

Soli Serv.de

<http://www.soliserv.de/>

präsentiert



**Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen
(§§ 99 - 103 BetrVG)**

**Mit freundlicher Unterstützung von Dr. Christian Ehrich
(Arbeitsrichter am Arbeitsgericht - Köln)**

**IG Metall - Tagesseminar für Betriebsräte
vom 19. November 1997, Queens Hotel Köln**

**Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen
Einzelmaßnahmen
(§§ 99 - 103 BetrVG)**

**I. Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Einstellungen,
Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen
(§§ 99 - 101 BetrVG)**

1. Allgemeine Voraussetzungen der Mitbestimmung nach §§ 99 - 101 BetrVG

2. Die mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen im einzelnen

- a) Einstellung
- b) Eingruppierung
- c) Umgruppierung
- d) Versetzung

**3. Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber, Einholung der
Zustimmung**

4. Gründe für die Verweigerung der Zustimmung (§ 99 Abs. 2 BetrVG)

- a) Verstoß der Maßnahme gegen Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung
u.a. (Nr. 1)
- b) Verstoß der Maßnahme gegen eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG
(Nr. 2)
- c) Benachteiligung anderer Arbeitnehmer (Nr. 3)
- d) Benachteiligung des betreffenden Arbeitnehmers (Nr. 4)
- e) Fehlende Ausschreibung im Betrieb nach § 93 BetrVG (Nr. 5)
- f) Störung des Betriebsfriedens (Nr. 6)

5. Verfahren bei Verweigerung der Zustimmung (§ 99 Abs. 3 BetrVG)

6. Antrag auf Ersetzung der Zustimmung (§ 99 Abs. 4 BetrVG)

7. Vorläufige Maßnahmen (§ 100 BetrVG)

8. Verletzung der Beteiligungsrechte durch den Arbeitgeber (§ 101 BetrVG)

II. Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen (§§ 102 - 103 BetrVG)

1. Anhörungsrecht bei Kündigungen nach § 102 BetrVG

- a) Anwendungsbereich
- b) Anhörungsverfahren
- c) Stellungnahme des Betriebsrats
- d) Bedeutung der Äußerung von Bedenken und eines Widerspruchs

2. Zustimmungserfordernis bei außerordentlicher Kündigung von Betriebsverfassungsorganen

- a) Geschützter Personenkreis
- b) Zustimmungsverfahren
- c) Stellungnahme des Betriebsrats
- d) Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht
- e) Nachwirkender Kündigungsschutz

Mitbestimmungspflichtige personelle Einzelmaßnahmen:

- Einstellungen,
- Eingruppierungen,
- Umgruppierungen,
- Versetzungen,
- Kündigungen.

Gesetzliche Grundlagen: §§ 99 - 103 BetrVG

§§ 99 - 101 BetrVG betreffen gleichermaßen Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen.

§ 102 BetrVG betrifft Kündigungen (allgemein).

§ 103 BetrVG betrifft außerordentliche Kündigungen von Betriebsratsmitgliedern und anderen Betriebsverfassungsorganen.

I. **Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen (§§ 99 - 101 BetrVG)**

1. **Allgemeine Voraussetzungen der Mitbestimmung nach §§ 99 - 101 BetrVG**

§§ 99 - 101 BetrVG gelten nur für Betriebe mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern (§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG).

Steigt während der Amtszeit des (einköpfigen) Betriebsrats die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer auf mehr als 20, so wächst diesem Betriebsrat das personelle Mitbestimmungsrecht zu.

Umgekehrt: Sinkt die Zahl der in der Regel beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer in einem Betrieb mit einem mehrgliederigen Betriebsrat auf weniger als 21, so verliert der Betriebsrat das personelle Mitbestimmungsrecht.

Kein Mitbestimmungsrecht besteht, wenn durch die Einstellung die Mindestzahl von 21 wahlberechtigten Arbeitnehmern erst erreicht würde.

Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 99 Rdnr. 4.

2. **Die mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen im einzelnen**

a) **Einstellung**

Keine gesetzliche Definition!

Def. der "Einstellung" (i.S. der ständigen Rechtsprechung des BAG): sowohl die Begründung des Arbeitsverhältnisses (Abschluß des Arbeitsvertrages) als auch die Eingliederung von Personen in den Betrieb, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen.

Siehe etwa BAG vom 28.04.1992, AP Nr. 98 zu § 99 BetrVG 1972; ebenso Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 99 Rdnr. 10.

Maßgebend: Tatsächliche Eingliederung in den Betrieb (Wird vom BAG sehr weit ausgelegt)

Auf das Rechtsverhältnis, in dem die Personen zum Arbeitgeber stehen, kommt es nicht an.

Daher können auch freie Mitarbeiter in den Betrieb eingegliedert werden.

So BAG vom 27.07.1993, NZA 1994, 92 (Pflicht des Arbeitgebers zur Ausschreibung eines Arbeitsplatzes gemäß § 93 BetrVG auch dann, wenn er mit einem freien Mitarbeiter besetzt werden soll).

Siehe aber nunmehr BAG vom 30.08.1994, NZA 1995, 649:

Eine gemäß § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung liegt nur vor, wenn die beschäftigte Person in den Betrieb eingegliedert wird. Dies setzt voraus, daß dem Arbeitgeber des Beschäftigungsbetriebs wenigstens ein Teil des Weisungsrechts zusteht, kraft dessen er für ein Arbeitsverhältnis typische Entscheidungen über den Arbeitseinsatz zu treffen hat. Bei der Beschäftigung eines freien Mitarbeiters oder eines freien Handelsvertreters sind diese Voraussetzungen regelmäßig nicht gegeben. Hier kommt eine Einstellung i.S. von § 99 BetrVG nur bei atypischen Fallgestaltungen in Betracht.

Einzelfälle:

- Arbeitsaufnahme von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb = mitbestimmungspflichtige Einstellung (so ausdrücklich Art. 1 § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG)
- Mitbestimmungspflichtige Einstellung auch dann, wenn Arbeitsvertrag nichtig (sog. faktisches Arbeitsverhältnis) [Aber: Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung kann Mangel des Arbeitsvertrages nicht heilen]
- Betriebsrat ist auch zu beteiligen, wenn Arbeitnehmer aus einem anderen Konzernunternehmen vorübergehend im Betrieb beschäftigt werden sollen.
- Bei Ausgabe von Arbeit an in Heimarbeit Beschäftigte: Einstellung liegt vor, sofern die Voraussetzungen des § 6 BetrVG gegeben sind. ["in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten / Angestelltentätigkeiten verrichten"]
- Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses (bzw. Fortsetzung eines befristeten Arbeitsverhältnisses über den vertraglich vereinbarten Endzeitpunkt hinaus) = Einstellung

Ebenso: Bei Beschäftigung über eine im Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag vereinbarten Altersgrenze hinaus.

BAG vom 12.07.1988, AP Nr. 54 zu § 99 BetrVG 1972.

Wenn ein Arbeitnehmer befristet zur Probe eingestellt wird und der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitteilt, der Arbeitnehmer solle bei Bewährung auf unbestimmte Zeit weiterbeschäftigt werden, ist eine nochmalige Beteiligung des Betriebsrats nicht erforderlich.

BAG vom 07.08.1990, AP Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972.

BAG: Zustimmungspflichtige Einstellung gegeben, wenn Personen für eine in Aussicht genommene Beschäftigung eine Ausbildung erhalten, ohne die eine solche Tätigkeit nicht möglich wäre. Auch dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Rechtsverhältnis die Personen während der Ausbildung zum Arbeitgeber stehen.

BAG vom 03.10.1989, AP Nr. 73 zu § 99 BetrVG 1972 ("Trainee-Programme");

BAG vom 20.04.1993, AP Nr. 106 zu § 99 BetrVG 1972 ("Assessment-Center").

Überaus problematisch:

Inanspruchnahme von Drittfirmen (bzw. Einsatz von Fremdpersonal im Betrieb) auf der Grundlage eines Dienst- oder Werkvertrages durch den Arbeitgeber.

BAG: Entscheidend ist Einbeziehung in Arbeitsorganisation des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muß die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nach Zeit und Ort treffen können, die Personalhoheit haben. Der Arbeitgeber muß somit auch gegenüber dem Fremdpersonal wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung übernehmen.

BAG vom 05.03.1991, AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 09.07.1991, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 05.05.1992, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 18.10.1994, NZA 1995, 281;
bestätigt durch BAG vom 22.04.1997, DB 1997, 936.

Folge: Betriebsrat ist auch zu beteiligen bei der Inanspruchnahme von Personen, die zwar nicht Arbeitnehmer des Betriebs werden, aber eine weisungsgebundene Tätigkeit wie Arbeitnehmer des Betriebs aufnehmen sollen.

z.B. Wartungs-, Instandsetzungs-, Lade-, Reinigungs- oder Bewachungsaufgaben (z.B. durch Subunternehmer, der Arbeitnehmer "stellt")

Dagegen liegt keine Einstellung vor, wenn Personen als Erfüllungsgehilfen eines echten Dienst- oder Werknehmers die in dem Dienst- bzw. Werkvertrag vereinbarte Leistung erbringen, ohne in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert zu werden.

b) Eingruppierung

= erstmalige Festlegung (besser: Feststellung) der für die Entlohnung des Arbeitnehmers maßgebenden Lohn- bzw. Gehaltsgruppe (nach Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder betrieblicher Lohnordnung)

Wird die von neu eingestellten Arbeitnehmern zu verrichtende Tätigkeit von einer tariflichen Gehaltsgruppenordnung erfaßt, die kraft betrieblicher Übung (einseitiger Einführung durch den Arbeitgeber) im Betrieb zur Anwendung kommt, ist der Arbeitgeber zur Eingruppierung der neu eingestellten Arbeitnehmer in diese Gehaltsgruppenordnung und zur Beteiligung des Betriebsrats an dieser Eingruppierung verpflichtet.

BAG vom 23.11.1993, AP Nr. 111 zu § 99 BetrVG 1972.

Eingruppierung: Kein rechtsgestaltender Akt

Denn Eingruppierung hat zwingend je nach der ausgeübten bzw. vertraglich auszuübenden Tätigkeit zu erfolgen.

Bedeutung der Mitbestimmung: Überprüfung der tarifgerechten Vergütungsgruppe ("Richtigkeitskontrolle")

Wenn zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nur Streit um zutreffende Eingruppierung besteht, kann der Betriebsrat der Einstellung als solcher nicht widersprechen; die Verweigerung der Zustimmung ist auf Eingruppierung zu beschränken.

Bei einer nach Lohn- und Fallgruppen aufgebauten tariflichen Vergütungsgruppe erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Eingruppierungen und Umgruppierungen gemäß § 99 BetrVG nicht nur auf die Bestimmung der Lohngruppe, sondern auch auf die richtige Fallgruppe dieser Lohngruppe, wenn damit unterschiedliche Rechtsfolgewirkungen verbunden sein können. Hiervon ist auszugehen bei Fallgruppen, bei denen ein sog. Bewährungsaufstieg vorgesehen ist.

