 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Dafür genügt ein Telefax. Jetzt hat das BAG auch die Zustimmungsverweigerung per E-Mail anerkannt.

Das Wort „schriftlich“ kann in Gesetzestexten unterschiedliche Bedeutung haben. Die eigentliche Schriftform setzt eine eigenhändige Unterschrift unter einem Schriftstück voraus. Dem wird auch ein unterschriebenes Fax nicht gerecht, da es sich dabei nur um eine (Fern-)Kopie handelt. Erst recht genügt eine E-Mail nicht. „Schriftlich“ in § 99 BetrVG bedeutet jedoch nach der neuen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht diese eigentliche Schriftform, sondern nur die sog.

„Textform“. Dafür genügt es, wenn die Nachricht in zur dauerhaften Wiedergabe geeigneter Weise in Schriftzeichen gefasst ist, der Urheber erkennbar ist und der Abschluss der Nachricht erkennbar gemacht ist. Das trifft auf eine E-Mail in aller Regel zu.

### Die Kooperation ArbeitnehmerAnwälte – von Düsseldorf bis Berlin

Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Auf Wunsch führen wir Schulungen durch.

Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich an zehn Standorten in Deutschland: Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg, Hannover, Konstanz, München, Nürnberg und Wiesbaden.


Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)

Die strenge Schriftform mit Unterschrift hält das BAG für unnötig, denn die in § 99 vorgeschriebene Form soll nur gewährleisten, dass der Arbeitgeber auf sichere Weise Kenntnis von den Gründen erhält, die den Betriebsrat zur Verweigerung seiner Zustimmung bewogen haben. Der Arbeitgeber soll sich auf dieser Grundlage Klarheit über die Erfolgsaussicht des Ersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG verschaffen können. Dazu genügt eine E-Mail in Textform.

Für die Betriebsratspraxis folgt aus der Entscheidung, dass eine verweigerte Zustimmung zu einer personellen Maßnahme nach § 99 nicht allein deshalb als erteilt gilt, weil der Betriebsrat innerhalb der Frist nur per E-Mail seine Verweigerung mitgeteilt hat. Sich aufgrund der neuen Rechtsprechung aber auf die E-Mail als Kommunikationsmittel bei personellen Maßnahmen zu verlassen, kann nicht angeraten werden. Denn der Betriebsrat trägt das Risiko, dass seine Nachricht nicht rechtzeitig beim Arbeitgeber eingeht. Im Streitfall muss er den Zugang auch beweisen. Das Telefax erscheint hier sicherer.

Außerdem ist zu beachten, dass sich die Entscheidung nur auf die Zustimmungsverweigerung bezüglich einer Einstellung bezieht. Ob diese Rechtsprechung auf die Stellungnahme zu Kündigungen (§ 102 BetrVG) übertragen werden wird, bleibt abzuwarten.

Siehe:  BAG, Beschluss vom 10.03.2009, Aktenzeichen 1 ABR 93/07, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)

## Abmahnung wegen schlechter Leistung

### BAG setzt Grenzen: keine bloße Berufung auf den Durchschnitt

Wer sich bei der Arbeit nicht genug anstrengt, verletzt seinen Arbeitsvertrag. Darauf kann der Arbeitgeber mit einer Abmahnung und schließlich auch mit einer verhaltensbedingten Kündigung reagieren. Aber was ist genug? Das BAG hat in einer Entscheidung vom 27.11.2008 klargestellt, dass sich der Arbeitgeber nicht einfach auf einen erwirtschafteten Durchschnittswert berufen kann, den ein Arbeitnehmer nicht erreicht hat.

Ein Versicherungsunternehmen sprach einem seiner Agenturleiter eine Abmahnung aus, weil dieser „seit geraumer Zeit lediglich weit unterdurchschnittliche Arbeitsergebnisse“ erziele. Die Agentur habe in einem Bezugszeitraum nur 962 Netowerteinheiten (errechnet aus den Versicherungsabschlüssen) produziert, während der Durchschnitt in dem Gebiet 2.474,92 Einheiten betragen habe. Erreiche der Agenturleiter nicht unverzüglich mindestens durchschnittliche Ergebnisse, müsse er mit Maßnahmen bis hin zur Kündigung rechnen.

