

BetriebsRat

V E R T R A U L I C H

„NEW WORK“

Wie Sie die neue
Arbeitswelt aktiv
mitgestalten

Der unabhängige Informationsdienst für erfolgreiche Betriebsratsarbeit

Aktuelles LAG-Urteil

Dieses Verhalten rechtfertigt eine fristlose Kündigung. Ohne Wenn und Aber

„Ich hasse die scheiß Ausländer!“ Mit dieser Äußerung tat sich ein Arbeitnehmer im Betrieb hervor. Er erhielt – trotz 23-jähriger Betriebszugehörigkeit – die Kündigung. Und zwar die fristlose Kündigung. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamburg entschied: Das geht so in Ordnung (Ende März 2024 veröffentlichtes Urteil vom 17.11.2022, Az: 1 Sa 40/22).

Der Arbeitnehmer war am Empfang am Haupteingang tätig. Dort fiel die ausländerfeindliche Bemerkung, nachdem ihn eine ausländische Kollegin darüber informiert hatte, dass sich ein (ebenfalls ausländischer) Kollege verspäten wird. Als dieser schließlich eintraf, „begrüßte“ er ihn mit „Du bist spät dran, Du arschloch.“ Als der Arbeitgeber hiervon erfuhr, kündigte er fristlos. Die von ihm erhobene Kündigungsschutzklage verlor der Arbeitnehmer.

Stichwort außerordentliche Kündigung

Ein Arbeitsverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. So regelt es § 626 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Für Ihre Anhörung gilt dann Folgendes

1. Erstens muss geprüft werden, ob der Sachverhalt „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund für eine Kündigung geeignet ist.

Zwei Top-Themen in dieser Ausgabe:

Aktuelles BAG-Urteil

Arbeitsvertrag

Wann eine Bezugnahmeklausel Betriebsvereinbarungen nicht erfasst

Seite 3

Praxis-Knowhow

Kündigung

Achten Sie beim Widerspruch gegen eine Kündigung auf diese 5 Formalien!

Seite 4

Dann muss sich der Arbeitgeber eben nicht wundern ...

Sehr geehrte Betriebsrätin, sehr geehrter Betriebsrat!

Stellen Sie sich vor, Sie vereinbaren mit Ihrem Arbeitgeber in einer Betriebsvereinbarung Folgendes:

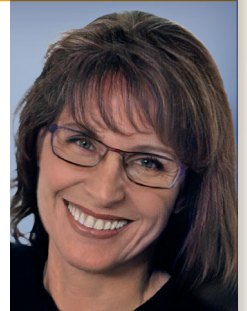
„Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass vor der Aussprache etwaiger betriebsbedingter Beendigungskündigungen zunächst sämtliche Leiharbeitnehmer auf vergleichbaren Positionen abzumelden sind.“ Dann aber spricht Ihr Arbeitgeber betriebsbedingte Kündigungen aus, obwohl noch eine ganze Reihe von Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Betrieb beschäftigt sind. Und dann?

Dann hilft nur ein knallharter Schritt! Gang vor das Arbeitsgericht. Erzwingen, dass Ihr Arbeitgeber dieses rechtswidrige Verhalten ändert. Besser gesagt: stoppt. Und zwar sofort! Machen Sie es also genau so, wie der Betriebsrat des Autozulieferers BCS in Radolfzell. Denn wenn Ihr Arbeitgeber sich so verhält, braucht man nicht mehr zu verhandeln. Dann werden Fakten geschaffen. Und noch etwas: Tun Sie natürlich genau das, was ich auf Seite 4 und 5 in dieser Ausgabe beschreibe. Sicher ist sicher.

Mit besten Grüßen



Andrea Einziger
Chefredakteurin



2. Danach ist zu prüfen, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht.

Nun nehmen Sie den Fall von hier: Ausländerbeschimpfung in Anwesenheit ausländischer Kollegen bzw. hier einer Kollegin. Beschimpfung des später eintreffenden Kollegen. Das Ganze in einem öffentlich zugänglichen Empfangsbereich des Unternehmens, bei dem nicht auszuschließen ist,

Lesen Sie weiter auf Seite 2 ►►

dass auch andere (weitere Kolleginnen und Kollegen ebenso wie Geschäftspartner oder Kundinnen und Kunden) diese mitbekommen.

Die Fragestellung lautet dann:

„Liegen tatsächlich grobe Beleidigungen gegen Kolleginnen und/oder Kollegen vor?“

Klare Antwort: Ja.

„Sind diese durch das Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt?“

Nein! Das Grundrecht der Meinungsfreiheit schützt keine Formalbeleidigungen und Schmähungen – und schon gar keine Ausländerfeindlichkeit.

„Handelt es sich um eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung?“

Ja. Diskriminierung, Ausländerfeindlichkeit im öffentlichen Bereich. Grobe Beleidigungen.

„Ist dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar, sprich: Reicht eine Abmahnung?“

Nein. Die „Spielregeln“ im Unternehmen waren und sind allen Beschäftigten bekannt: Keine ausländerfeindlichen und/oder diskriminierenden Äußerungen. Deshalb kommt es im entschiedenen Fall auch nicht auf eine vorherige Abmahnung an. Der gekündigte Arbeitnehmer hätte unschwer erkennen können, dass sein Arbeitgeber derartige Beleidigungen unter Arbeitskollegen – noch dazu mit diskriminierendem Charakter – nicht duldet.

