

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 4 / 2009

Liebe Leserinnen und Leser,

nutzen auch Sie den Jahreswechsel für überfällige Aufräumarbeiten? Dann werden Sie vermutlich feststellen, dass wieder einmal wichtige Dinge liegen geblieben sind. Hetze und Überforderung führen dazu, dass auch die unwichtigsten Angelegenheiten irgendwann so dringend werden, dass sie erledigt werden müssen. Die wichtigen Dinge des Lebens bleiben dann auf der Strecke.

Für das neue Jahr wünsche ich Ihnen die Kraft, die wichtigen vor den dringenden Angelegenheiten anzugehen.

Ihr

Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Betriebsratsanhörung vor Verdachtskündigung

„Für Arbeitgeber ist die **Verdachtskündigung** Segen und Fluch zugleich. Der unschätzbare Vorteil besteht darin, dass der Arbeitgeber ausnahmsweise nicht ein bestimmtes Fehlverhalten seines Arbeitnehmers beweisen muss. Es genügt vielmehr der dringende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schwerwiegenden Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten.

Dafür bezahlt der Arbeitgeber allerdings einen hohen Preis. Denn vor Ausspruch der Verdachtskündigung muss er den Arbeitnehmer in kurzer Frist anhören und ihm die Chance geben, den bestehenden Verdacht auszuräumen oder zumindest zu entkräften. Allein schon das Versäumnis einer Anhörung führt unweigerlich zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung.

Eine weitere Hürde besteht in der **Betriebsratsanhörung**. Der Betriebsrat muss nicht nur über die beabsichtigte Kündigung unterrichtet werden, sondern auch detailliert über die bestehenden Verdachtsmomente und den beabsichtigten Ausspruch gerade einer **Verdachtskündigung**. Auch die Durchführung und das Ergebnis der Anhörung des Arbeitnehmers sind zwingende Bestandteile der Betriebsratsanhörung. Versäumnisse führen zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Impressum:

**Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,
homepage: bitzer-anwalt.de**

Praktische Folge: Stellt sich eine Tat Kündigung als unwirksam heraus, weil der Arbeitgeber das Fehlverhalten nicht beweisen konnte, kann er die Kündigung nicht im Nachhinein als Verdachtskündigung aufrechterhalten. Denn insoweit fehlt eine wirksame Anhörung des Betriebsrats.

Aber wie ist es im umgekehrten Fall, wenn das Arbeitsgericht bei der Überprüfung einer **formal unwirksamen Verdachtskündigung** zu dem Ergebnis gelangt, dass der Arbeitnehmer die **Tat tatsächlich begangen** hat? Das Bundesarbeitsgericht hat diesen Fall jetzt entschieden (BAG, Urteil vom 23.06.2009, Aktenzeichen: 2 AZR 474/07):

- Ist die Verdachtskündigung - etwa wegen fehlender Anhörung des Arbeitnehmers - unwirksam, muss das Arbeitsgericht dennoch prüfen, ob der Arbeitnehmer die ihm zur Last gelegte Tat tatsächlich begangen hat. In diesem Fall wäre die Kündigung nämlich unter dem Gesichtspunkt einer **Tat-kündigung** gerechtfertigt.
- Hatte der Arbeitgeber den Betriebsrat zuvor lediglich zu der beabsichtigten **Verdachtskündigung** angehört, schließt das die Anerkennung

eines nachgewiesenen Fehlverhaltens als Kündigungsgrund nicht aus. Es genügt, wenn dem Betriebsrat jedenfalls alle Tatsachen mitgeteilt worden sind, die nicht nur den Verdacht, sondern auch den Tatvorwurf selbst begründen.

Praktische Folge: Eine unwirksame Verdachtskündigung kann häufig auch noch im Nachhinein darauf gestützt werden, dass der Arbeitnehmer die Tat tatsächlich begangen hat.

Das sagt der Anwalt: Die **Verdachtskündigung** ist nicht des Arbeitgebers liebstes Kind. Sie sollte es aber sein. Denn der Arbeitgeber vergibt sich nichts, wenn er im Falle (vermeintlich) schwerer Pflichtverstöße von der Verlockung einer Tat Kündigung absieht und stattdessen eine Verdachtskündigung ausspricht. Andernfalls geht er ein unkalkulierbares Prozessrisiko ein. Gelingt ihm nämlich nicht der volle Beweis des Fehlverhaltens, verliert er den Prozess – mit allen Konsequenzen.