Der Arbeitnehmer hatte mit seinem Antrag auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte in allen drei Instanzen Erfolg. Das BAG stellt zwar heraus, dass ein Arbeitgeber im Fall der quantitativen Minderleistung nicht unbedingt jede einzelne konkrete Pflichtverletzung, die zur Minderleistung führt, bezeichnen müsse. Denn die Anforderungen an eine Abmahnung müssten sich an dem orientieren, was der Arbeitgeber wissen könne. Dies sind oft nur die erheblich zurückbleibenden Arbeitsergebnisse. Die „Minderleis-

tung aufgrund mangelnder Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit“ ist nach der BAG-Entscheidung bereits als solche eine abmahnungsfähige Pflichtverletzung.

Doch eine Abmahnung muss nicht nur die Tatsachen richtig und ausreichend konkret wiedergeben, sondern auch eine zutreffende rechtliche Wertung enthalten. Daran fehlte es im Streitfall. Die Abmahnung des Agenturleiters war nach dem BAG rechtswidrig, weil der Arbeitgeber darin unzutreffend von einer Pflicht des Arbeitnehmers ausgegangen sei, durchschnittliche Produktionsergebnisse zu erzielen. Eine solche Verpflichtung gebe es aber nicht. Eine Abmahnung dürfe überhaupt nicht dazu auffordern, bestimmte Erfolge zu erzielen, sondern etwa dazu, die persönliche Leistungsfähigkeit auszuschöpfen.




Zusätzlich führt das BAG aus, der Arbeitgeber habe eine mangelnde Ausschöpfung der Leistungsfähigkeit nicht ausreichend dargelegt. Auch deswegen dürfe die Abmahnung nicht in der Personalakte bleiben. Der Durchschnittswert sage nichts über die Leistung des Arbeitnehmers. Arbeitnehmer müssten sich nur dann am Durchschnitt messen lassen, wenn alle in etwa die gleiche Chance hätten, diesen zu erreichen. Daran fehlte es nach Ansicht des Gerichts, denn zum einen lagen der Höchst- und der niedrigste Wert sehr weit auseinander, und zum anderen hatten rund 60 % der Agenturen – nicht nur die des Klägers – den Durchschnitt unterschritten. Der Arbeitgeber hatte auch nicht erklärt, inwiefern trotz der Unterschiede hinsichtlich Standort der Agentur, personeller Ausstattung, Finanzkraft der erreichbaren Kunden usw. das Zahlenwerk Aussagen über die Leistung des Agenturleiters erlaubt hätte.

Fazit: Die Entscheidung bekräftigt noch einmal den bereits bekannten Grundsatz:

„Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann“ (BAG 2003).

Da sich die Arbeitspflicht an der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers orientiert und nicht an einem objektiven Maßstab, brauchen sich die Arbeitnehmer vom Leistungs- oder gar dem davon nicht unbedingt abhängigen Erfolgsdurchschnitt nicht unter Druck setzen zu lassen.

Allen Betriebsräten kann es passieren, im Rahmen von Kündigungsanhörungen mit der „Low-Performer“-Problematik konfrontiert zu werden. Dann dürfen sie nicht vergessen: Einer in der Belegschaft ist immer der Erfolgloseste, Langsamste usw. Das rechtfertigt aber noch keine verhaltensbedingte Kündigung, solange der Betroffene seine Leistungsfähigkeit ausgeschöpft. Eine personenbedingte Kündigung – aufgrund Ungeeignetheit des Arbeitnehmers – kommt nur selten in Betracht. Jedenfalls darf sich der Betriebsrat von einem scheinbar eindrucksvollen Zahlenwerk nicht blenden lassen, sondern muss dies im Sinn der vorgestellten BAG-Entscheidung kritisch hinterfragen.

Siehe:  BAG, Urteil vom 27.11.2008, Aktenzeichen 2 AZR 675/07, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)  BAG, Urteil vom 11.12.2003, Aktenzeichen 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784  HK-ArbR/Markowski, § 1 KSchG, Rn. 288-292

## Sportliche Hochleistung bei Arbeitsunfähigkeit

### Nicht unbedingt ein Widerspruch

Mancher, der krank ist und nicht zur Arbeit kann, traut sich kaum zum Einkaufen. Andere nehmen an öffentlichen Marathonläufen teil. Muss der Arbeitgeber sich das gefallen lassen? Natürlich, denn Arbeitsunfähigkeit bedeutet nicht gleich Bettlägerigkeit.