Fazit

Die Interessenabwägung ist im entschiedenen Fall klar zu Ungunsten des gekündigten Arbeitnehmers ausgefallen. Das Interesse des Arbeitgebers an der Lösung des Arbeitsverhältnisses – selbst unter Berücksichtigung der 23-jährigen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers – wiegt stärker.

Stichwort Ausländerfeindlichkeit

Äußert sich ein Mitarbeiter am Arbeitsplatz in ausländerfeindlicher Weise über einem Arbeitskollegen oder eine Arbeitskollegin, handelt es sich hierbei immer um einen schwerwiegenden Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten. So ein Vorfall ist auch nicht durch einen „rauen“ Umgangston zu rechtfertigen oder in anderer Weise zu bagatellisieren.

Sicherlich ist nicht immer gleich eine fristlose Kündigung gerechtfertigt. Doch eine klare Reaktion durch Ihren Arbeitgeber muss es geben.

Beispiel

Ihr Kollege Peter L. meint, über „Ausländer“ scherzen zu können. Immer wieder reißt er Witze über türkische oder polnische Arbeitskollegen. Die Reaktion der Arbeitskollegen: betretenes Schweigen. Zur Rede gestellt sagt Jörg K., das sei „*doch nicht rassistisch gemeint*“.

Folge: Hier muss Ihr Arbeitgeber in aller Deutlichkeit Einhalt gebieten. Und das heißt: Sofort abmahnen!

Im Wiederholungsfall ist dann auch bei so scheinbar „harmlosen“ Dingen der Weg zur verhaltensbedingten Kündigung frei. Ein Weg, den Ihr Arbeitgeber dann auch gehen muss. Das folgt schon aus seiner Fürsorgepflicht gegenüber den in dieser Weise diskriminierten Kolleginnen und Kollegen (§ 12 Abs. 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)).

Und der Fall aus Hamburg zeigt es: Sind die rassistischen Äußerungen so extrem aggressiv, dass eine vorherige Abmahnung nicht erforderlich ist, ist im Einzelfall eine außerordentliche fristlose Kündigung möglich.

Wie Sie ganz konkret Einfluss nehmen

Ganz klar: § 80 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) räumt Ihnen ein Antragsrecht zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb ein. Sie dürfen also entsprechende Maßnahmen beantragen. Denn es ist Ihre Aufgabe, die Eingliederung ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb und das Verhältnis zwischen ihnen und den deutschen Beschäftigten zu fördern.

Mein Tipp

Am besten schließen Sie eine Betriebsvereinbarung gegen Fremdenfeindlichkeit mit Ihrem Arbeitgeber. Ein Muster habe ich für Sie vorbereitet. Sie können es jederzeit von mir abfordern (redaktion@ultimo-verlag.de, **Betreff:** „BV gegen Fremdenfeindlichkeit“).

Nicht vergessen: Ihre Aufgabe als Betriebsrat ist es zudem, zusammen mit Ihrem Arbeitgeber darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit gleichbehandelt werden. Sorgen Sie dafür, dass es keine Diskriminierungen gibt – vor allem mit der eben angesprochenen Betriebsvereinbarung – und auch damit, dass Sie in der Betriebsversammlung immer wieder betonen: In diesem Unternehmen wachen auch Sie als Betriebsrat darüber, dass es keine Diskriminierungen und keine Ausländerfeindlichkeit gibt.

Um zurück zum Ausgangsfall zu kommen: Natürlich kann es vorkommen, dass einige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erst im Laufe der Jahre eine gewisse Fremdenfeindlichkeit entwickeln. Nimmt dies überhand, können Sie von Ihrem Arbeitgeber aber immer auch verlangen die betriebsstörenden Kollegen zu versetzen oder zu entfernen (§ 104 BetrVG). Voraussetzung: Die oder der Betroffene hat den Betriebsfrieden wiederholt und ernstlich gestört.

Mein Tipp

Werden Sie in jedem Fall präventiv tätig und vereinbaren Sie mit Ihrem Arbeitgeber einen Verhaltenskodex, den alle Ihre Kolleginnen und Kollegen unterschreiben müssen. Der Kodex könnte wie folgt aussehen:

Mustertext für einen Verhaltenskodex: „*Der Beschäftigte ... verpflichtet sich, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Betrieb entgegenzutreten. Er setzt sich für ein belastungsfreies Betriebsklima und ein kollegiales Miteinander ein. Dies gilt auch gegenüber Kunden des Unternehmens und gegenüber den im Betrieb beschäftigten Externen.*“

Aktuelles BAG-Urteil

Wann eine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag Betriebsvereinbarungen nicht erfasst

Mit einem seiner Mitarbeiter hatte ein Arbeitgeber im Arbeitsvertrag zur Altersversorgung geregelt, dass sich diese weiterhin an der Versorgungsregelung im bisherigen Betrieb (also beim bisherigen Arbeitgeber) orientiert. Als diese durch eine Betriebsvereinbarung geändert wurde, kam es zum Streit. Das Bundesarbeitsgericht entschied eindeutig (BAG, am 3.4.2024 veröffentlichtes Urteil vom 21.11.2023, Az: 3 AZR 44/23).