BAG vom 27.07.1993, AP Nr. 110 zu § 99 BetrVG 1972.

Die im Beteiligungsverfahren festgestellte Eingruppierung ist für den Arbeitgeber verbindlich und begründet einen Anspruch des Arbeitnehmers.

Vgl. BAG vom 03.05.1994, NZA 1995, 484 = DB 1995, 228.

Allerdings hindert das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats den einzelnen Arbeitnehmer nicht, gegenüber dem Arbeitgeber im Urteilsverfahren eine günstigere als die im Verfahren nach § 99 BetrVG angenommene Eingruppierung geltend zu machen.

Vgl. BAG vom 03.05.1994, NZA 1995, 484 = DB 1995, 228.

Mitbestimmung bei "Eingruppierung" möglicher AT-Angestellter

Der Erste Senat des BAG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob der Arbeitgeber unter Beteiligung des Betriebsrats ein Eingruppierungsverfahren auch dann durchführen muß, wenn er der Auffassung ist, dass der Arbeitnehmer von keiner tariflichen Gehaltsgruppe erfaßt wird.

Die beteiligte Arbeitgeberin, ein Verlagsunternehmen, wendet in ihrem Betrieb u.a. den einschlägigen Gehaltstarifvertrag für Angestellte des Zeitschriftenverlagsgewerbes an. Dieser gilt für Angestellte mit Ausnahme der leitenden Angestellten und der Journalisten. Er sieht sieben nach Tätigkeitsmerkmalen gestaffelte Gehaltsgruppen vor. Die Arbeitgeberin beantragte die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Versetzung einer Arbeitnehmerin auf einen Arbeitsplatz als Assistentin der Verlagsleitung und bezeichnete sie als AT-Angestellte. Der Betriebsrat widersprach mit der Begründung, die Arbeitnehmerin werde von der tariflichen Gehaltsgruppenordnung erfaßt; ihre Tätigkeit entspreche den Merkmalen der Gehaltsgruppe 7. Die Arbeitgeberin hat demgegenüber die Auffassung vertreten, die umstrittene Tätigkeit setze Qualifikationen voraus, die oberhalb der Anforderungen der höchsten Gehaltsgruppe lägen. Damit entfalle auch die Notwendigkeit einer Eingruppierung.

Der Betriebsrat hat beantragt, der Arbeitgeberin die Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens vor dem Arbeitsgericht aufzugeben. Beide Vorinstanzen (LAG Hamburg - 5 Ta BV 3/94) haben den Antrag als begründet angesehen.

Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin hatte keinen Erfolg. Auch der Senat hält die Arbeitgeberin für verpflichtet, ein Eingruppierungsverfahren durchzuführen. Sie könne sich nicht mit dem Einwand begnügen, es handle sich um eine AT-Angestellte. Da die Arbeitnehmerin weder leitende Angestellte noch Journalistin sei, werde sie vom persönlichen Geltungsbereich des Gehaltstarifvertrages erfaßt. Danach sei zunächst zu prüfen, ob die neuen Aufgaben der Arbeitnehmerin die Tätigkeitsmerkmale einer der neuen Gehaltsgruppen erfüllen. In dieser Prüfung liege die mitbestimmungspflichtige Eingruppierung auch dann, wenn sie zu einem negativen Ergebnis führe. Der Betriebsrat solle nämlich mit beurteilen, ob die Gehaltsgruppenordnung richtig angewandt wird.

BAG vom 31.10.1995, NZA 1996, 890 = DB 1996, 1142 = BB 1996, 1009.

c) Umgruppierung

= jede Änderung der Einreihung in die Tarifgruppen (auch wenn Tarifvertrag nur arbeitsvertraglich vereinbart), unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer wirtschaftlich besser oder schlechter gestellt würde.

Z.B. bei Versetzungen, Beförderungen, "Herabstufungen"

Auch bei unverändertem Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers aufgrund einer neuen Lohn- bzw. Gehaltsgruppeneinteilung oder zur Berichtigung der Eingruppierung.

Wird die im Betrieb Anwendung findende Gehaltsgruppenordnung durch eine tarifliche Neuregelung nicht nur redaktionell, sondern in der Struktur geändert, hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer unter Beteiligung des Betriebsrats nach Maßgabe des § 99 BetrVG neu einzugruppieren.

BAG vom 09.03.1993, AP Nr. 104 zu § 99 BetrVG 1972.

Wird dagegen eine tarifliche Gehaltsgruppenordnung nur teilweise dahin abgeändert, daß eine Gehaltsgruppe durch zwei neue Gehaltsgruppen ersetzt wird, während die anderen Gehaltsgruppen unverändert bleiben, ist eine Verweigerung des Betriebsrats zu der vom Arbeitgeber beabsichtigten Neueingruppierung eines bisher mit Zustimmung des Betriebsrats in die abgelöste Gehaltsgruppe eingruppierten Arbeitnehmers unbeachtlich, mit der der Betriebsrat lediglich geltend macht, der Arbeitnehmer erfülle - bei gleichbleibender Tätigkeit - die Voraussetzungen einer höheren (unveränderten) Gehaltsgruppe.

BAG vom 18.01.1994, AP Nr. 1 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung.

Auch bei der Umgruppierung dient das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats der "Richtigkeitskontrolle".

Kein Mitbestimmungsrecht besteht bei Umgruppierungen, wenn durch die "Beförderung" für die Tätigkeit des Angestellten künftig die Merkmale des § 5 Abs. 3 BetrVG zutreffen. Insoweit greift lediglich die Mitteilungspflicht nach § 105 BetrVG ein.

Mitbestimmung bei Gewährung einer Zulage

Die Entscheidung über die Gewährung einer Zulage ist als Ein- oder Umgruppierung nach § 99 BetrVG nur dann mitbestimmungspflichtig, wenn die Zulage eine Zwischenstufe zwischen Vergütungsgruppen darstellt. Das ist nicht der Fall, wenn die Zulage nur in "angemessener" Höhe für eine unspezifische Kombination von Tätigkeiten geschuldet wird, deren Wertigkeit in beliebiger Weise die Merkmale einer tariflichen Vergütungsgruppe übersteigt.

BAG vom 02.04.1996, NZA 1996, 1105 = DB 1996, 2392.

d) Versetzung

Definition (des betriebsverfassungsrechtlichen Versetzungsbegriffs) in § 95 Abs. 3 BetrVG

Danach ist Versetzung die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die entweder voraussichtlich länger als einen Monat dauern wird oder - auch bei kürzerer Dauer - mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist.

Versetzungen sind also räumliche und/oder funktionale (= inhaltliche) Veränderungen der Tätigkeit.

Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs liegt dann vor, wenn dem Arbeitnehmer ein neuer Tätigkeitsbereich übertragen wird, so daß der Gegenstand der nunmehr geforderten Arbeitsleistung ein anderer wird, so daß sich das Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmers ändert.

BAG vom 23.11.1993, DB 1994, 735 = BB 1994, 935
(verneint im Falle der bloßen Umsetzung von Tag- in Nachtschicht bei unveränderter Tätigkeit).

(Räumliche) Versetzung z.B. bei

- Entsendung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsort auf Dauer (selbst bei gleichbleibender Tätigkeit). Ausreichend ist, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in anderer geographischer Gemeinde erbringen soll.
- Unveränderte Tätigkeit am anderen Ort (auch bis zu einem Monat), sofern dies mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist.

Insbesondere Dienstreisen mit erheblich längerer Anfahrt oder Übernachtung.

- 3 - 5 wöchige Zuweisung des Arbeitsortes in Japan;

BAG vom 18.02.1986, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972.

- Croupier wird von Berlin nach Köln entsandt, um dort auf einer Messe der Busunternehmer das Spiel am Roulette zu demonstrieren.

BAG vom 01.08.1989, AP Nr. 17 zu § 95 BetrVG 1972.

- Kurzfristige Abordnung in die neuen Bundesländer.

LAG Köln vom 14.11.1991, AiB 1992, 232.

(Funktionale) Versetzung z.B. bei

Änderungen der materiellen Arbeitsbedingungen, sofern sich gleichzeitig der Arbeitsbereich ändert (also der Inhalt der Arbeitsaufgabe wird ein anderer, so daß sich das Gesamtbild der Tätigkeit erheblich ändert.

- Übertragung anderer/weiterer Aufgaben;
- Entzug von bisher wahrgenommenen Aufgaben (bei einzelnen Tätigkeiten: muß wesentliche Änderung sein);

BAG vom 02.04.1996, NZA 1997, 112 = DB 1996, 1880 = BB 1996, 1940,

wonach es - je nach den Umständen des Falles - als mitbestimmungspflichtige Versetzung zu bewerten sein kann, wenn einem Autoverkäufer, der bisher als sog. Gebietsverkäufer und zugleich mit einem zeitlichen Anteil von ca 25 % als Ladenverkäufer eingesetzt war, der Ladendienst entzogen wird.

Bestätigt durch BAG vom 12.09.1996, NZA 1997, 381.

- Zuweisung eines dreiachsigen LKW anstelle eines vierachsigen Sattelschleppers;

BAG vom 26.05.1988, AP Nr. 13 zu § 95 BetrVG 1972.

- Einsatz von Arbeitnehmern in anderen Abteilungen/Verkaufsbereichen, sofern sich die Verkaufstätigkeiten unterschiedlich gestalten in Bezug auf Qualifikation, Beratungsintensität und Provision.

BAG vom 06.12.1994, NZA 1995, 488.

Keine Versetzung:

- Bloßer Wechsel des Vorgesetzten;
- Zuteilung des Betriebsteils zu einer anderen Leitungsstelle im Unternehmen;
- Verlegung einer gesamten Betriebsabteilung in andere Räume an demselben Ort;
- Zuweisungen eines anderen Arbeitsbereichs, der hinsichtlich Arbeitsplatz, -verrichtung und -umgebung keine erheblichen Änderungen aufweist;
 - Arbeit an anderer, völlig gleicher Maschine.
 - Reparaturschlosser wird mit Betreuung einer anderen Maschine beauftragt.
 - Schreibkraft soll nicht mehr mit Kugelkopfmachine, sondern mit Schreibautomaten arbeiten.
- Kurzfristige Änderungen bis zu 1 Monat (z.B. Krankheits- und Urlaubsvertretungen).

Problem: Versetzung eines Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb desselben Unternehmens

BAG: Zu beteiligen ist * der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebes (wegen Einstellung)

*** der Betriebsrat des abgebenden Betriebes (aber nur, wenn der Arbeitnehmer mit Versetzung nicht einverstanden ist)**

Der Gesamtbetriebsrat ist niemals zuständig (selbst bei "Personalrochaden")

BAG vom 26.01.1993, NZA 1993, 714.