Wer krankheitsbedingt nicht arbeiten kann, braucht dies auch nicht zu tun. Dabei zählt nicht nur die Unmöglichkeit, die Tätigkeit überhaupt auszuführen, sondern auch schon die Gefahr der Verschlimmerung der Krankheit. Wer zwar noch arbeiten könnte, sich aber aus medizinischer Sicht schonen muss, ist also arbeitsunfähig. Durch das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) sind Arbeitnehmer in der Regel während der ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit finanziell voll abgesichert, weil der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt weiterhin bezahlen muss.



Die Arbeitsunfähigkeit muss bezogen auf die zu verrichtende Tätigkeit beurteilt werden. 2007 hatte das Arbeitsgericht Stuttgart über die Kündigung eines Lageristen zu entscheiden. Dieser nahm re-




gelmäßig an Marathonläufen teil. Als er sich ein Schulterblatt brach, schrieb ihn der Arzt für einige Wochen arbeitsunfähig. Der Lagerist wollte deshalb aber nicht auf die Teilnahme an zwei Marathonläufen verzichten. Der Arzt bestätigte ihm, dass dies unbedenklich sei.

Als der Arbeitgeber von den Läufen erfuhr, kündigte er das Arbeitsverhältnis fristlos – zu Unrecht, wie das Arbeitsgericht urteilte. Grundsätzlich ist in der Rechtsprechung „genesungswidriges Verhalten“ als möglicher Kündigungsgrund anerkannt. Der Arbeitnehmer verletzt demnach eine Nebenpflicht seines Arbeitsvertrages, wenn er sich so verhält, dass die Wiederaufnahme der Arbeit durch die Krankheit hinausgezögert wird. Ein solches Verhalten sah das Gericht bei dem Marathonläufer aber nicht. Der Sport könne den Heilungsverlauf sogar begünstigen. Außerdem habe der Arbeitnehmer ohne Verschulden gehandelt, da der Arzt die Unbedenklichkeit bescheinigt hatte.

Was man während der Arbeitsunfähigkeit tun darf, hängt also von der Art der Krankheit ab. Eine „Ausgangssperre“ zieht eine Krankheit in aller Regel nicht nach sich. Und, wie das Beispiel zeigt, können auch durchaus körperliche Belastungen erlaubt sein.

Das Verhalten während der Arbeitsunfähigkeit spielt übrigens nicht nur eine Rolle im Rahmen der Frage der Genesungswidrigkeit. Es kann auch bereits die Arbeitsunfähigkeit als solche in Frage stellen. Wer beispielsweise arbeitsunfähig geschrieben privat oder für einen anderen Arbeitgeber Tätigkeiten ausführt, die er beruflich ebenfalls schuldet, lässt Zweifel an der Richtigkeit seiner Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufkommen. Dem Bauarbeiter, der – angeblich krank – auf seiner privaten Hausbaustelle arbeitet, kann der Arbeitgeber schlimmstenfalls

wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit kündigen. Der „gelbe Schein“ vom Arzt hilft dann nicht weiter, denn die Baustellenarbeit erschüttert den Beweiswert der Bescheinigung.

**Siehe:**  Arbeitsgericht Stuttgart, Urteil vom 22.03.2007, Aktenzeichen 9 Ca 475/06  HK-ArbR/Markowski, § 1 KSchG, Rn. 320 ff.  HK-ArbR/Spengler, § 3 EFZG

---

## Der Betriebsrat, der sich selbst anhörte

### BAG präzisiert Zusammenspiel von § 102 BetrVG und Kündigungsschutzrecht

Einstellen kann der Arbeitgeber in der Regel nicht ohne Einverständnis des Betriebsrats – entlassen schon. Aber auch bei der Entlassung muss der Betriebsrat angehört werden; anderenfalls ist die Kündigung unwirksam. Bei mehreren Kündigungen desselben Arbeitnehmers kann es zu Unklarheiten kommen.

In einem Betrieb, in dem es einen Betriebsrat gibt, kann der Arbeitgeber keinem Arbeitnehmer (mit Ausnahme der leitenden Angestellten) kündigen, ohne zuvor den Betriebsrat angehört zu haben. Anhörung bedeutet, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Daten des Arbeitnehmers und die Kündigungsgründe informieren und dann abwarten muss, bis der Betriebsrat abschließend Stellung nimmt oder die Anhörungsfrist verstrichen ist. Ob der Betriebs-

rat sich für oder gegen die Kündigung ausspricht oder sich bis zum Fristende überhaupt nicht äußert, ist für die Kündigungsberechtigung gleichgültig. Entscheidend ist, dass dem Betriebsrat Gelegenheit gegeben wird, die Kündigung zu prüfen und seine Argumente vorzubringen.