Bei Vertragsabschluss hatten Arbeitgeber und Arbeitnehmer Folgendes vereinbart: „Der Mitarbeiter hat Anspruch auf die betriebliche Altersversorgung nach der in der Versorgungsordnung der H-Betriebe gültigen Regelung.“

Für das BAG eine eindeutige Sache:

Es handelt sich um eine „statische“ Bezugnahmeklausel (s. u.). **Das heißt:** Sie verweist auf die Versorgungsordnung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Spätere Änderungen an dieser Ordnung wirken sich damit nicht auf diesen Arbeitnehmer und dessen Altersversorgung aus.

Im entschiedenen Fall kommt noch eine Besonderheit hinzu

Die Versorgungsordnung beim früheren Arbeitgeber, in den „H-Betrieben“, wie es so schön in der arbeitsvertraglichen Regelung heißt, wurde durch eine Betriebsvereinbarung geändert.

Hierzu das BAG: Eine nach Vertragsabschluss neu hinzugekommene Betriebsvereinbarung wird ebenfalls nicht von einer solchen statischen Bezugnahmeklausel erfasst.

Stichwort Bezugnahmeklausel

Arbeitgeber können auf Versorgungszusagen anderer Unternehmen Bezug nehmen. Warum nicht? Ob das sinnvoll ist, sei einmal dahingestellt. Auch auf Betriebsvereinbarungen anderer Unternehmen kann Bezug genommen werden.

Entscheidend ist aber, ob es sich um eine statische oder eine dynamische Bezugnahmeklausel handelt.

Weitaus häufiger ist der Fall, dass nicht tarifgebundene Arbeitgeber Bezugnahmeklauseln verwenden, um sich an Tarifverträge (oder Teile davon) anzulehnen.

Der **Vorteil aus Arbeitgebersicht** ist, dass nicht jede Kleinigkeit im Arbeitsvertrag geregelt werden muss, wenn Bezug auf einen Tarifvertrag genommen wird. Eine AGB-Kontrolle von Tarifverträgen ist außerdem unzulässig; das bringt Rechtssicherheit für Arbeitgeber. Hierbei gilt:

- ➔ Arbeitgeber können auf einen bestimmten Tarifvertrag verweisen (sog. **statische Bezugnahme**) oder auf einen Tarifvertrag in der jeweils gültigen Fassung (sog. **dynamische Bezugnahme**). Bei Letzterer müssen Arbeitgeber dann aber auch jede Änderung nachvollziehen, also auch Tarifierhöhungen.

Eine dynamische Verweisung lautet beispielsweise so:

„Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für ... (Branche) in der jeweils geltenden Fassung Anwendung.“

Eine statische Verweisung kann so aussehen:

„Auf das Arbeitsverhältnis findet der Entgelttarifvertrag für ... (Branche) in seiner Fassung vom ... (Datum) Anwendung. Spätere Änderungen dieses Tarifvertrags finden keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis. Insbesondere hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf zukünftige Tariflohnerhöhungen.“

Eine Verweisung (nur) auf einzelne Teile eines Tarifvertrags liest sich dann in etwa so:

„Der Urlaub richtet sich nach dem Tarifvertrag für ... (Branche).“

Mein Tipp: So bleiben Sie bei der Tarifierhebung flexibel

Ergeben sich später Änderungen im Unternehmen Ihres Arbeitgebers, etwa der

- Abschluss eines Haustarifvertrags,
- Verbandswechsel bzw.
- Austritt aus dem Arbeitgeberverband,

will Ihr Arbeitgeber möglicherweise schon beim Abschluss von Arbeitsverträgen sicherstellen, dass dann die ursprünglich vereinbarte Bezugnahme nicht mehr wirkt. Das ist möglich. Eine Regelung erkennen Sie daran, wenn Sie etwa wie folgt formuliert ist:

Anwendung tariflicher Vorschriften

1. (wie oben bei dynamischer oder statischer Verweisung)
2. falls zutreffend: Der Arbeitgeber stellt hierzu klar, dass er derzeit Mitglied des Arbeitgeberverbands ist und die Bezugnahme auf oben genannten Tarifvertrag lediglich der Gleichstellung nicht gewerkschaftszugehöriger Arbeitnehmer dient.
3. Bei Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder einem Wechsel in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung finden später vereinbarte Änderungen der Tarifverträge oder tarifliche Neuabschlüsse keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis. Insbesondere hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf spätere Tariflohnerhöhungen. Schließt der Arbeitgeber einen Haustarifvertrag ab, treten dessen Regelungen an die Stelle des unter 1. in Bezug genommenen Flächentarifvertrags.

Praxis-Knowhow

Widerspruch gegen eine Kündigung: Auf diese 5 Formalien achten Gerichte und Arbeitgeber mit Argusaugen. Halten Sie sie ein!

Wenn Sie Einspruch gegen eine von Ihrem Arbeitgeber beabsichtigte Kündigung erheben, wird dieser erfahrungsgemäß wenig begeistert sein. Das erste, was die meisten Arbeitgeber dann prüfen ist, ob Sie die rechtlichen Formalien eingehalten haben, die mit einem solchen Widerspruch verbunden sind. Aus Arbeitgebersicht besonders „attraktiv“ sind die fünf folgenden Hürden. Denn wenn ein Betriebsrat darüber stolpert, hat Ihr Arbeitgeber gleich freie Bahn. Das aber kann nicht in Ihrem Interesse sein. Um diese unseligen Fünf geht es:

- **Hürde 1:** Ist Ihr Schreiben ausdrücklich als Widerspruch erkennbar?
- **Hürde 2:** Haben Sie als Betriebsrat einen ordnungsgemäßen Beschluss über den Widerspruch gefasst?
- **Hürde 3:** Haben Sie die Wochenfrist für ein Einlegung Ihres Widerspruchs eingehalten?
- **Hürde 4:** Haben Sie die zwingend vorgeschriebene Schriftform erfüllt?
- **Hürde 5:** Haben Sie Ihren Widerspruch auf konkrete Tatsachen gestützt und damit begründet? Maßgeblich sind hier die Nummern 1 bis 5 von § 102 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

Wichtig!