Bei sog. gespaltener Arbeitgeberstellung ist für die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG bei der Versetzung der Betriebsrat desjenigen "Arbeitgebers" zuständig, der den neuen Arbeitsbereich zuweist.

BAG vom 02.11.1993, AP Nr. 32 zu § 95 BetrVG 1972.

Sofern bei Arbeitnehmern die Tätigkeit häufig mit einer erheblichen Änderung der äußeren Umstände verbunden ist (z.B. bei angestellten Handelsvertretern oder Außendienstmonteuren), gilt § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG.

Diese Bestimmung besagt:

"Werden Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung."

Der Wechsel muß typisch für das Arbeitsverhältnis sein. (Bauarbeiter, Außendienstmonteure, -mitarbeiter, "Springer")

Für die Prüfung, ob Arbeitnehmer i.S. des § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsort beschäftigt werden, ist auf die Verhältnisse der Arbeitsverhältnisse des konkret betroffenen Arbeitnehmers abzustellen.

BAG vom 02.11.1993, AP Nr. 32 zu § 95 BetrVG 1972.

Wichtig:

Die arbeitsvertragliche Verpflichtung über die Zulässigkeit einer auswärtigen Beschäftigung bei Arbeitnehmern, bei denen der ständige Wechsel des Arbeitsortes nicht zur besonderen Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses gehört (z.B. bei Filialleitern, Lohnbuchhaltern, Drehern) schließt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Versetzungen nicht aus.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 99 Rdnr. 29.

3. Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber, Einholung der Zustimmung

Gesetzliche Grundlage: § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten.

Die Unterrichtung muß - damit sich der Betriebsrat sachgemäß zu der geplanten Maßnahme äußern kann - umfassend und rechtzeitig sein. [Von Bedeutung für die Äußerungsfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG]

"Umfassend" = die Informationspflicht des Arbeitgebers entspricht grundsätzlich seinem eigenen Informationsstand (es dürfen keine Informationen zurückgehalten werden)

"Rechtzeitig" = der Betriebsrat muß vor Durchführung der geplanten Maßnahme noch genug Zeit haben, sich zu äußern (in jedem Fall: 1-Wochen-Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG)

Im Rahmen der Unterrichtung hat der Arbeitgeber

- dem Betriebsrat die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen,
- dem Betriebsrat Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben,
- dem Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben,
- die Zustimmung des BR zu der geplanten Maßnahme einzuholen.

Bei Einstellungen und Versetzungen hat der Arbeitgeber insbesondere den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene Eingruppierung mitzuteilen (§ 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG).

Einzelfragen:

Da für Unterrichtung keine Formvorschriften bestehen, kann sie auch mündlich erfolgen.

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Auskunft über die Bewerber und die Vorlage der Bewerbungsunterlagen erstreckt sich auch auf diejenigen Bewerber, die der Arbeitgeber nicht berücksichtigen will.

Beauftragt der Arbeitgeber ein Personalunternehmen mit der Bewerberauswahl, so muß er den Betriebsrat allerdings nur über die vorgeschlagenen Bewerber informieren.

Die Bewerbungsunterlagen sind dem Betriebsrat bis zur Beschlussfassung längstens für eine Woche auszuhändigen.

Findet ein Vorstellungsgespräch statt, so ist die Hinzuziehung des Betriebsrats zwar zweckmäßig, damit der Betriebsrat prüfen kann, ob etwa eine der Voraussetzungen von § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt.

Aus § 99 Abs. 1 BetrVG ergibt sich jedoch kein Recht des Betriebsrats, an den Einstellungsgesprächen des Arbeitgebers mit dem Stellenbewerber teilzunehmen.

BAG vom 18.07.1978, AP Nr. 7 zu § 99 BetrVG 1972.

Der Betriebsrat hat auch keinen Anspruch auf

- Vorlage des Arbeitsvertrages,

BAG vom 18.10.1988, AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972.

- Einsicht in die Personalakten als solche,

BAG vom 18.10.1988, AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972.

- Mitteilung der Höhe des mit dem Arbeitnehmer vereinbarten Entgelts, da der Betriebsrat die Zustimmung zu der Einstellung nicht mit der Begründung verweigern kann, der Inhalt des Arbeitsvertrages verstoße gegen ein Gesetz oder einen Tarifvertrag.

BAG vom 03.10.1989, AP Nr. 74 zu § 99 BetrVG 1972.

In jedem Fall ist die Auswahl unter den Bewerbern Sache des Arbeitgebers.

BAG vom 18.07.1978, AP Nr. 7 zu § 99 BetrVG 1972.

- Bei der Einstellung von Leih-Arbeitnehmern beschränkt sich die Unterrichtung auf Anzahl, Qualifikation, Einstellungstermin, Einsatzdauer und Auswirkungen der Einstellung auf die Stammebelegschaft.
- Der Betriebsrat (des Entleiherbetriebs) kann die Vorlage der Arbeitnehmer-Überlassungsverträge (§ 12 AÜG) - nicht aber die Arbeitsverträge der Leiharbeiter mit dem Verleiher nach § 11 AÜG - verlangen.
- Der Entleiher hat dem Betriebsrat auch die schriftliche Erklärung des Verleihers über die Erlaubnis nach § 1 AÜG vorzulegen und ihm unverzüglich Mitteilung zu machen, falls die Erlaubnis entfällt (§ 14 Abs. 3 Satz 2 und 3 AÜG).

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 99 Rdnr. 35 a m.w. Nachw.

Wichtig:

Die Mitglieder des Betriebsrats trifft nach § 99 Abs. 1 Satz 3 BetrVG eine besondere Schweigepflicht.

4. Gründe für die Verweigerung der Zustimmung (§ 99 Abs. 2 BetrVG)

Jede personelle Maßnahme bedarf nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.

Der Betriebsrat darf die Zustimmung jedoch nur aus bestimmten Gründen verweigern (aufgeführt im Katalog des § 99 Abs. 2 BetrVG).

a) Verstoß der Maßnahme gegen Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung u.a.
(Nr. 1)

Nr. 1 Die Zustimmung kann zunächst verweigert werden, wenn die Einstellung gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung oder gegen eine gerichtliche Entscheidung oder eine behördliche Anordnung verstoßen würde. Entscheidend ist, daß die Beschäftigung als solche gegen eine dieser Vorschriften verstößt.

Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu der vom Arbeitgeber beabsichtigten Einstellung eines Arbeitnehmers wegen Verstoßes gegen eine Norm i.S. des § 99 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nur dann verweigern, wenn nach dem Zweck der verletzten Norm die Einstellung ganz unterbleiben muß. Hingegen ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kein Instrument einer umfassenden Vertragsinhaltskontrolle.

BAG vom 28.06.1994, DB 1995, 326.

Verstöße gegen ein Gesetz (wichtigster Widerspruchsgrund)

- Verbot der Beschäftigung von Frauen überhaupt, während des Mutterschaftsurlaubs oder mit bestimmten Arbeiten (§§ 3, 4, 6, 8 b, 21 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG);
- Verbot der Beschäftigung von Jugendlichen (§§ 22 ff. JArbSchG);
- Arbeitnehmerüberlassung für länger als 9 aufeinanderfolgende Monate (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG);
- Keine Arbeitserlaubnis nach § 19 AFG;
- Keine Besetzung eines freien Arbeitsplatzes mit Schwerbehinderten entgegen § 14 SchwbG, sofern sich ein Schwerbehinderter bewirbt.

S. dazu BAG vom 10.11.1992, AP Nr. 100 zu § 99 BetrVG 1972: Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Einstellung eines Bewerbers nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG mit der Begründung verweigern, der Arbeitgeber habe seine Pflichten aus § 14 Abs. 1 SchwbG verletzt, wenn dieser das Arbeitsamt und die Schwerbehindertenvertretung von bestimmten freigewordenen Arbeitsplätzen unterrichtet, Bewerbungen Schwerbehinderter auf diese Arbeitsplätze nicht eingehen, statt dessen sich Schwerbehinderte um andere Arbeitsplätze bewerben und hierauf der Arbeitgeber den einzigen - nicht behinderten - Arbeitnehmer einstellt.

Nach Ansicht des BAG kann der Betriebsrat auch der beabsichtigten Versetzung eines Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz als Datenschutzbeauftragter die Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern mit der Begründung, der Arbeitnehmer besitze nicht die von § 36 Abs. 2 BDSG geforderte Fachkunde und Zuverlässigkeit (z.B. wenn der Arbeitnehmer neben seiner Aufgabe als Datenschutzbeauftragter Tätigkeiten ausübe, die mit seiner Kontrollfunktion unvereinbar seien,

weil sie den Arbeitnehmer in einen Interessenkonflikt geraten ließen). Unerheblich für die Kontrollrechte des Betriebsrats sei es, ob schon die Übertragung der Funktion des Datenschutzbeauftragten selbst oder erst die spätere Übertragung anderer Aufgaben zu der nach § 36 Abs. 2 BDSG unzulässigen Kombination unvereinbarer Tätigkeiten führe.

BAG vom 22.03.1994, DB 1994, 1678 (mit ablehnender Anm. von Ehrich). S. dazu auch Ehrich, Amt, Anstellung und Mitbestimmung bei betrieblichen Beauftragten, 1993, S. 255 ff.; Ehrich, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, DB 1991, 1981 (1983).

Dagegen berechtigt eine vertraglich vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlich rechtfertigenden Grund bzw. bei Zweifeln über die Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen nach § 1 BeschFG den Betriebsrat nicht zur Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Denn in dem Fall verstößt nicht die Einstellung als solche gegen ein Gesetz, sondern lediglich die Befristungsabrede.

Zuletzt BAG vom 28.06.1994, DB 1995, 326: Läßt eine tarifliche Regelung befristete Arbeitsverträge nur bei Vorliegen eines sachlichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grundes zu, so handelt es sich dabei in der Regel nicht um eine Norm, deren Verletzung eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründen könnte.

Die fehlende oder nicht ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG stellt nach ständiger Rechtsprechung des BAG keinen Verstoß gegen § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar. Der Betriebsrat ist also nicht berechtigt, die Zustimmung allein wegen mangelnder Unterrichtung zu verweigern. Allerdings läuft ohne die gesetzlich vorgeschriebene Unterrichtung nicht die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG. Der Betriebsrat muß auf die ihm bekannten Mängel der Unterrichtung hinweisen. Ergänzt der Arbeitgeber seine Unterrichtung, setzt er damit eine neue Wochenfrist in Lauf.

BAG vom 18.01.1986, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 14.11.1989, AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 10.08.1993, NZA 1994, 187.