Die Anhörungsfrist beträgt eine Woche, bei außerordentlichen Kündigungen maximal drei Tage. Sie beginnt mit der Anhörung, also in der Regel mit dem Zugang des Anhörungsschreibens. Für die sieben bzw. drei Tage ist der Arbeitgeber gehindert, die Kündigung auszusprechen, genauer: die Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer zugehen zu lassen (zum Beispiel durch Einwurf des schon vorbereiteten Kündigungsschreibens in den Hausbriefkasten).

Oft kommt es vor, dass Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mehrmals kündigen, zum Beispiel weil neue Kündigungsgründe hinzugekommen sind oder die Arbeitgeber unsicher über die Wirksamkeit der früheren Kündigung(en) sind. Jede neue Kündigung bedarf einer neuen Anhörung des Betriebsrats. Mit dem Abschluss des Anhörungsverfahrens erlangt der Arbeitgeber das betriebsverfassungs-

## Betriebsrats-Schulungen

### Kurzarbeit, Stilllegungen, Betriebsratswahlen ...

Gibt es oder droht in Ihrem Betrieb Kurzarbeit? Stehen Betriebsänderungen bis hin zur Stilllegung an? – Die Kanzleien der Kooperation bieten Schulungen zu allen aktuellen arbeitsrechtlichen Themen. Unverbindliche Angebote erstellt jede Kanzlei individuell auf Anfrage.

Rechtzeitig zu den Betriebsratswahlen 2010 werden im letzten Quartal 2009 und im ersten Quartal 2010 auch Schulungen zum Wahlverfahren angeboten. Sprechen Sie uns an.

rechtliche Recht zum Ausspruch der

Kündigung. Spricht er sie aus, „verbraucht“ er dieses Recht. Er kann keine zweite Kündigung ohne neue Anhörung aussprechen.

Bereits aus diesem Grund hielt ein Landesarbeitsgericht eine zweite Kündigung für unwirksam. Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber zweimal außerordentlich gekündigt. Die erste Kündigung war schon vor Ablauf der Anhörungsfrist und vor einer endgültigen Stellungnahme des Betriebsrats ausgesprochen worden. Zur zweiten Kündigung einige Tage später war nicht gesondert angehört worden. Im Kündigungsschutzprozess prüfte das LAG deshalb nicht, ob Kündigungsgründe vorlagen, denn schon der betriebsverfassungsrechtliche Verstoß macht eine Kündigung endgültig unwirksam.

Zu einem entgegengesetzten Ergebnis kommt im selben Fall jedoch die nächste Instanz, das BAG in einer Entscheidung vom 03.04.2008. Denn der Betriebsrat hatte über das vorhandene Anhörungsschreiben von vor der ersten Kündigung bei einer Sitzung *nach* dieser ersten Kündigung beraten und auch ein entspre-

chendes Empfangsdatum eingetragen. Damit und mit seinem Widerspruch hatte er nach Ansicht des BAG zu erkennen gegeben, dass er das Anhörungsschreiben

als Information über eine zweite Kündigung akzeptierte. Konkret: Wenn ein Betriebsrat mit Schreiben vom 01.06. zu einer Kündigung angehört wird, die dann schon am 02.06. ausgesprochen wird, und am 04.06. den Zugang bestätigt und sich mit dem Schreiben befasst – dann schafft der Betriebsrat sich sozusagen selbst eine neue Anhörung. Da damit natürlich auch der Arbeitgeber einverstanden ist, ist formal alles in Ordnung.

Der Ablauf im entschiedenen Fall ist sicher nicht einzigartig. Bei der Beurteilung ähnlicher Fälle wird man aber sehr genau darauf achten müssen, ob die

Bewertung des BAG auf den anderen Sachverhalt übertragbar ist. Denn schon wenn der Betriebsrat im Moment seiner Entscheidung über die beabsichtigte Kündigung nichts von einer bereits ausgesprochenen Kündigung weiß, ist zweifelhaft, ob man den Betriebsrat wie das BAG so verstehen darf, dass der Betriebsrat das

## Wozu dient der Widerspruch des Betriebsrats?

Wenn der Arbeitgeber trotz Widerspruchs des Betriebsrats Kündigungen aussprechen kann, wozu dient dann die Widerspruchsmöglichkeit?