Ihr Widerspruch als Betriebsrat ist wirklich nur dann wirksam, wenn er diese fünf Hürden meistert. Kann Ihr Arbeitgeber, wenn er sich diese fünf Fragen aus seiner Sicht stellt, auch nur einmal mit „Nein“ antworten, ist Ihr Widerspruch unwirksam. Das heißt:

Ihr Arbeitgeber wird also jeden der einzelnen fünf Punkte genau prüfen. Findet er einen Fehler, wird er jubeln. Ihr Widerspruch ist unwirksam!

Doch was heißt das denn nun alles ganz konkret?

Das wird deutlich, wenn Sie sich die Details zu diesen fünf Hürden einmal genauer anschauen.

Formalie 1: Ihr Widerspruch muss klar als solcher erkennbar sein!

Wichtig ist, dass Sie bei und für Ihren Widerspruch klare Worte finden. Bezeichnen Sie den Widerspruch genau als das, was er ist. Als Widerspruch! Nur dann ist er ordnungsgemäß erfolgt.

Wichtige Unterscheidung: Unterscheiden Sie zwischen Bedenken nach § 102 Abs. 2 BetrVG und dem ordentlichen Widerspruch im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG:

- Ihre **Bedenken** gegen die beabsichtigte Kündigung können Sie als Betriebsrat aus allen Ihnen wichtig erscheinenden Gründen erheben. Die Rechtsfolgen eines offiziellen Widerspruchs treten dann aber nicht ein.
- Anders ist es beim **Widerspruch** nach § 102 Abs. 3 BetrVG. Stützen Sie Ihren Widerspruch auf einen der in diesem Paragraphen ausdrücklich genannten Gründe, liegt ein wirksamer Widerspruch im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG vor.

Vorsicht Falle!

Jede andere Begründung als aus § 102 Abs. 3 BetrVG folgend macht aus Ihrem Widerspruch nur eine „Wir haben Bedenken“-Meldung!

Formalie 2: Der korrekte Beschluss im Gremium

Die nächste Voraussetzung für einen wirksamen Widerspruch ist, dass ein ordnungsgemäßer Beschluss Ihres Gremiums gefasst wurde.

Meine Empfehlung

Stellen Sie mit dem folgenden Schnell-Check sicher, dass Ihr Beschluss wirklich unangreifbar ist:

| Haben wir alle Formalien beim Beschluss eingehalten? | | |
|--|--------------------------|--------------------------|
| Frage | Ja | Nein |
| Der Beschluss wurde im Rahmen einer ordnungsgemäß anberaumten, „offiziellen“ Betriebsratssitzung gefasst? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| Der Betriebsrat war beschlussfähig? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| Es hat niemand „in eigener Sache“ mit abgestimmt? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| Der Beschluss wurde fehlerfrei herbeigeführt? (Fehlerhaft wäre er etwa bei Vorliegen der Beschlussunfähigkeit, weil zu wenige Betriebsratsmitglieder anwesend waren oder Betriebsratsmitglieder in eigener Sache mitabgestimmt haben?) | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| In anhörungspflichtigen Angelegenheiten wurden die betroffenen Kolleginnen oder Kollegen auch tatsächlich von Ihnen angehört? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| Es gibt eine ordnungsgemäße Sitzungsniederschrift? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |

Nur ein „Nein“, und der Betriebsratsbeschluss insgesamt ist unwirksam. Ihr Arbeitgeber wird daher genau prüfen, ob die aufgezählten Formalien erfüllt wurden. Er kann von Ihnen die entsprechenden Nachweise einfordern.

Formalie 3: Halten Sie die 1-Wochen-Frist ein

Wollen Sie als Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung widersprechen, sind Sie an gesetzliche Fristen gebunden. Die Frist zur Einlegung des Widerspruchs beträgt eine Woche (§ 102 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1 BetrVG). Halten Sie diese nicht ein, freut sich Ihr Arbeitgeber, denn

Ihr Widerspruch ist dann unwirksam. Achten Sie also darauf, dass Ihr Widerspruch Ihrem Arbeitgeber fristgerecht zugeht.

So rechnen Sie richtig:

Diese Wochenfrist beginnt einen Tag, nachdem Sie als Betriebsrat die Informationen zur Kündigung erhalten haben (§§ 187 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Der Tag, an dem das Anhörungsschreiben zur Kündigung bei Ihnen als Betriebsrat eingegangen ist, zählt nicht mit.

Wichtig: Endet die Wochenfrist an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag, verschiebt sich das Fristende auf den anschließenden Werktag (§ 193 BGB).

Achtung! In den folgenden 5 Fällen ist Ihr Widerspruch wirkungslos!

1. Sie haben sich innerhalb der Frist **gar nicht** geäußert (= Zustimmung).
2. Sie äußern sich zwar innerhalb der Frist – aber nur **mündlich**.
3. Sie äußern sich zwar schriftlich und auch innerhalb der Frist – aber **ohne Begründung**.
4. Sie äußern sich mündlich innerhalb der Frist und versprechen Ihrem Arbeitgeber, die schriftliche Äußerung nachzureichen, was Sie zwar auch tun – aber erst **nach Ablaufen der Frist**.
5. Sie teilen den Widerspruch zwar schriftlich mit und halten auch die Frist ein – aber die **Begründung** erfolgt erst nach Fristende.