Wichtig:

Das mögliche Erfordernis einer Änderungskündigung führt nicht dazu, daß bis zur endgültigen Entscheidung über die Wirksamkeit einer solchen Kündigung dem Betriebsrat (im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens hinsichtlich der Versetzung) ein Zustimmungsverweigerungsgrund i.S. von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zusteht. Das kollektivrechtliche Mitbestimmungsverfahren und das Verfahren zur individualrechtlichen Durchsetzung der beabsichtigten Maßnahme stehen nebeneinander.

BAG vom 10.08.1993, NZA 1994, 187.

Verstöße gegen einen Tarifvertrag (auch wenn nur kraft vertraglicher Bezugnahme anwendbar)

Von Bedeutung insbesondere bei Eingruppierungen oder Umgruppierungen, aber auch bei Einstellungen, sofern ein Tarifvertrag Abschlussgebote oder -verbote enthält

Tarifliches Abschlußgebot: Bestimmung, wonach bestimmte Arbeitsplätze gewissen Arten von Arbeitnehmern vorbehalten bleiben sollen. Tarifliches Abschlußverbot: Ausschluß von Frauen, Jugendlichen oder ungelernten Arbeitnehmern an bestimmten Arbeitsplätzen.

Zustimmungsverweigerung bei Einstellung zu untertariflichen Bedingungen

Stellt ein Arbeitgeber nach der Kündigung des maßgebenden Tarifvertrages im Nachwirkungszeitraum des § 4 Abs. 5 TVG einen Arbeitnehmer zu untertariflichen Bedingungen ein, so kann der Betriebsrat dieser Einstellung nicht unter Berufung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 3 BetrVG die Zustimmung verweigern.

BAG vom 09.07.1996, NZA 1997, 447 = DB 1996, 2551 = BB 1996, 2570.
Siehe dazu aber auch LAG Berlin vom 18.06.1996, NZA 1997, 736:

Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu einer Eingruppierung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auch mit der Begründung verweigern, daß der Arbeitgeber den falschen Tarifvertrag anwendet. Dies gilt nicht nur bei Tarifpluralität, sondern auch bei der Frage, inwieweit aufgrund einer tariflichen Öffnungsklausel ein speziellerer Tarifvertrag zur Anwendung kommt.

Verstöße gegen eine Betriebsvereinbarung

- vorbehaltlich des Vorranges eines Tarifvertrages (§ 77 Abs. 3 Satz 1, § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG) - Z.B. Wiedereinstellungsanspruch in einem Sozialplan

Verstöße gegen eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung

Eine personelle Maßnahme, insbesondere eine Einstellung entgegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung liegt vor, wenn die Beschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers im Betrieb oder an einem bestimmten Arbeitsplatz verboten ist.

Z.B.

- Fälle der §§ 100 Abs. 3, 101, 104 BetrVG;
- Gerichtliches Berufsverbot nach § 70 StGB (für Arzt, der als Betriebsarzt eingestellt werden soll);
- Fahrverbot nach § 44 StGB für Kraftfahrer.

Verstöße gegen eine behördliche Anordnung (selten)

Z.B. bei

- Einstellung eines Ausbilders, dem aufgrund behördlicher Anordnung das Ausbilden mangels persönlicher oder fachlicher Eignung untersagt wurde (§§ 22, 24 BBiG; §§ 23, 24 HandwO);
- Verbot der Beschäftigung von Jugendlichen (§ 27 JArbSchG).

b) Verstoß der Maßnahme gegen eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG (Nr. 2)

Der Widerspruchsgrund der Nr. 2 gilt unabhängig davon, ob der Betriebsrat die Aufstellung der Richtlinien verlangen konnte (§ 95 Abs. 2 BetrVG) oder ob sie nur bei freiwilliger Einführung in ihrer Ausgestaltung dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterlagen (§ 95 Abs. 1 BetrVG).

Wichtig: Die Richtlinien müssen wirksam sein.

Ein sog. Punktsystem bei Auswahlrichtlinien für Versetzungen ist zwar grundsätzlich zulässig. Beschließt die Einigungsstelle ein solches Punktsystem, muß dem Arbeitgeber ein Entscheidungsspielraum verbleiben. Dieser muß umso größer sein, desto weniger differenziert das Punktsystem ausgestaltet ist. Ein Einigungsstellen-spruch, der ohne nähere Differenzierung nach Art der Versetzung und der Arbeits-bereiche generell den Kriterien "erworbene Grundqualifikation" und "Dauer der bisherigen Tätigkeit" gegenüber Kriterien wie "aktuelle Leistungsbeurteilung" punktmäßig ein deutliches Übergewicht gibt, ohne dem Arbeitgeber eine ausreichende Möglichkeit zur Berücksichtigung persönlicher oder arbeitsplatz-spezifischer Besonderheiten einzuräumen, ist ermessensfehlerhaft.

BAG vom 27.10.1992, NZA 1993, 607.

c) Benachteiligung anderer Arbeitnehmer (Nr. 3)

Nr. 3 Der Betriebsrat kann die Zustimmung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne daß dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist.

"Sonstige Nachteile" = Verlust einer Rechtsposition oder einer rechtlich gesicherten Anwartschaft. Auch: Tatsächliche, nicht unerhebliche Erschwerung der Arbeit.

Kein "Nachteil": = Nichterhalten eines Vorteils (z.B. Verlust einer bloßen Beförderungschance)

BAG vom 18.07.1978, AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972.

Zustimmungsverweigerung bei Versetzung wegen fehlerhafter Sozialauswahl

1. Fallen die Arbeitsplätze mehrerer vergleichbarer Arbeitnehmer weg und stehen nur für einen Teil dieser Arbeitnehmer andere Beschäftigungsmöglichkeiten zur Verfügung, so daß eine Sozialauswahl vorzunehmen ist (§ 1 Abs. 3 KSchG), begründet die Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen der freien Arbeitsplätze i.S. des § 99 Abs. 2 Satz 3 BetrVG die Besorgnis, daß einem anderen Arbeitnehmer infolge dieser Maßnahme gekündigt wird. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu dieser Versetzung mit der Begründung verweigern, der Arbeitgeber habe soziale Auswahlkriterien nicht berücksichtigt.

2. Eine solche Fallgestaltung kommt auch dann in Betracht, wenn durch Umorganisation nur ein Teil der Arbeitsplätze wegfällt, gleichzeitig aber neue Beförderungstellen geschaffen werden, auf denen überwiegend die gleichen Tätigkeiten verrichtet werden müssen. Voraussetzung ist allerdings, daß die bisherigen Arbeitsplatzinhaber hierfür persönlich und fachlich geeignet sind (Anschluß an BAG, NZA 1995, 566 = AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

BAG vom 30.08.1995, NZA 1996, 496 = DB 1996, 1140 = BB 1996, 797.

Selbst wenn ein "Nachteil" vorliegt, greift der Widerspruchsgrund der Nr. 3 nicht durch, wenn die Maßnahme durch betriebliche oder persönliche Gründe gerechtfertigt ist.

Z.B.

- Die Notwendigkeit, einen besonders qualifizierten Arbeitnehmer (auch gegen höhere Vergütung) zu gewinnen;
- Ungeeignetheit des bisherigen Stelleninhabers.

Die Darlegungslast hierfür trägt der Arbeitgeber.

Wenn dem Arbeitnehmer aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen gekündigt wurde und dieser Kündigungsschutzklage erhebt, kann der Betriebsrat der Einstellung eines "Nachfolgers" nicht mit der Begründung widersprechen, die Einstellung benachteilige den bisherigen Arbeitnehmer. Denn die Benachteiligung ist keine "Folge" der Einstellung. Vielmehr ist - genau umgekehrt - die Einstellung "Folge" der Kündigung.

Ausführlich dazu Ehrich, Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei Neubesetzung der Stelle eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers, BB 1992, 1483.

Der Betriebsrat kann immer nur erreichen, daß die Benachteiligung unterbleibt. Ein positiver Anspruch des Betriebsrats auf Einstellung oder Versetzung eines bestimmten (vom Arbeitgeber abgelehnten) Bewerbers besteht nicht. Denn die Auswahl unter Bewerbern ist Sache des Arbeitgebers.

- d) Benachteiligung des betreffenden Arbeitnehmers (Nr. 4) (von Bedeutung insbesondere bei Versetzungen)

"Nachteile" = * Verschlechterungen der äußeren Arbeitsbedingungen (z.B. Schmutz, Lärm, längere Wege, Zuweisung von Arbeiten unter Streßbedingungen);

*** Verschlechterung der materiellen Arbeitsbedingungen.**

Auch bei Neueinstellungen von Arbeitnehmern können Benachteiligungen vorkommen, insbesondere wenn für sie ohne sachlichen Grund schlechtere Arbeitsbedingungen gelten sollen als für vergleichbare Arbeitnehmer des Betriebs.

Wichtig:

Das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Maßnahme schließt den Widerspruchsgund der Nr. 4 nicht aus.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 99 Rdnr. 55.

Zustimmungsverweigerung bei Versetzung wegen fehlerhafter Sozialauswahl

1. Fallen mehrere vergleichbare Arbeitsplätze weg und stehen lediglich für einen Teil der betroffenen Arbeitnehmer andere gleichwertige Arbeitsplätze zur Verfügung, so kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen niedriger einzustufenden Arbeitsplatz gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG mit der Begründung verweigern, der Arbeitgeber habe soziale Auswahlkriterien nicht beachtet (Anschluß an Senat, NZA 1996, 496 = AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung).

2. Entspricht die Versetzung dem Wunsch des betreffenden Arbeitnehmers, so kann der Betriebsrat die Zustimmung nicht wegen ungerechtfertigter Benachteiligung des Arbeitnehmers verweigern. Allein der Verzicht auf die Erhebung einer Klage gegen eine entsprechende Änderungskündigung genügt jedoch nicht, um auf einen solchen Wunsch schließen zu lassen.

BAG vom 02.04.1996, NZA 1997, 219 = DB 1997, 181 = BB 1997, 97.

e) Fehlende Ausschreibung im Betrieb nach § 93 BetrVG (Nr. 5)

Mit der fehlenden Ausschreibung ist gleichbedeutend, wenn der Arbeitgeber entgegen bestehenden Ausschreibungsgrundsätzen verfahren hat.

Etwa wenn der Arbeitgeber eine frei gewordene Stelle zwar innerbetrieblich ausschreibt, aber zugleich in einer Zeitungsannonce geringere Anforderungen für die Bewerber nennt.

BAG vom 23.02.1988, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972.

Allerdings darf der Arbeitgeber auch nach Ablauf der Ausschreibungsfrist eingegangene Bewerbungen berücksichtigen.

BAG vom 18.11.1980, AP Nr. 1 zu § 93 BetrVG 1972.

Ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats besteht ebenfalls dann nicht, wenn der Betriebsrat erst im konkreten Fall nachträglich die Ausschreibung verlangt.

f) Störung des Betriebsfriedens (Nr. 6)

Nr. 6 Der Betriebsrat kann schließlich die Zustimmung zu der personellen Maßnahme verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß der in Aussicht genommene Bewerber oder Arbeitnehmer den Betriebsfrieden durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze (Recht und Billigkeit, Gleichbehandlung) stören würde.

Die "Besorgnis" kann nur auf konkrete Tatsachen gestützt werden (bloße Vermutungen reichen nicht aus).

Z.B.

- Diebstahl an Kollegen,
- Beleidigungen,
- tätliche Auseinandersetzungen am Arbeitsplatz,
- unsittliche Handlungen gegenüber Arbeitnehmerinnen.

Die Gründe von § 99 Abs. 2 BetrVG sind abschließend. Der Betriebsrat kann die Zustimmung also nicht aus Gründen verweigern, die nicht in § 99 Abs. 2 BetrVG enthalten sind.

5. Verfahren bei Verweigerung der Zustimmung (§ 99 Abs. 3 BetrVG)

§ 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG:

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so hat er dies unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen.

§ 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG:

Teilt der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung seiner Zustimmung nicht innerhalb der Frist schriftlich mit, so gilt die Zustimmung als erteilt.

§ 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG fingiert die Zustimmung des Betriebsrats.

Wenn der Betriebsrat die Zustimmung verweigern will, ist die Wahrung des formal richtigen Verhaltens i.S. von § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ganz besonders wichtig.

Ob der Betriebsrat die Zustimmung verweigern will, hat er gemäß § 33 BetrVG nach pflichtgemäßem Ermessen zu beschließen.

Eine einmal erklärte ausdrückliche Zustimmung kann vom Betriebsrat nachträglich nicht mehr beseitigt werden.

Die Zustimmung bedarf - anders als die Zustimmungsverweigerung - nicht der Schriftform.

Bei der Zustimmungsverweigerung sind folgende Punkte unbedingt zu beachten:

(1) Die Verweigerung der Zustimmung muß stets schriftlich erfolgen (mündlich reicht nicht aus).

(2) Die Verweigerung der Zustimmung muß innerhalb einer Woche (= Ausschlußfrist!) nach vollständiger Unterrichtung durch den Arbeitgeber erfolgen. [Wegen der Fristberechnung siehe §§ 187, 188, 193 BGB]

Wenn z.B. die Unterrichtung durch den Arbeitgeber am Mittwoch, dem 6.8. erfolgt, muß der Betriebsrat vor Ablauf des folgenden Mittwochs (13. 8.) seine Verweigerung schriftlich geltend machen.

Die Wochenfrist kann durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (oder durch Tarifvertrag) verlängert werden. Nach Ablauf der Ausschlußfrist ist eine Verlängerung aber nicht möglich.

BAG vom 17.05.1983, AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 22.10.1985, AP Nr. 23 zu § 99 BetrVG 1972.

Solange der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht oder nicht vollständig nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichtet hat, beginnt die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht zu laufen.

BAG vom 28.01.1986, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 14.11.1989, AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG 1972.

(3) Die Verweigerung der Zustimmung bedarf schließlich der Angabe von Gründen.

Die fehlende oder unzureichende Begründung führt dazu, daß die Zustimmung nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG fingiert wird.

Problem: Welchen Mindestanforderungen muß die Begründung genügen?

Maßgebend sind folgende Grundsätze:

- Die bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts der Nr. 1 - 6 von § 99 Abs. 2 BetrVG reicht nicht aus.
- Keine Voraussetzung für die Begründung ist aber, daß die vom Betriebsrat vorgebrachten Gründe die Zustimmungsverweigerung in der Sache rechtfertigen.

Dies ist Gegenstand der arbeitsgerichtlichen Prüfung im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG. Anderenfalls hätte AG ein materielles Prüfungsrecht, das ihm nach § 99 BetrVG nicht zusteht.

- Gefestigte Rechtsprechung des BAG:
Eine Verweigerung der Zustimmung ist schon dann ausreichend begründet, wenn die Begründung es als möglich erscheinen läßt, daß einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe geltend gemacht wird.

Eine Begründung ist nur dann unbeachtlich, wenn sie offensichtlich auf keinen der Versagungsgründe des Gesetzes Bezug nimmt.

BAG vom 26.01.1988, AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 18.10.1988, AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972.

Zusammenfassend sind folgende Kriterien bei der Ordnungsgemäßheit eines Widerspruchs des Betriebsrats gegen eine personelle Einzelmaßnahme zu beachten:

1. Schriftform
2. Einhaltung der 1-Wochen-Frist
3. Angabe von Gründen (= konkrete Tatsachen)

6. Antrag auf Ersetzung der Zustimmung (§ 99 Abs. 4 BetrVG)

Hat der Betriebsrat (fristgemäß, schriftlich und unter Angabe von Gründen, die sich auf den Katalog des § 99 Abs. 2 BetrVG beziehen) die Zustimmung verweigert, so kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen, wenn er die personelle Maßnahme trotz der Verweigerung der Zustimmung vornehmen will (§ 99 Abs. 4 BetrVG).

Der Antrag auf Zustimmungsersetzung ist an keine Frist gebunden.

Bis zum Abschluß des Verfahrens darf der Arbeitgeber die Maßnahme zunächst nicht durchführen (es sei denn er geht nach § 100 BetrVG vor).

Nach der Rechtsprechung des BAG kann der Betriebsrat im Beschlußverfahren keine weiteren Gründe für die Zustimmungsverweigerung nachschieben.

BAG vom 03.07.1984, AP Nr. 20 zu § 99 BetrVG 1972;
BAG vom 15.04.1986, AP Nr. 36 zu § 99 BetrVG 1972;

a.A. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 99 Rdnr. 70.

Soweit im Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG hinsichtlich der Eingruppierung eine bestimmte Entgeltgruppe als zutreffend ermittelt oder als unzutreffend ausgeschlossen wurde, kann der Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch unmittelbar auf die gerichtliche Entscheidung stützen. Insoweit ist sein Anspruch nicht von einer weiteren Prüfung der tariflichen Eingruppierungsvoraussetzungen abhängig.

BAG vom 03.05.1994, NZA 1995, 484 = DB 1995, 228.

Allerdings ist der Arbeitnehmer nicht gehindert, gegenüber dem Arbeitgeber eine günstigere als die im Beschlußverfahren angenommene Eingruppierung geltend zu machen.

BAG vom 03.05.1994, NZA 1995, 484 = DB 1995, 228.

7. Vorläufige Maßnahmen (§ 100 BetrVG)

Der Arbeitgeber kann, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, die personelle Maßnahme vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er seine Zustimmung verweigert hat (§ 100 Abs. 1 Satz 1 BetrVG).

Die "Dringlichkeit" muß auf vom Arbeitgeber nicht rechtzeitig vorhersehbaren Umständen beruhen, d.h. der Arbeitgeber darf sich nicht selbst bewußt in "Zugzwang" gesetzt haben.

BAG vom 08.05.1990, AP Nr. 46 zu § 118 BetrVG 1972.

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern) von der vorläufigen Maßnahme mündlich oder schriftlich zu unterrichten (§ 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG)

Vorgehensweise des Betriebsrats:

- Schweigt der Betriebsrat, so gilt die Maßnahme als vorläufige Maßnahme als gebilligt.
- Ist der Betriebsrat mit der vorläufigen Durchführung der Maßnahme nicht einverstanden, so muß er dem Arbeitgeber unverzüglich (zweckmäßigerweise schriftlich) mitteilen, daß er die dringende Erforderlichkeit der Maßnahme aus sachlichen Gründen bestreitet (§ 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

Im letzteren Fall darf der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrecht erhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, daß die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist (§ 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG).

Lehnt das Gericht durch rechtskräftige Entscheidung die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ab oder stellt es rechtskräftig fest, dass offensichtlich die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war, so endet die vorläufige personelle Maßnahme mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung. Von diesem Zeitpunkt an darf die personelle Maßnahme nicht aufrechterhalten werden.

8. Verletzung der Beteiligungsrechte durch den Arbeitgeber (§ 101 BetrVG)

Folgende Verletzungen sind denkbar:

- Durchführung der personellen Maßnahme entgegen § 99 Abs. 1 BetrVG ohne (erteilte bzw. fingierte) Zustimmung des Betriebsrats;
- Aufrechterhaltung einer vorläufigen personellen Maßnahme, ohne den Betriebsrat überhaupt oder unverzüglich zu unterrichten oder zwar nach unverzüglicher Unterrichtung des Betriebsrats (§ 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG), jedoch ohne innerhalb von drei Tagen nach ablehnender Äußerung des Be-

etriebsrats (Bestreiten der Dringlichkeit) das Arbeitsgericht angerufen zu haben (vgl. § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG);

- Faktische Weiterbeschäftigung des Bewerbers noch länger als zwei Wochen nach rechtskräftiger (ablehnender) Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Ersetzung der Zustimmung oder die Dringlichkeit der Maßnahme oder nach Rücknahme des Zustimmungsersetzungsantrags (§ 99 Abs. 4 BetrVG).

In diesen Fällen kann der Betriebsrat - nach ordnungsgemäßer Beschlußfassung (§ 33 BetrVG) - beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber die tatsächliche Aufhebung einer personellen Maßnahme i.S. des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG aufzugeben (§ 101 Satz 1 BetrVG).

- Bei der Einstellung wird der Arbeitgeber durch diese Entscheidung verpflichtet, die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb zu beenden, auch wenn er aufgrund des Arbeitsvertrags zur Fortzahlung des Lohnes verpflichtet bleibt.
- Bei der Versetzung ist der Arbeitnehmer auf seinem bisherigen (alten) Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen.

Bei der Versetzung durch Änderungskündigung gelten folgende Grundsätze:

1. Will der Arbeitgeber mit einer fristgerechten Änderungskündigung eine Versetzung des Arbeitnehmers i.S.v. § 95 Abs. 3 BetrVG bewirken, so ist die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG Wirksamkeitsvoraussetzung nur für die tatsächliche Zuweisung des neuen Arbeitsbereichs nach Ablauf der Kündigungsfrist.
2. Ist die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nicht erteilt oder ersetzt, so führt dies nicht zur - schwebenden - Unwirksamkeit der Änderungskündigung
3. Der Arbeitgeber kann nur die geänderten Vertragsbedingungen nicht durchsetzen, solange das Verfahren nach § 99 BetrVG nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist; der Arbeitnehmer ist dann in dem alten Arbeitsbereich weiterzubeschäftigen, der ihm nicht wirksam entzogen worden ist.

BAG vom 30.09.1993, NZA 1994, 615.