1. Dem Betriebsrat soll die Möglichkeit gegeben werden, die Entscheidung des Arbeitgebers durch Argumente zu **beeinflussen**.
2. Kommt es trotz Widerspruchs zur Kündigung, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Stellungnahme des Betriebsrats dem Kündigungsschreiben beizufügen (§ 102 Abs. 4 BetrVG). Das hilft dem Arbeitnehmer, seine **Chancen** im Kündigungsschutzprozess **abzuschätzen**. Die **Argumente** des Betriebsrats können ihm im Kündigungsschutzverfahren weiterhelfen.
3. Macht der Betriebsrat zutreffend Widerspruchsründe aus § 102 Abs. 3 Nr. 2-5 BetrVG gegen eine ordentliche Kündigung geltend (Verstoß gegen Personalauswahlrichtlinie, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten), führt dies kündigungsschutzrechtlich zur Unwirksamkeit der Kündigung (§ 1 Abs. 2 Satz 2, 3 KSchG). Die Rechtsposition des Arbeitnehmers wird insofern verbessert, als das Gericht keine Interessenabwägung mehr vorzunehmen hat, sondern die **Gründe „absolut“** wirken.
4. Bei ordentlichen Kündigungen führt ein ordnungsgemäßer Widerspruch zu einem **Weiterbeschäftigungsanspruch** des Arbeitnehmers für die Dauer eines Kündigungsschutzprozesses (§ 102 Abs. 5 BetrVG). Das Arbeitsverhältnis (und mit ihm der Arbeitsentgeltanspruch) wird gesetzlich verlängert. Der Anspruch setzt aber voraus, dass der Arbeitnehmer ihn innerhalb der Kündigungsfrist ausdrücklich geltend macht – darauf sollte der Betriebsrat ihn hinweisen.

Anhörungsschreiben als solches betrachtet, das sich auf bei seiner Beratung noch nicht ausgesprochene Kündigungen bezog und ein neues Anhörungsverfahren einleitet. Und noch weitere Fallbesonderheiten waren kennzeichnend, wie etwa die Übereinstimmung der Gründe für beide Kündigungen.

Interessant ist die Entscheidung noch unter einem anderen Aspekt: Dass das Anhörungsschreiben nicht schon am 01.06. zugegangen war, lag daran, dass es nur drei einfachen Betriebsratsmitgliedern, nicht jedoch dem Vorsitzenden übergeben wurde. Dafür, dass sich der Arbeitgeber trotzdem zum Ausspruch der ersten Kündigung am nächsten Tag ermuntert sah, wurde angeführt, eins der Betriebsratsmitglieder habe erwähnt, dass es seitens des Betriebsrats gegen die Kündigung keine Bedenken hätte. – Dies genügte für einen früheren Ausspruch der Kündigung nicht. Abgesehen von dem Zugangsproblem, war nach dem BAG auch nicht klar, ob das Betriebsratsmitglied überhaupt für das Gremium gesprochen hatte.

Fazit: Der bekannte „Verbrauch“ des Rechts, eine Kündigung auszusprechen, kann nur dann eintreten, wenn der Arbeitgeber durch ein ordnungsgemäßes Anhörungsverfahren überhaupt schon ein Kündigungsausspruchsrecht erworben hat. Kündigt er verfrüht, handelt es sich nicht um einen „Verbrauchs“-Fall; und wenn nun noch der Betriebsrat die ursprüngliche Anhörung kurzerhand auf eine künftige Kündigung bezieht, steht einer zweiten Kündigung formal nichts mehr im Weg. Wäre der Betriebsrat im entschiedenen Fall einfach untätig geblieben, wäre wohl die erste Kündigung wegen zu frühen Ausspruchs unwirksam gewesen und die zweite mangels Anhörung.

Wenn in der Praxis einzelne Betriebsratsmitglieder dem Arbeitgeber vorab irgendwelche Einschätzungen mitgeteilt haben, ist es gut, sich an § 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu erinnern: Erklärungen gibt erstens der Vorsitzende ab und zweitens nur im Rahmen der vom Gremium (ggf. Ausschuss) gefassten Beschlüsse.