Auch hier gilt: Liegt auch nur eine dieser fünf Varianten vor, ist Ihr Widerspruch unwirksam. Ihr Arbeitgeber braucht ihn dann nicht zu beachten.

Wichtig: Reagieren Sie als Betriebsrat gar nicht auf die Anhörung zu einer beabsichtigten Kündigung, kann Ihr Arbeitgeber erst nach Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG seine Kündigung aussprechen. Kündigt er früher, können Sie (oder im Kündigungsschutzverfahren die oder der Betroffene) geltend machen, dass der Arbeitgeber seine Anhörungspflicht verletzt hat. Die Widerspruchsfrist von einer Woche ist also auch für Ihren Arbeitgeber bindend.

Formalie 4: Denken Sie an die Schriftform

Die Schriftform des Widerspruchs ist ausnahmslos zwingend erforderlich (§ 102 Abs. 4 BetrVG). Ausnahmen hiervon sind nicht zulässig. **Im Klartext:**

Ihre Widerspruchsgründe müssen Sie immer schriftlich mitteilen. Und zum schriftlichen Widerspruch gehört auch, dass dieser eigenhändig vom zuständigen Betriebsratsmitglied unterschrieben worden ist. Das ist in der Regel die oder der Betriebsratsvorsitzende oder deren bzw. dessen Stellvertretung. Ein nur mündlich mitgeteilter Widerspruch ist unwirksam (s. o.).

Formalie 5: Denken Sie an die gute Begründung

Ihr Widerspruch ist nur dann „ordnungsgemäß“, wenn Sie eine ausreichende Begründung mitliefern. In dieser Begründung müssen Sie Tatsachen angeben, aus denen sich das Vorliegen eines der in § 102 Abs. 3 BetrVG aufgezählten Widerspruchsgründe ergibt.

Mein Tipp

Dabei genügt es, wenn die von Ihnen angegebenen Tatsachen das Vorliegen eines Widerspruchsgrundes als möglich erscheinen lassen. Dann liegt der Ball wieder bei Ihrem Arbeitgeber.

Wichtig: Die bloße Wiederholung des Gesetzeswortlautes genügt aber nicht. Denn aus Ihrer Begründung und den dort von Ihnen genannten Tatsachen muss hervorgehen, dass

- Ihr Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers oder der zu kündigenden Arbeitnehmerin soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat,
- die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG verstößt,
- der zu kündigende Arbeitnehmer oder die zu kündigende Arbeitnehmerin an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder
- eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin sein/ihr Einverständnis damit erklärt hat.

Und vergessen Sie nicht, Ihren Widerspruch durch Angabe konkreter Tatsachen zu begründen. Wie ein solcher mustergültiger Widerspruch aussehen könnte, zeigt Ihnen das folgende Muster:

Muster-Widerspruch gegen eine beabsichtigte Kündigung nach § 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG

Absender

Ort, Datum ...

Empfänger ...

Beabsichtigte Kündigung von ... (Name des Betroffenen)

Sehr geehrte Frau ..., sehr geehrter Herr ...,

der Betriebsrat hat in seiner Sitzung vom ... beschlossen, der beabsichtigten Kündigung von ... (Name des Betroffenen) zu widersprechen.

Begründung: Für unseren Betrieb besteht eine Auswahlrichtlinie. Diese regelt in der Klausel ... (genaue Bezeichnung), dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr erreicht und zudem auf eine mindestens 15-jährige Betriebszugehörigkeit verweisen können, bei Kündigungen in besonderer Weise zu berücksichtigen sind. Ihnen darf nur gekündigt werden, wenn sämtliche vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus dem gesamten Unternehmen entlassen wurden.

Der 59-jährige ... (Name des Betroffenen) gehört unserem Betrieb seit mehr als 20 Jahren an. Es gibt aber einige wesentlich jüngere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der gleichen Berufsgruppe, die über weniger Betriebszugehörigkeitsjahre verfügen. Ihnen wäre nach der Auswahlrichtlinie zunächst zu kündigen.

Die geplante Kündigung von ... verstößt gegen die Auswahlrichtlinie. Wir als Betriebsrat widersprechen der Kündigung deshalb.

Freundliche Grüße,

(Unterschrift Betriebsratsvorsitzender)

Datenschutz im Brennpunkt

Was Sie als Betriebsrat beachten sollten, wenn sich Führungskräfte von den Kollegen bewerten lassen wollen

Dass Führungskräfte Mitarbeiter bewerten, liegt in der Natur der Sache. Es gehört aber schon seit Längerem zum guten Ton, dass sich die Führungskräfte auch umgekehrt bewerten lassen. Diese Konstellation ist nicht unproblematisch – Konflikte sind in meinen Augen vorprogrammiert. Und ein Blick auf die datenschutzrechtlichen Herausforderungen lohnt!

Problematisch bei dieser Form der Bewertung ist: Die Beschäftigten könnten sich sorgen, dass ihre Bewertungen bei der jeweiligen Führungskraft schlecht ankommen. Die Führungskraft könnte sich fragen, warum sie sich einer Bewertung durch die Beschäftigten aussetzen muss, obwohl es eigentlich Aufgabe des Arbeitgebers ist, Leistungsbewertungen vorzunehmen.