Die Scheu vieler Arbeitgeber vor der Verdachtskündigung ist kein Zufall. Denn die Verdachtskündigung erfordert die strikte Beachtung zahlreicher Formalien und Fristen. **Arbeitnehmer** müssen daher schon einen außergewöhnlichen Grund

aufweisen, wenn sie von der Erhebung einer Kündigungsschutzklage absehen wollen.

Kein Anspruch auf Zulagen

In vielen Betrieben machen **Zulagen für Nacht- Sonn- und Feiertagsarbeit** einen erheblichen Teil der Gehälter aus. Die Praxis zeigt, dass die Arbeitnehmer den mit den Zulagen verbundenen höheren Verdienst in ihre private Finanzkalkulation fest einplanen. Dementsprechend groß ist das Entsetzen, wenn die Zulagen entfallen sollen. Nicht selten landen die Streitigkeiten vor dem Arbeitsgericht.

Fakt: Arbeitnehmer haben grundsätzlich keinen dauerhaften Anspruch auf Zahlung von Zuschlägen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit.

Die Zulagen werden zum Ausgleich für erschwerte Arbeitsbedingungen gezahlt. Liegen diese erschwerten Arbeitsbedingungen nicht mehr vor, entfällt auch der Anspruch auf die Zulagen. Das gilt auch dann, wenn die Zulagen einen erheblichen Teil des Gehalts ausmachen (Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 30.03.2009, Aktenzeichen: 5 Sa 1289/08).

Fakt: Ob der Arbeitnehmer die Zulagen auch künftig verlangen kann, hängt davon ab, ob der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen einseitig ändern kann.

Die **Gestaltung des Arbeitsvertrages** entscheidet darüber, ob der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen einseitig so ändern kann, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf die Zulagen entfällt. **Beispiel:** Die Parteien können ohne weiteres im Arbeitsvertrag vereinbaren, dass der Arbeitnehmer ausschließlich mit einer ganz bestimmten Tätigkeit oder mit einer konkreten Arbeitszeit (z.B. ausschließlich Nachtdienst) beschäftigt wird. In diesem Fall kann der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen später nicht mehr einseitig ändern. Die Zulagen bleiben dem Arbeitnehmer erhalten. Nur über den Weg einer Änderungskündigung lässt sich das noch ändern. Und das ist schwierig, jedenfalls im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes.

In allen anderen Fällen kann der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen kraft seines Weisungsrechts (Direktionsrecht) gemäß § 106 Gewerbeordnung einseitig ändern. Selbstverständlich muss er dabei sein Ermessen ordnungsgemäß ausüben und eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vornehmen.

Willkürmaßnahmen sind daher unzulässig.

Das sagt der Anwalt: Die wichtigen Dinge des Lebens werden häufig am oberflächlichsten geregelt. Das gilt auch für **Arbeitsverträge**. Gerade die Einzelheiten der zu verrichtenden Arbeitstätigkeit, die Arbeitszeit oder sonstige Arbeitsbedingungen sind aber das A und O eines Arbeitsverhältnisses. Eine klare Regelung vermeidet späteren Streit vor dem Arbeitsgericht.

Mitbestimmung des Betriebsrats beim AGG

Das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** verbietet Benachteiligungen und Belästigungen von Arbeitnehmern wegen verschiedener Diskriminierungsmerkmale. Dazu gehören vor allem das Geschlecht, die Religion, eine Behinderung, das Alter und die Herkunft.

Den Beschäftigten steht ein eigenes Beschwerderecht zu, wenn sie sich wegen eines dieser Merkmale benachteiligt fühlen. Die Beschwerde muss geprüft und das Ergebnis dem Arbeitnehmer mitgeteilt werden. So weit so gut.

Bislang ungeklärt war aber, ob und in welchem Umfang der **Betriebs-**

rat bei diesem Beschwerdeverfahren mitzubestimmen hat. Das Bundesarbeitsgericht hat Inhalt und Grenzen der Mitbestimmung nun geklärt (BAG, Beschluss vom 21.07.2009, Aktenzeichen: 1 ABR 42/08; Pressemitteilung Nr. 71/09).

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei:

- Einführung eines Beschwerdeverfahrens
- Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens

Bei der Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens hat der Betriebsrat gemäß § 87 I Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) mitzubestimmen. Er kann sogar selbst initiativ werden. Kommt eine Einigung nicht zu Stande, entscheidet die Einigungsstelle.

Kein Mitbestimmungsrecht bei:

- Bestimmung des **Ortes**, an dem die Beschwerdestelle eingerichtet wird
- **Personelle Besetzung** der Beschwerdestelle

Bei diesen organisatorischen Entscheidungen hat der Betriebsrat nicht mitzureden.