Siehe:  BAG, Urteil vom 03.04.2008, Aktenzeichen 2 AZR 965/06, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)  
 Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. A., § 1 KSchG, Rn. 92

---

## Zur Beachtung

Soweit hier rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung und für Schulungen wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

## Kanzleien

### Berlin:

Hummel · Kaleck

Dieter Hummel\*, Mechtild Kuby\*,  
Gerd Denzel, Karoline Haustein\*,  
Christian Fraatz

Immanuelkirchstraße 3–4  
10405 Berlin  
Telefon 030 - 446 792 - 0  
Telefax 030 - 446 792 - 20  
kanzlei@diefirma.net  
www.diefirma.net

### Düsseldorf:

Bell & Windirsch Anwaltsbüro

Stefan Bell\*, Regine Windirsch\*, Sigrid  
Britschgi, Christopher Koll\*, Verena Linz

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Telefon 0211 - 863 20 20  
Telefax 0211 - 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de  
www.fachanwaeltInnen.de

### Frankfurt am Main:

Franzmann Büdel Bender

Armin Franzmann\*, Detlef Büdel\*, Achim  
Bender\*, Yvonne Geilen\*, Jan Brückmann\*

Petersstraße 4  
60313 Frankfurt am Main  
Telefon 069 - 133 85 81 - 0  
Telefax 069 - 133 85 81 - 14  
anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de  
www.fbb-arbeitsrecht.de

### Freiburg:

Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert\*

Wilhelmstraße 10  
79098 Freiburg  
Telefon 0761 - 387 92 11  
Telefax 0761 - 280 02 4  
schubert@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de  
www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de

### Hamburg:

Kanzlei Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier

Klaus Müller-Knapp\*, Jens Peter Hjort\*,  
Wolfgang Brinkmeier\*, Manfred Wulff\*,  
Andreas Bufalica, Ute Kahl, Dr. Julian Richter,  
Jasmin Stahlbaum-Philp

Kaemmererufer 20  
22303 Hamburg  
Telefon 040 - 69 65 763  
Telefax 040 - 28 07 493  
kanzlei@anwaelte-mkhhb.de  
www.anwaelte-mkhhb.de

### Hannover:

Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug

Detlef Fricke, Joachim Klug\*

Goseriede 12  
30159 Hannover  
Telefon 0511 - 700 74 - 0  
Telefax 0511 - 700 74 - 22  
post@fricke-klug.de  
www.fricke-klug.de

### Konstanz:

Anwaltsbüro Haenel Wirlitsch

Michael Wirlitsch\*

Münzgasse 29  
78462 Konstanz  
Telefon 07531 - 1316 - 0  
Telefax 07531 - 1316 - 16  
kanzlei@haenelwirlitsch.de  
www.haenelwirlitsch.de

### München:

Kanzlei Rüdiger Helm  
Menschenrechte im Betrieb

Rüdiger Helm, Christiane Fuchs, Susanne  
Gäbelein, Gerd Nies, Christine Steinicken,  
Volker Lehmann

Schwanthalerstraße 73  
80336 München  
Telefon 089 - 51 701 660  
Telefax 089 - 51 701 661  
kanzlei@kanzlei-helm.de  
www.kanzlei-helm.de

## Nürnberg:

Manske & Partner

Wolfgang Manske\*, Ute Baumann-Stadler\*,  
Beate Schoknecht\*, Jürgen Markowski\*, Sabine  
Feichtinger\*, Thomas Müller\*, Daniel Labrow,  
Sebastian Stoffregen

Bärenschanzstraße 4  
90429 Nürnberg

Telefon 0911 - 30 73 10

Telefon 0911 - 26 26 37

Telefax 0911 - 26 51 50

kanzlei@manske-partner.de

www.manske-partner.de

## Wiesbaden:

Schütte - Jancke - Heer

Reinhard Schütte\*, Wilfried Jancke\*, Claudia  
Heer\*, Kathrin Schlegel\*

Adolfsallee 22

65185 Wiesbaden

Telefon 0611 - 99377-0

Telefax 0611 - 99377-20

rae@wiesbaden-arbeitsrecht.de

www.wiesbaden-arbeitsrecht.de


\*) Fachanwälte für Arbeitsrecht

## Impressum

Der Rundbrief der Anwaltskooperation Arbeitnehmer-Anwälte wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier (Rechtsanwälte Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort, Wolfgang Brinkmeier, Manfred Wulff), Kaemmererufer 20, D-22303 Hamburg, Telefon: 040-6965763, Telefax: 040-2807493, E-Mail: kanzlei(at)anwaelte-mkhh.de. Verantwortlich: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter.

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, D-20354 Hamburg. Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer ([www.brak.de](http://www.brak.de)) eingesehen werden.

Bildquellen: Bundesagentur für Arbeit (S. 1), Microsoft (S. 6)

 *Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.*