Aus Datenschutzsicht stellt sich außerdem die Frage, ob ein Leistungsfeedback an die Führungskraft anonym abgegeben wird und – falls nicht – wer Zugriff auf die Bewertung erhält. Auch muss natürlich eine Rechtsgrundlage für die Befragung beziehungsweise Bewertung vorhanden sein. Da trifft es sich gut, dass sich der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 2023 mit einem Fall aus einer Behörde auseinandergesetzt hat.

So sieht eine Datenschutzaufsichtsbehörde die Bewertung von Führungskräften

So plante das baden-württembergische Innenministerium ein Vorgesetzten-Feedback:

- Eine Bewertung erfolgt nur, wenn mindestens fünf Mitarbeiter teilnehmen.
- Für Mitarbeiter ist die Bewertung ihrer Vorgesetzten freiwillig.
- Die Befragung wird online durchgeführt.
- Die Befragung wird anonym durchgeführt.
- Über ihre Bewertung haben Teilnehmende Stillschweigen zu bewahren.
- Führungskräfte können frei entscheiden, ob sie sich einem Feedback unterziehen wollen.
- Nach eingeholtem Feedback müssen(!) die bewerteten Führungskräfte die Ergebnisse mit ihren Mitarbeitern besprechen.
- Vorgesetzte können über das Ergebnis des Feedbacks informiert werden.

Diese Kritikpunkte hatte die Aufsichtsbehörde

1. Führungskräfte dürfen grundsätzlich keine beruflichen Nachteile befürchten, wenn sie sich keiner Bewertung unterziehen.
2. Auch die Besprechung der Ergebnisse kann nur freiwillig erfolgen. Bei der Information der Vorgesetzten ist es wichtig, dass auch hier die Freiwilligkeit gewahrt ist und keine Nachteile entstehen, wenn man die Ergebnisse nicht teilt.
3. Die Größe von fünf Teilnehmern an der Bewertung erschien der Aufsichtsbehörde zu gering. Sie befürch-

tete, dass bei kleinen Gruppen Teilnehmer anhand von Kommentaren für die bewertete Führungskraft doch zu identifizieren seien.

4. Es soll technisch sichergestellt werden, dass Teilnehmer sich nicht über Dritte in der Bewertung äußern können.

Mein Datenschutz-Fazit für Sie

Fordern in Ihrem Betrieb Vorgesetzte ebenfalls das Feedback von Mitarbeitern ein? Das muss nichts Schlechtes sein. Ich halte es grundsätzlich für gut, wenn Vorgesetzte sich offen für Kritik zeigen. Mit der Stellungnahme der Datenschutz-Aufsichtsbehörde aus Baden-Württemberg liegt Ihnen ein guter Rahmen vor, wie solche Feedbacks vom Arbeitgeber zu gestalten sind. Übrigens sehe ich hier kein Recht auf Mitbestimmung im Vorfeld, wenn die Teilnahme den Kolleginnen und Kollegen freigestellt wird. Aber darauf zu achten, dass der Datenschutz gewahrt bleibt, gehört definitiv zu Ihren Aufgaben. Dass es in dem vorgestellten Fall um ein Ministerium und nicht um einen Betrieb geht, spielt in meinen Augen keine Rolle. Die Vorgaben sind dieselben.

Was mir in der Vorstellung der Aufsichtsbehörde zu kurz kommt, ist die Frage nach der rechtlichen Grundlage. Für das Beschäftigungsverhältnis benötigt der Arbeitgeber die Ergebnisse der Umfrage nämlich nicht. Damit kommt nur eine Einwilligung der Mitarbeiter in Frage (Artikel 6, Abs. 1, a) Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)). Eine Einwilligung muss freiwillig erfolgen und sie muss informiert erfolgen.

Achten Sie daher auf die folgenden 5 Punkte in Ihrem Betrieb

1. Wird vom Arbeitgeber Druck ausgeübt, Vorgesetzte zu bewerten? Das darf nicht sein!
2. Werden die Kolleginnen und Kollegen ausreichend darüber aufgeklärt, dass die Teilnahme freiwillig ist und anonym erfolgt?
3. Wie wird technisch sichergestellt, dass die Teilnahme anonym ist? Kann z. B. die eigene IT sehen, welche IP-Adressen sich im Betrieb beteiligen?
4. Kommt ein externes Tool für die Bewertung zum Einsatz? Wurde auch hier die Anonymität der Teilnehmer sichergestellt?
5. Ich finde eine Mindestanzahl von Teilnehmern sehr sinnvoll, um mögliche Identifizierungen über die Antworten zu vermeiden. Fünf waren der Behörde zu wenig – wie viele es sein sollen hat sie aber auch nicht gesagt. **Mein Tipp:** verdoppeln Sie und setzen Sie sich für mindestens 10 Teilnehmende ein.

Darf die Jugendvertretung eine Aussetzung von Beschlüssen verlangen?