Problem: Eingruppierungen und Umgruppierungen (keine gestaltenden Maßnahmen wie Einstellungen oder Versetzungen)

Eine erforderliche Eingruppierung oder Umgruppierung wird vom Arbeitgeber - unter Berufung auf die "Kann-Vorschrift" des § 99 Abs. 4 BetrVG - schlicht unterlassen oder nach erfolglosem Zustimmungsersetzungsverfahren nicht erneut vorgenommen.

BAG:

Der Betriebsrat kann zwar nicht die "Aufhebung" einer unzutreffenden Eingruppierung verlangen, da diese keine nach außen wirksame Maßnahme des Arbeitgebers ist, sondern nur ein Akt der Rechtsanwendung.

Der Betriebsrat kann aber nach § 101 BetrVG im arbeitsgerichtlichen Verfahren beantragen, daß dem (im Zustimmungsersetzungsverfahren erfolglos gebliebenen) Arbeitgeber aufgegeben wird, ein (erneutes) Beteiligungsverfahren einzuleiten, das die Eingruppierung in eine (andere) Vergütungsgruppe vorsieht.

BAG vom 09.02.1993, DB 1993, 1294;
BAG vom 23.11.1993, DB 1994, 1575;
BAG vom 03.05.1994, DB 1995, 228.

Wichtig:

Im Verfahren nach § 101 BetrVG kann der Arbeitgeber nicht geltend machen, der Betriebsrat habe keinen Grund zur Zustimmungsverweigerung gehabt. Er kann in diesem Verfahren auch nicht nachträglich die Ersetzung der Zustimmung beantragen.

BAG vom 21.11.1978, AP Nr. 3 zu § 101 BetrVG.

Hebt der Arbeitgeber entgegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung die personelle Maßnahme nicht auf, so ist er auf Antrag des Betriebsrats vom Arbeitsgericht durch Zwangsgeld dazu anzuhalten.

Das Zwangsgeld kann für jeden Tag der Zuwiderhandlung gegen den vorhergenannten Beschluß bis zu 500,- DM betragen.

(§ 101 Satz 2 und 3 BetrVG)

Außerdem kommen u.U. ein sog. allgemeiner Unterlassungsanspruch sowie - bei groben Verstößen des Arbeitgebers - ein Antrag nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht.

Zum sog. allgemeinen Unterlassungsanspruch im Rahmen der §§ 99 ff. BetrVG siehe unlängst BAG vom 06.12.1994, NZA 1995, 488: Ein Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Versetzungen ist jedenfalls dann insgesamt unbegründet, wenn er so global gefasst ist, daß er Fallgestaltungen umfaßt, in denen der Arbeitgeber nach § 100 Abs. 1 BetrVG Personalmaßnahmen vorläufig ohne Zustimmung des Betriebsrats durchführen kann.

II. Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen (§§ 102 - 103 BetrVG)

1. Anhörungsrecht bei Kündigungen nach § 102 BetrVG

§ 102 Abs. 1 BetrVG:

Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Wichtig:

Die Sanktion der Unwirksamkeit gilt auch bei nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats.

BAG vom 22.09.1994, NZA 1995, 363 = DB 1995, 477;
BAG vom 15.12.1994, NZA 1995, 521 = DB 1995, 979;
BAG vom 26.01.1995, NZA 1995, 672 = DB 1995, 1134;
BAG vom 15.11.1995, NZA 1996, 419 = DB 1996, 836;
BAG vom 24.10.1996, NZA 1997, 373 = DB 1997, 630;
BAG vom 29.01.1997, NZA 1997, 813 = DB 1997, 1411;
BAG vom 06.02.1997, NZA 1997, 656 = DB 1997, 1284.

Allerdings ist der Betriebsrat bereits immer dann ordnungsgemäß angehört worden, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände für die Kündigung unterbreitet hat (sog. "subjektive Determination").

BAG vom 11.07.1991, AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972;
BAG vom 22.09.1994, NZA 1995, 363 = DB 1995, 477;
BAG vom 29.01.1997, NZA 1997, 813 = DB 1997, 1411.

Um keine Frage dieser sog. subjektiven Determinierung der Kündigungsgründe handelt es sich aber, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat den Sachverhalt bewußt irreführend - auch durch Verschweigen wesentlicher Umstände - schildert. Der Arbeitgeber trägt auch die Beweisführungslast für die nicht bewußte Irreführung des Betriebsrats.

BAG vom 22.09.1994, NZA 1995, 363 = DB 1995, 477
BAG vom 09.03.1995, NZA 1995, 678.

a) Anwendungsbereich

Das Anhörungsrecht des § 102 Abs. 1 BetrVG bezieht sich auf alle arbeitgeberseitigen Kündigungen.

- Ordentliche, außerordentliche Kündigungen;
- Beendigungskündigung, Änderungskündigung;
- Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen;
- Kündigungen während der Probezeit (unerheblich ist, ob für den betreffenden Arbeitnehmer das KSchG anwendbar ist)
- Kündigungen eines Aushilfsarbeitsverhältnisses.

Unerheblich: Anzahl der Arbeitnehmer des Betriebs.

Keine Anwendung findet § 102 Abs. 1 BetrVG bei

- Abschluß eines Aufhebungsvertrags;
- Ablauf einer vereinbarten Befristung;
- Berufung auf Nichtigkeit des Arbeitsvertrages oder Anfechtung.

Bei der Kündigung von leitenden Angestellten i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG besteht nur eine Mitteilungspflicht nach § 105 BetrVG, jedoch kein Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG.

b) Anhörungsverfahren

Die Anhörung des Betriebsrats muß in jedem Fall erfolgen, bevor die Kündigung ausgesprochen wird.

Die nachträgliche Anhörung kann die Unwirksamkeit niemals beseitigen (selbst wenn der Betriebsrat später zustimmt)!

"Unterrichtung auf Vorrat": Unzulässig (Arbeitgeber muß sich zu konkreter Kündigung entschlossen haben)

Unerheblich ist jedoch, ob der Arbeitgeber schon vor Anhörung des Betriebsrats seinen Kündigungswillen abschließend gebildet hat.

Inhalt der Mitteilung:

- Person des zu kündigenden Arbeitnehmers,
- grundlegende soziale Daten des Arbeitnehmers
 - Dauer der Betriebszugehörigkeit;
 - Lebensalter;
 - Familienstand;
 - Zahl der Unterhaltsberechtigten;
 - Umstände, die besonderen Kündigungsschutz begründen (Schwangerschaft, Schwerbehinderteneigenschaft; Einberufung zum Wehr- oder Ersatzdienst)
- Art der Kündigung (ordentliche oder außerordentliche Kündigung)

Aber: Unrichtige Angabe des Kündigungstermins führt allein nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 102 Rdnr. 16 m.w. Nachw.

Siehe dazu auch BAG vom 24.10.1996, NZA 1997, 373 (374): "Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört es, daß der Betriebsrat das ungefähre Vertragsende und die zwischen Ausspruch der Kündigung und Entlassungstermin liegende Zeitdauer in etwa abschätzen kann. (...) Einer besonderen Mitteilung der Kündigungsfrist bzw. des Endtermins bedarf es jedoch nicht, wenn der Betriebsrat

über die tatsächlichen Umstände für die Berechnung der maßgeblichen Kündigungsfrist bzw. den Endtermin unterrichtet ist. (...) Eine genaue Mitteilung des Entlassungstermins an den Betriebsrat war hier nicht erforderlich, weil es in der Regel nicht sicher ist, zu welchem Zeitpunkt die Kündigung zugeht."

- Kündigungsgründe (§ 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) alle (nicht nur die wichtigsten) Gründe, die dem Arbeitgeber bekannt sind und auf die er die Kündigung stützen will. Werturteile oder schlagwortartige Angaben genügen nicht! Es sind konkrete Tatsachen anzugeben.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 102 Rdnr. 16 m.w. Nachw.

Insofern genügt es nicht, daß der Arbeitgeber die Kündigungsgründe nur pauschal, schlagwort- und stichwortartig vorträgt, vielmehr ist der für die Kündigung maßgebende Sachverhalt so zu umschreiben, daß der Betriebsrat ohne zusätzliche Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Dabei muß der Arbeitgeber jedoch nur die Umstände mitteilen, die aus seiner Sicht Grundlage des Kündigungsentschlusses sind.

So ausdrücklich

BAG vom 24.10.1996, NZA 1997, 373;
BAG vom 29.01.1997, NZA 1997, 813 (814);
BAG vom 06.02.1997, NZA 1997, 656 (657);
BAG vom 27.02.1997, NZA 1997, 761 (762).

Bedeutung:

- bei verhaltensbedingten Kündigungen
- Information über den konkreten Sachverhalt;

Siehe dazu LAG Köln vom 20.12.1993, NZA 1995, 128:

"Hat der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen, weil der Arbeitnehmer in einem längeren Schreiben, in dem er sich ausführlich über sein Verhältnis zu einem Vorgesetzten äußert, den Vorgesetzten als "notorischer Lügner" bezeichnet hat, so liegt eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nicht vor, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur die beleidigenden Äußerungen mitteilt, ihn aber nicht über den sonstigen Inhalt des Schreibens informiert."

- ob, wann, weswegen vorher Abmahnung;
- Umstände, die den Arbeitnehmer entlasten;

BAG vom 06.02.1997, NZA 1997, 656 = DB 1997, 1284 = BB 1997, 1311.

- im allgemeinen aber nicht die Vorlage von Beweismaterial.

So BAG vom 26.01.1995, NZA 1995, 672 = DB 1995, 1134 (im Streitfall: Detektivbericht, Fotomappe und Videofilm einer Detektei hinsichtlich Tätigkeiten eines Arbeitnehmers während bestehender Arbeitsunfähigkeit).

Siehe dazu auch BAG vom 27.02.1997, NZA 1997, 761:

"Kündigt der Arbeitgeber wegen wiederholten Zuspätkommens zur Arbeit, so kann er sich im Prozeß auf betriebstypische Störungen des Betriebsablaufs auch dann berufen, wenn er diese Störungen dem Betriebsrat bei dessen Anhörung nicht ausdrücklich mitgeteilt hatte, weil solche Verspätungsfolgen dem Betriebsrat im allgemeinen bekannt sind."

- bei krankheitsbedingten Kündigungen
 - Fehlzeiten (negative Zukunftsprognose);
 - Art der Erkrankung (falls bekannt);
 - wirtschaftliche Belastungen für den Betrieb.
- bei betriebsbedingten Kündigungen
 - Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit auf Grund dringenden betrieblichen Erfordernisses (innerbetriebliche/außerbetriebliche Umstände);
 - soziale Auswahl (Kriterien für Sozialauswahl).
- bei Änderungskündigungen
 - Mitteilung des Kündigungsgrundes (wie eben);
 - Mitteilung des Änderungsangebots;
 - Mitteilung, daß im Falle der Ablehnung des Änderungsangebots durch den Arbeitnehmer die Beendigungskündigung beabsichtigt ist (anderenfalls: keine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats!).

Soweit dem Betriebsrat die Personalien des betreffenden Arbeitnehmers und die Kündigungsgründe bereits bekannt sind, muß der Arbeitgeber den Betriebsrat hierüber nicht unterrichten.

Vgl. Etzel, in: Gemeinschaftskommentar zum KSchG, 4. Aufl. 1996, § 102 BetrVG Rdnr. 609 m.w. Nachw.

Zum Erfordernis der Mitteilung von Sozialdaten im Rahmen der Betriebsratsanhörung bei außerordentlicher Kündigung wegen der Annahme von Schmiergeldern im Millionenhöhe s.

BAG vom 15.11.1995, NZA 1996, 419 = DB 1996, 836:

Der 1937 geborene Kläger war seit 1978 bei der Beklagten beschäftigt. Zuletzt hatte er die Funktion eines Betriebsingenieurs und Gruppenleiters inne. Ihm oblag dabei die fachliche Betreuung des Maschinen und Apparateparks der Beklagten. Bis zu einem Auftragswert von 3.000,- DM war der Kläger allein zeichnungsberechtigt. Sein Dienstvorgesetzter war der Mitarbeiter B. Für die Ausübung von Nebentätigkeiten bedurfte der Kläger der vorherigen Zustimmung der Beklagten. Im Sommer 1991 erhielt die Revisionsabteilung der Beklagten den Hinweis, daß der Kläger und B.

"Schmiergelder" von Dritten für die Vergabe von Aufträgen der Beklagten angenommen hätten. Daraufhin stellte die Beklagte Nachforschungen an. Diese ergaben, daß an den Kläger und an Herrn B. von der Firma N. seit 1978 Geldzahlungen von mindestens 1,4 Mio. DM sowie weitere Sachleistungen geflossen seien. Die Beklagte erstattete Strafanzeige gegen den Kläger und B. und hörte am 28.09.1991 den Betriebsrat zu der dann am selben Tag noch erklärten fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers an.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben, das LAG (Köln - 8 [2] Sa 221/94) hat sie abgewiesen. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts hat es das LAG nicht als erheblich angesehen, ob die Beklagte dem Betriebsrat genaue Angaben über die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Klägers und dessen Alter gemacht hat. Angesichts der Schwere der Vorwürfe könnten sich aus der Sicht der Beklagten solche Umstände nicht mehr entscheidend zugunsten des Klägers auswirken.

Der Senat hat die Revision des Klägers zurückgewiesen. Dem Betriebsrat seien nach den Feststellungen des LAG das ungefähre Alter des Klägers und die Tatsache einer langjährigen Betriebszugehörigkeit bekannt gewesen. Für den Betriebsrat ersichtlich sei es der Beklagten angesichts der Schwere der Vorwürfe auf die exakten Daten nicht angekommen. Aufgrund dieser besonderen Umstände scheitere die Wirksamkeit der Betriebsratsanhörung nicht an einer unzureichenden Mitteilung der Sozialdaten, denn der Betriebsrat habe die Kündigungsabsicht der Beklagten auch ohne Kenntnis der genauen Daten ausreichend beurteilen können.

Ganz wichtig:

Wenn es um eine Kündigung in den ersten sechs Monaten des Bestehens des Arbeitsverhältnisses geht, ist die Substantiierungspflicht gegenüber dem Betriebsrat nicht an den objektiven Merkmalen der (noch) nicht erforderlichen Kündigungsgründe nach § 1 KSchG, sondern daran zu messen, welche konkreten Umstände oder subjektiven Vorstellungen zum Kündigungsentschluß geführt haben. Hat der Arbeitgeber keine Gründe oder wird sein Kündigungsentschluß allein von subjektiven, durch Tatsachen nicht belegbaren Vorstellungen bestimmt, so reicht die Unterrichtung über diese Vorstellungen aus.

BAG vom 18.05.1994, NZA 1995, 24 = DB 1994, 1984 = BB 1994, 1783.

Form der Anhörung

1. Die Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG bedarf auch dann nicht der Schriftform bzw. der Übergabe vorhandener schriftlicher Unterlagen, wenn der Kündigungssachverhalt außergewöhnlich komplex ist.
2. Im Kündigungsschutzprozeß sind auch solche Tatsachen verwertbar, die der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren erst auf Nachfrage mitteilt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber vor der Kündigung nochmals die Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG bzw. die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats abwartet.

BAG vom 06.02.1997, NZA 1997, 656 = DB 1997, 1284 = BB 1997, 1311.

c) Stellungnahme des Betriebsrats

**** geregelt in § 102 Abs. 2 und 3 BetrVG ****

Frist zur Stellungnahme richtet sich danach, ob Arbeitgeber ordentliche oder fristlose Kündigung aussprechen will.

Wenn Betriebsrat mit Kündigung nicht einverstanden ist, muß er sich

- bei ordentlicher Kündigung innerhalb von 1 Woche (§ 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG)
- bei fristloser Kündigung unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 3 Tagen (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) schriftlich unter Angabe der Gründe gegenüber Arbeitgeber äußern.

Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören (§ 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG).

Der Betriebsrat hat über vertrauliche Umstände Stillschweigen zu bewahren, die er vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer im Zusammenhang mit personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsgründen erfährt (§ 102 Abs. 2 Satz 5 i.V. mit § 99 Abs. 1 Satz 3 BetrVG).

Reaktionen des Betriebsrats:

- a) ausdrückliche Zustimmung (kann auch mündlich erfolgen, sollte aber stets schriftlich sein) - unwiderruflich!
- b) keine Äußerung

Folge: Zustimmung gilt bei ordentlicher Kündigung als erteilt (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG); Zustimmung gilt bei fristloser Kündigung als verweigert (Umkehrschluß aus § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

- c) Äußerung von Bedenken (sowohl bei ordentlichen als auch bei außerordentlichen Kündigungen) vgl. § 102 Abs. 2 Satz 1 und 3 BetrVG jeder Art (Arbeitgeber soll diese in seine Überlegungen einbeziehen) Voraussetzung: schriftlich und fristgemäß
- d) Widerspruch gegen ordentliche Kündigung (sofern der Betriebsrat einen Widerspruchsgrund des Katalogs von § 102 Abs. 3 BetrVG für gegeben hält)

Widerspruch des Betriebsrats

§ 102 BetrVG enthält in Abs. 3 insgesamt **folgende 5 Widerspruchsgünde:**

Nr. 1

Soziale Gesichtspunkte wurden vom Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt (entspricht § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG).

Z.B.

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Familienstand
- wirtschaftliche Lage

Vergleich mit anderen (austauschbaren) Arbeitnehmern des Betriebs (nicht des Unternehmens oder Konzerns). Andere Arbeitnehmer, denen (vorrangig) gekündigt werden könnte, müssen aber im Widerspruchsschreiben nicht namentlich bezeichnet werden.

Nr. 2

Verstoß der Kündigung gegen Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG insbesondere über fachliche, persönliche und soziale Gesichtspunkte

Nr. 3

Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des zu kündigenden Arbeitnehmers an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens (Nicht: Konzern!). Widerspruchsgrund gilt erst recht, wenn Weiterbeschäftigung auf bisherigem Arbeitsplatz möglich (z.B. in anderer Schicht).

Nr. 4

Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen (entspricht § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG), insbesondere bei Anschaffung neuer Maschinen (im Rahmen von Rationalisierungsmaßnahmen) bezüglich der Bedienung dieser Maschinen.

Umschulungsmaßnahmen für Arbeitgeber unzumutbar, wenn

- sie in angemessener Zeit keinen Erfolg versprechen;
- der Arbeitnehmer nicht zustimmt;
- zum Zeitpunkt der Beendigung der Umschulung voraussichtlich kein freier Arbeitsplatz vorhanden sein wird.

Nr. 5

Möglichkeit der Weiterbeschäftigung unter geänderten (auch ungünstigeren) Bedingungen und Arbeitnehmer (gegenüber Arbeitgeber) damit einverstanden ist.

Der Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG ist abschließend. Aus anderen Gründen kann der Betriebsrat folglich nicht der Kündigung widersprechen. So ist z.B. der Widerspruch des Betriebsrats unbegründet, wenn er allein auf die Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit verweist.

Der Widerspruch des Betriebsrats ist nur dann beachtlich, wenn er

(1) spätestens innerhalb einer Woche

(2) schriftlich

(3) unter Angabe der Gründe

erfolgt, § 102 Abs. 3, Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Anderenfalls gilt die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung als erteilt (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG)!

Anforderungen an die Begründung des Widerspruchs durch den Betriebsrat:

- Wiederholung des Gesetzeswortlauts reicht nicht aus (kein ordnungsgemäßer Widerspruch!).
- Andererseits muß Widerspruch nicht ohne weiteres einleuchtend oder gar begründet sein.
- Ausreichend ist die Angabe von Tatsachen, die es als möglich erscheinen lassen, daß einer der in § 102 Abs. 3 BetrVG aufgeführten Widerspruchsgründe vorliegt.

Vgl. dazu Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 102 Rdnr. 38 ff.

Beispiele:

Gegen die Kündigung wird Widerspruch eingelegt, weil Herr X schon 10 Jahre dem Betrieb angehört und eine 5-köpfige Familie zu ernähren hat. In der Abteilung sind mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, die kürzere Zeit im Betrieb beschäftigt sind und keinen Unterhaltsverpflichtungen nachkommen müssen (Nr. 1).

Gegen die Kündigung wird Widerspruch eingelegt, weil Herr X in der Abteilung ..., in der mehrere Arbeitsplätze nicht besetzt sind, weiterbeschäftigt werden kann (Nr. 3); er ist in der Lage und bereit, nach kurzer Umschulung die dort anfallenden Arbeiten zu verrichten (Nr. 4).

Gegen die Kündigung wird Widerspruch eingelegt, weil Herr X bereit ist, nach Stilllegung der Betriebsabteilung, in der er jetzt beschäftigt ist, eine Tätigkeit als Lagerarbeiter anzunehmen; im Lager sind mehrere Arbeitsplätze nicht besetzt (Nr. 3 und 5).

d) Bedeutung der Äußerung von Bedenken und eines Widerspruchs

Der Arbeitgeber kann trotz Widerspruchs des Betriebsrats die Kündigung aussprechen.

Nichts anderes gilt bei Äußerung von Bedenken gegen die Kündigung (vgl. § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG).

Durch den Widerspruch wird dem Arbeitnehmer jedoch die Führung des Kündigungsrechtsstreits erleichtert. Denn gemäß § 102 Abs. 4 BetrVG hat der Arbeitgeber dem

Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.

Bei ordnungsgemäßem Widerspruch hat der Arbeitnehmer ferner unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG (auch nach Ablauf der Kündigungsfrist) einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf vorläufige Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen.