Frage: „Wir haben beschlossen, eine Betriebsvereinbarung ‚Demografie-freundliches Unternehmen‘ auf den Weg zu bringen. Nun ist die Jugend- und Auszubildendenvertretung empört. Sie fühlt sich nicht eingebunden und verlangt, dass wir den Beschluss aussetzen. Darf sie das wirklich verlangen?“

Andrea Einziger:

Das darf sie in diesen Fall tatsächlich. Geregelt ist dies in § 35 BetrVG. Danach kann die Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV) verlangen, dass ein Beschluss des Betriebsrats ausgesetzt wird. Voraussetzungen hierfür sind:

- die JAV hat mit **Mehrheit** entschieden, dies von Ihnen zu fordern und
- sie sieht den Beschluss des Betriebsrats als eine **erhebliche Beeinträchtigung** wichtiger Interessen der durch sie vertretenen Gruppe.

Das gleiche Recht hat übrigens auch die Schwerbehindertenvertretung!

So gehen Sie vor

Liegt der Antrag auf Aussetzung des Beschlusses vor, müssen Sie diesen „auf die Dauer von einer Woche vom Zeitpunkt der Beschlussfassung an aussetzen“. Diese Zeit soll einen Austausch zwischen JAV und Betriebsrat ermöglichen.

Ziel ist es, eine Einigung herzustellen – gegebenenfalls mit Hilfe einer im Betrieb Ihres Arbeitgebers vertretenen Gewerkschaft, wie es im Gesetzestext ausdrücklich heißt.

Mein Tipp

Nutzen Sie die Zeit und hinterfragen Sie, warum die JAV sich ausgegrenzt fühlt. Wenn möglich, beziehen Sie ein Mitglied dieses Gremiums in die Erarbeitung der Betriebsvereinbarung mit ein. Gegen die JAV zu arbeiten ist langfristig immer nachteilig – schließlich rekrutiert sich aus ihr auch der Betriebsratsnachwuchs.

So geht es nach der Woche weiter

Unabhängig davon, ob eine Einigung zustande kommt oder nicht, beschließen Sie als Betriebsrat nach Ablauf der Frist über die Angelegenheit neu. Der alte Beschluss lebt also nicht automatisch wieder auf – Sie müssen als Betriebsrat aktiv handeln – selbst dann, wenn Sie an dem alten, strittigen Beschluss nichts ändern (§ 35 Abs. 2 BetrVG).

Erneute Blockade nicht möglich!

Weitere Möglichkeiten, Ihren Beschluss zu verhindern hat die JAV (und in vergleichbaren Fällen im Streit mit der Schwerbehindertenvertretung) nicht. **Das heißt:**

Wird von Ihnen der erste Beschluss bestätigt, kann der Antrag auf Aussetzung nicht wiederholt werden – und zwar auch dann nicht, wenn der erste Beschluss von Ihnen gar nicht oder nur unerheblich geändert wurde.

Wie sprechen Sie bei Beschäftigungsverboten für Schwangere mit?

Frage: „Eine schwangere Kollegin darf ihre bisherige Tätigkeit nach ärztlichem Attest nicht mehr ausüben. Sie muss deshalb an einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt werden. Unser Arbeitgeber hat ihr jetzt eine Tätigkeit vorgeschlagen, die sie zwar trotz Schwangerschaft verrichten kann, die aber eine Änderung der Arbeitszeit nach sich ziehen würde. Damit ist die Kollegin nicht einverstanden, weil sie in diesem Fall ihren Tagesablauf etwas umstrukturieren müsste. Sie müsste vor allem den Beginn der Betreuung ihres ersten Kindes um zwei Stunden nach hinten verschieben. Muss sie sich die Änderung der Arbeitszeit gefallen lassen?“

Andrea Einziger:

Ja, denn darf eine Schwangere ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben, muss Ihr Arbeitgeber ihr eine Tätigkeit zuweisen, die sie trotz Schwangerschaft erledigen kann (§ 3 Abs. 2 Mutterschutzverordnung (MuSchV)). Dabei darf er ihre Arbeitszeit in zumutbarer Weise ändern. Und zwar unabhängig davon, ob er sich die Änderung im Arbeitsvertrag vorbehalten hat oder nicht.

Nach Ihrer Schilderung müsste die Schwangere lediglich zwei Stunden später beginnen zu arbeiten und dementsprechend etwas länger in den Nachmittag bzw. Abend hinein arbeiten. Eine solche Änderung ist für sie zumutbar.

Achtung!

Anders sähe es aus, wenn Ihr Arbeitgeber ihr eine Schicht zuweisen würde, die bis spät in die Nacht ginge.

Beachten Sie: Weist Ihr Arbeitgeber der Kollegin einen anderen Arbeitsbereich zu, handelt es sich um eine Versetzung. In diesem Fall benötigt er Ihre Zustimmung (§ 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)).

Beispiel

Die Arbeitnehmerin war bisher im Qualitätsmanagement tätig. Sie stand mehrere Stunden täglich in den Produktionshallen. Diese Tätigkeit kann sie während der Schwangerschaft nicht verrichten. Deshalb beschäftigt der Arbeitgeber sie als Sachbearbeiterin im Einkauf.

Folge: Es liegt eine Versetzung vor und Sie als Betriebsrat müssen beteiligt werden.

Ihre Frage bitte:
redaktion@ultimo-verlag.de

Aktuelles LAG-Urteil

Kündigung in der Probezeit: Ob sich eine neue Kollegin oder ein neuer Kollege bewährt hat, entscheidet Ihr Arbeitgeber selbst

Ob sich eine neue Mitarbeiterin oder ein neuer Mitarbeiter während der Probezeit bewährt hat – darüber entscheidet nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts (LAG) Thüringen Ihr Arbeitgeber allein. Sie können allenfalls Vorschläge machen, falls Sie die oder den Betroffenen auf einer anderen Stelle besser aufgehoben sähen. Das Urteil betrifft einen Personalrat, ist für Sie als Betriebsrat aber 1:1 anwendbar (Urteil vom 10.1.2024, Az: 1 Sa 447/17).

Im entschiedenen Fall hatte ein Personalrat einer Kündigung während der Probezeit widersprochen, weil er den Kandidaten für geeignet hielt. **Achtung:** Lesen Sie hierzu unbedingt auch den Beitrag auf Seite 4 und 5 in dieser Ausgabe.

Achtung!

Bei schwerbehinderten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gilt eine Besonderheit. Hier kann Ihr Arbeitgeber in der Probezeit erst kündigen, wenn er mit der Schwerbehindertenvertretung, dem Integrationsamt, Ihnen als Betriebsrat etc. ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 Neuntes Sozialgesetzbuch (SGB IX) durchgeführt hat.

In diesem Fall muss tatsächlich geprüft werden, ob die oder der Betroffene nicht anderswo (oder durch eine Umorganisation der Tätigkeit) besser eingesetzt werden kann (Arbeitsgericht (ArbG) Köln, Urteil vom 20.12.2023, Az: 18 Ca 3954/23).

Wenn Ihr Arbeitgeber schwerbehinderte Kolleginnen und Kollegen zunächst nur auf Basis eines befristeten Arbeitsvertrags einstellt (Befristungsgrund: Befristung zur Probe) endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Dauer. Ein Präventionsverfahren muss Ihr Arbeitgeber nicht durchführen.

Aktuelles LAG-Urteil

Sonderkündigungsschutz für nachrückende Ersatzmitglieder: Dieser Trick funktioniert

Ein Arbeitgeber versuchte ein Ersatzmitglied des Betriebsrats schon seit längerem loszuwerden. Bislang war er mit allen Kündigungen gescheitert. Auch die letzte Kündigung war unwirksam. Diesmal, weil die Arbeitnehmerin, die die Kündigung aussprach, zwar mit „stellvertretende Personalleiterin“, verbunden mit dem Zusatz „i. V.“ unterschrieben, aber keine Kündigungsvollmacht vorgelegt

hatte (Landesarbeitsgericht (LAG) Nürnberg, Urteil vom 11.12.2023, Az: 1 Sa 164/23). Doch das Gericht spricht im Urteil noch einen weiteren wichtigen Aspekt an!

Die Situation

- Dem Ersatzmitglied wurde gekündigt. Es befindet sich im Kündigungsschutzprozess mit dem Arbeitgeber. Seiner Tätigkeit kann es während dieser Zeit nicht nachgehen, es ist ja gekündigt.
- Noch während des laufenden Kündigungsschutzprozesses scheidet ein anderes Voll-Mitglied des Betriebsrats aus.
- Das sich im Kündigungsschutzprozess befindende Mitglied wäre nun regulär der nächste Nachrücker.

So hat das LAG Nürnberg entschieden

- ➔ Auch wenn es gekündigt wurde und sich in einem laufenden Kündigungsschutzverfahren befindet, rückt das Ersatzmitglied nach.
- ➔ Es spielt keine Rolle, dass es im Hinblick auf die Kündigung gehindert ist, Betriebsratsaufgaben wahrzunehmen.
- ➔ Dem Nachrücker kommt in diesem Fall der nachwirkende Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 S. 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) zugute. Damit ist auch für ein Jahr nach Ablauf der Amtszeit eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen.

Letzteres hat eine wichtige „Nebenfolge“: Merkt Ihr Arbeitgeber, dass er mit seiner Kündigung scheitern wird, kann er vor Gericht immer noch einen Auflösungsantrag stellen. Er macht also geltend, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wirklich nicht zuzumuten ist. Sieht das Gericht dies genauso, kann es positiv über den Antrag entscheiden – wird aber gleichzeitig eine Abfindung für den Betroffenen oder die Betroffene festlegen. **Aber:**

Ist der Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG gegeben, scheidet ein Auflösungsantrag aus. Merke: Rechtzeitiges Nachrücken kann durchaus kluge und taktische Vorteile mit sich bringen.

Impressum

Herausgeber: ultimo! Verlagsgesellschaft mbH, Maarstr. 213, 53227 Bonn, E-Mail: redaktion@ultimo-verlag.de

Verantwortlich für den Inhalt: Frank Fischer

Alle Angaben wurden sorgfältig recherchiert und überprüft, für die Richtigkeit kann jedoch keine Gewähr übernommen werden. Der Inhalt ist vertraulich und nur für den Empfänger bestimmt. Vervielfältigungen jeder Art nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlags.

Im Interesse der Lesbarkeit verzichten wir in unseren Beiträgen auf geschlechtsbezogene Formulierungen. Selbstverständlich sind immer Frauen und Männer gemeint, auch wenn explizit nur eines der Geschlechter angesprochen wird.

© 2024 by ultimo! Verlagsgesellschaft mbH, Bonn. Alle Rechte vorbehalten. 19. Jahrgang

Leserservice/Abonnementbetreuung: DataM-Services GmbH, Franz-Horn-Straße 2, 97082 Würzburg, Tel.: 0931/4170-429, Fax: 0931/4170-497, E-Mail: info@ultimo-verlag.de

Von *Betriebsrat vertraulich* erscheinen 12 Ausgaben + 6 Sonderausgaben „Best Practice“ pro Jahr. ISSN 1862-0221, ZKZ 70360