Zu beachten ist weiterhin, daß der Arbeitgeber grundsätzlich die Wochenfrist (bei ordentlicher Kündigung) bzw. die 3-Tages-Frist (bei außerordentlicher Kündigung) abwarten muß. Anderenfalls ist die Kündigung unwirksam.

Ausnahme: Betriebsrat äußert sich schon vor Ablauf der Frist abschließend zur Kündigung. (= wenn Betriebsrat zu erkennen gibt, daß er keine weitere Erörterung des Falles mehr wünscht und auch eine weitere Stellungnahme nicht abgeben will)

2. Zustimmungserfordernis bei außerordentlicher Kündigung von Betriebsverfassungsorganen

§ 103 Abs. 1 BetrVG:

Die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats sowie von Wahlbewerbern bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.

Zweck: Schutz der Betriebsverfassungsorgane vor willkürlichen außerordentlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 103 Rdnr. 1.

Das Zustimmungserfordernis bedeutet, daß eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats nichtig ist, selbst wenn der Betriebsrat der Kündigung nachträglich zustimmt.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 103 Rdnr. 17 m.w. Nachw.

Der besondere Kündigungsschutz nach § 103 BetrVG bezieht sich auf jede arbeitgeberseitige fristlose (Beendigungs- oder Änderungs-) Kündigung.

Ordentliche Kündigungen werden von § 103 BetrVG hingegen nicht erfaßt. Jedoch sind diese bereits gemäß § 15 KSchG grundsätzlich unzulässig. Etwas anderes gilt ausnahmsweise bei Betriebs(teil-)stillegungen unter den Voraussetzungen von § 15 Abs. 4 oder 5 KSchG.

a) Geschützter Personenkreis

- Mitglieder des Betriebsrats (während der Amtszeit) auch Ersatzmitglieder, wenn sie endgültig nachgerückt sind oder während vorübergehender Vertretung

- Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV)
- Mitglieder der Bordvertretung und des Seebetriebsrats
- Mitglieder des Wahlvorstands

vom Zeitpunkt der Bestellung an (§§ 16, 17 BetrVG) bis zur endgültigen Bekanntgabe des Wahlergebnisses (§ 19 WahlO)

- Wahlbewerber

vom Zeitpunkt der Aufstellung bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses (§ 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG)

auch:

- Mitglieder einer tariflichen Sondervertretung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)
- zusätzlich in den Wahlvorstand entsandte betriebsangehörige Gewerkschaftsbeauftragte (§ 16 Abs. 1 Satz 6 BetrVG)
- Mitglieder der Schwerbehinderten- und Gesamtschwerbehindertenvertretung (vgl. § 26 Abs. 3 SchwbG) und Wahlbewerber für diese Ämter (vgl. § 24 Abs. 6 Satz 2 SchwbG)

Wenn es sich bei diesen Mitgliedern zugleich um Schwerbehinderte handelt, bedarf die Kündigung auch noch der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (§ 21 SchwbG).

b) Zustimmungsverfahren

Will der Arbeitgeber einem Betriebsratsmitglied fristlos kündigen, so hat er den Betriebsrat - ebenso wie bei § 102 BetrVG (siehe oben II. 1.) - zu unterrichten und dessen Zustimmung zu beantragen.

c) Stellungnahme des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat durch Beschluß zu entscheiden, ob er der außerordentlichen Kündigung zustimmt (§ 33 BetrVG).

Das betroffene Mitglied darf an der Beratung und Beschlußfassung nicht teilnehmen. Insoweit ist es "zeitweilig verhindert" i.S. von § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. An seine Stelle tritt ein Ersatzmitglied.

Der Betriebsrat muß beurteilen, ob die fristlose Kündigung berechtigt ist, m.a.W. ob ein "wichtiger Grund" i.S. von § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der normalen Kündigungsfrist oder bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Allein ein grober Verstoß des Betriebsratsmitglieds gegen seine Amtspflichten berechtigt den Arbeitgeber nach allgemeiner Ansicht nicht zur außerordentlichen Kündigung. In dem Fall hat der Arbeitgeber nur das Recht, gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beim Arbeitsgericht den Ausschluß der betreffenden Person aus dem Betriebsrat zu beantragen. Die fristlose Kündigung eines Betriebsratsmitglieds kommt nur dann ausnahmsweise in Betracht, wenn in der Amtspflichtverletzung gleichzeitig eine schwere Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten liegt, wobei aber die Rechtsprechung des BAG wegen der besonderen Konfliktsituation eines Betriebsratsmitglieds für die zur Kündigung berechtigenden schweren Verletzungen einen besonders strengen Prüfungsmaßstab anlegt.

BAG vom 16.10.1986, AP Nr. 95 zu § 626 BGB;

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 103 Rdnr. 18a.

Solche "**grobe**" und "**schwere**" Verstöße gegen arbeitsvertragliche Pflichten dürften im allgemeinen bei Vermögensdelikten zum Nachteil des Arbeitgebers (Diebstahl, Unterschlagung und Betrug) oder beim Verrat von Betriebsgeheimnissen allein zum Zweck der eigenen Bereicherung gegeben sein.

Wichtig:

Das Arbeitsverhältnis eines Betriebsratsmitglieds kann nach der Rechtsprechung des BAG in aller Regel nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, § 626 BGB nicht wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten außerordentlich gekündigt werden, da bei der Zumutbarkeitsprüfung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB auf die (fiktive) Kündigungsfrist abzustellen ist, die ohne den besonderen Kündigungsschutz bei einer ordentlichen Kündigung gelten würde.

BAG vom 18.02.1993, AP Nr. 35 zu § 15 KSchG 1969.

Zur außerordentlichen Änderungskündigung eines Betriebsratsmitglieds siehe

BAG vom 21.06.1995, NZA 1995, 1157 = DB 1995, 2429 = BB 1995, 2113:

1. Der Senat hält jedenfalls für den Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung nicht an der Ansicht (BAGE 51, 200 = NZA 1987, 102 = AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969) fest, im Rahmen der Prüfung des § 626 BGB sei auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen.
2. Es verbleibt jedoch dabei, daß die vorgesehene Änderung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber unabweisbar und dem Arbeitnehmer zumutbar sein muß.

Der Betriebsrat muß den Beschluß innerhalb von drei Tagen fassen (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG analog). Gibt er innerhalb von drei Tagen keine Stellungnahme ab, so gilt die Zustimmung als verweigert.

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 103 Rdnr. 21 m.w. Nachw.

Möglichkeiten des Betriebsrats:

- ausdrückliche (mündliche oder schriftliche) Zustimmung;
- ausdrückliche Verweigerung der Zustimmung (ratsam, aber nicht erforderlich ist Begründung);
- keine Stellungnahme (= Zustimmungsverweigerung).

d) Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht

Stimmt der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung nicht zu oder gibt er binnen 3 Tagen keine Erklärung ab, so kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht im Wege des Beschlußverfahrens beantragen, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen (§ 103 Abs. 2 BetrVG).

Das Arbeitsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist.

Sofern das Arbeitsgericht den Antrag des Arbeitgebers zurückweist, ist der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht möglich. Wird die Zustimmung des Betriebsrats hingegen durch das Arbeitsgericht ersetzt, kann der Arbeitgeber nach Rechtskraft der Entscheidung nunmehr binnen zwei Wochen fristlos kündigen, § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Siehe dazu auch BAG vom 24.10.1996, NZA 1997, 371 = DB 1997, 1285 = BB 1997, 629:

1. Hat der Arbeitgeber einen Zustimmungsantrag nach § 103 Abs. 1 BetrVG gestellt und auf die spontane Zustimmungserklärung des Betriebsratsvorsitzenden hin vor Ablauf von drei Tagen gekündigt, so muß er erneut die Zustimmung des Betriebsrats beantragen, wenn er wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung eine weitere Kündigung aussprechen will. Ein stattdessen gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig.
2. Nur ein zulässiger Zustimmungsersetzungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG wahrt die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Ein vor der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig und wird auch nicht dadurch zulässig, daß nachträglich die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Kündigung beantragt wird (BAGE 52, 50 = NZA 1996, 719 = AP Nr. 18 zu § 103 BetrVG 1972).

e) Nachwirkender Kündigungsschutz

Nach Beendigung der Amtszeit bedarf die fristlose Kündigung nicht mehr der Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 103 BetrVG. Allerdings gewährt § 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 KSchG einen nachwirkenden Kündigungsschutz.

Danach sind ordentliche Kündigungen von Mitgliedern des Betriebsrats und der Jugend- und Auszubildendenvertretung innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit unzulässig (sofern nicht ausnahmsweise im Falle einer Betriebsteilstilllegung die Voraussetzungen von § 15 Abs. 4 oder 5 KSchG gegeben sind).

Zweck: Eventuell auftretende Spannungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsratsmitgliedern sollen abgebaut und dem Betriebsratsmitglied für eine Übergangszeit der gesicherte Anschluß an das Berufsleben gewährleistet werden.

Vgl. Etzel, in: Gemeinschaftskommentar zum KSchG, 4. Aufl. 1996, § 15 Rdnr. 63 m.w. Nachw.

Für Ersatzmitglieder gelten folgende Grundsätze:

Den Ersatzmitgliedern steht allein wegen dieser Eigenschaft ohne Ausübung einer Tätigkeit in dem Betriebsrat kein besonderer Kündigungsschutz zu. Solange Ersatzmitglieder stellvertretend für ein verhindertes Betriebsratsmitglied dem Betriebsrat angehören, genießen sie jedoch den gleichen Schutz wie Betriebsratsmitglieder während ihrer Amtszeit. Nach Beendigung des Vertretungsfalles haben Ersatzmitglieder ebenfalls den nachwirkenden Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, der unabhängig von der Dauer der Vertretung ein Jahr beträgt.

BAG vom 06.09.1979, AP Nr. 7 zu § 15 KSchG 1969;

Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 25 Rdnr. 10, § 103 Rdnr. 7, 35.

Für Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerber besteht ein nachwirkender Kündigungsschutz von 6 Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses (§ 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG; § 19 WahlO).

Siehe dazu auch BAG vom 13.06.1996, NZA 1996, 1032:

Nach Beendigung des nachwirkenden Kündigungsschutzes kann der Arbeitgeber dem erfolglosen Wahlbewerber wieder wie jedem anderen Arbeitnehmer kündigen. Er ist insbesondere nicht gehindert, die Kündigung auf Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers zu stützen, die dieser während der Schutzfrist begangen hat und die erkennbar nicht im Zusammenhang mit der Wahlbewerbung stehen.

Außerordentliche Kündigungen unterliegen nunmehr keinen besonderen Einschränkungen, jedoch ist der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören (siehe oben II. 1.).

Dr. Christian Ehrich