# Kurz kommentiert

## Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds

Der Betriebsrat als Gremium muss der außerordentlichen Kündigung eines seiner Mitglieder ausdrücklich zustimmen. Widerspricht er, muss der Arbeitgeber unverzüglich die Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzen lassen (§ 103 Abs. 2 BetrVG).
Vor dem LAG Köln (Beschl. v. 23.4.2018 – 9 TaBV 79/17) ging es um die Frage, welcher Arbeitgeber für den Zustimmungsersetzungsantrag antragsbefugt ist und ob es auf die Zulässigkeit des Zustimmungsersetzungsverfahrens einen Einfluss hat, wenn der Betriebsrat einem zeitlich späteren Antrag auf Zustimmung zu einer auf andere Gründe gestützten fristlosen Kündigung Folge leistet. Antragstellerin war die Vertragsarbeitgeberin des Betriebsratsmitglieds. Diese unterhielt mit zwei weiteren Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb, für den ein Betriebsrat gebildet war. Im Dezember 2016 beantragte die Vertragsarbeitgeberin wegen unentschuldigten Fehlens und eigenmächtiger Beurlaubung die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung des Betriebsratsmitglieds. Das Gremium verweigerte die Zustimmung. Darauf stellte der Arbeitgeber unverzüglich den Zustimmungsersetzungsantrag beim Arbeitsgericht. Fünf Monate später bat der Arbeitgeber erneut um Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung, diesmal wegen versuchten Prozessbetrugs. Das Gremium mauerte erneut, so dass ein weiterer Zustimmungsersetzungsantrag bei Gericht gestellt wurde. Im November 2017 stand der Vorwurf rassistischer Äußerungen gegenüber einem Betriebsratskollegen im Raum, so dass zum dritten Mal die Zustimmung zu einer fristlosen Kündigung beantragt wurde. Diesmal stimmte der Betriebsrat zu. Dennoch betrieb der Arbeitgeber die anhängigen Zustimmungsersetzungsverfahren in zweiter Instanz weiter.

Das LAG Köln entschied zunächst, dass in einem Gemeinschaftsbetrieb allein der Vertragsarbeitgeber befugt ist, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 BetrVG einzuleiten. Im Gemeinschaftsbetrieb sei eine differenzierte Handhabung geboten, wer der „richtige" Arbeitgeber ist. Ob eine Norm den Vertragsarbeitgeber oder den Betriebsinhaber meint, kann nicht einheitlich bestimmt werden, sondern hängt vom jeweiligen Regelungsgehalt ab. Die Kammer hielt es hier für ausschlaggebend, dass zum Ausspruch einer Kündigung gegenüber dem Betriebsratsmitglied nur der Vertragsarbeitgeber berechtigt ist und dieses Recht den übrigen Unternehmen des Gemeinschaftsbetriebs nicht zusteht. Daher sei auch er alleine antragsbefugt.

Hinsichtlich des zweiten Fragenkomplexes war die Kammer der Meinung, dass die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats zum dritten Kündigungsantrag dazu führte, dass die Zustimmungsersetzungsverfahren gegenstandslos geworden sind. Es fehlt das notwendige Rechtsschutzbedürfnis. Der Arbeitgeber könne sich im Kündigungsschutzverfahren zusätzlich auf die Gründe stützen, derentwegen der Betriebsrat die Zustimmung verweigert hatte.
Das BAG ließ die Frage, inwieweit der Betriebsrat zu beteiligen ist, wenn der Arbeitgeber weitere Gründe nachschieben will, zu denen keine Zustimmung des Gremiums vorliegt, bisher offen (Urt. v. 2.5.2010 – 2 AZR 587/08). In Fällen der vorliegenden Art, in denen die zusätzlichen Kündigungsgründe dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung bekannt waren, weil sie schon Gegenstand eines betrieblichen Zustimmungsverfahrens waren, bedarf es nach Meinung des LAG Köln jedenfalls keiner erneuten gerichtlichen Zustimmungsersetzung.

Das Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem BAG wurde zwischenzeitlich eingestellt, sodass das Urteil des LAG Köln rechtskräftig ist.

## Mitbestimmung bei der Nutzung von Twitter durch Arbeitgeber

Das LAG Hamburg (Urt. v. 13.9.2018 – 2 TaBV 5/18) befasste sich mit der Frage, ob das Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) einschlägig ist, wenn eine Arbeitgeberin einen unternehmenseigenen Twitter-Account betreibt.

Twitter ist eine Internetplattform, auf der angemeldete Nutzer telegrammartige Kurznachrichten („Tweets") mit derzeit bis zu 280 Zeichen Länge verbreiten können. Tweets sind für jedermann, auch für nicht registrierte Twitter-Nutzer sichtbar. Mithilfe der Funktion „Antwort" können registrierte Twitter-Nutzer auf einen Tweet antworten. Antworten sind für den Nutzer, dem geantwortet wurde, und für registrierte Twitter-Nutzer sichtbar. Die Funktion „Antwort" kann nicht deaktiviert werden.
Das LAG Hamburg gab dem Antrag – anders als die erste Instanz – statt und bejahte das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats. Die Funktion „Antwort" bei Twitter ermögliche Twitter-Nutzern, auf die Tweets der Arbeitgeberin Antworten zum Verhalten und zur Leistung der Arbeitnehmer auf Twitter einzustellen. Nach dem Inhalt einer Antwort könne die Arbeitgeberin diese namentlich oder situationsbedingt einem bestimmten Arbeitnehmer zuordnen und zur Verhaltens- und Leistungskontrolle verwenden, sofern die Nachricht entsprechende Aussagen beinhaltet. Dass möglicherweise nicht alle Funktionen von Twitter (es gibt noch die Funktion „Erwähnung" und „Retweet") Überwachungsmöglichkeiten begründen, hielt das LAG für unerheblich. Enthält die technische Einrichtung eine i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geeignete Funktion, die vom Nutzer nicht deaktiviert werden kann, gebiete der Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts die Erstreckung des Mitbestimmungsrechts auf die technische Einrichtung in Gänze.
Dass Twitter-Nutzer auch unabhängig vom Account und der Twitter-Seite der Arbeitgeberin Tweets über die Arbeitnehmer der Arbeitgeberin verbreiten können, die von jedermann einsehbar sind, hielt die Kammer für nicht entscheidend, da die Arbeitgeberin mit der Nutzung eines eigenen Twitteraccounts als Kommunikationsmittel ihren Kunden gezielt eine Plattform bietet, sich über ihre Unternehmen und ihre Mitarbeiter ihr gegenüber öffentlich zu äußern.

In der Facebook-Entscheidung des BAG (Beschl. v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, AuA 6/17, S. 374) war ein Mitbestimmungsrecht lediglich hinsichtlich der Funktion „Besucher-Beiträge" anerkannt worden (analog bei Twitter die Antwortfunktion). Damit können Facebook-Nutzer Beiträge auf der Facebook-Seite des Arbeitgebers posten. Anders als bei Twitter kann die Funktion bei Facebook allerdings deaktiviert werden, sodass der Betriebsrat nicht die Abmeldung des Arbeitgebers von Facebook erreichen konnte, sondern nur die Deaktivierung der Funktion „Besucher-Beiträge".
Gegen den Beschluss des LAG Hamburg ist eine Rechtsbeschwerde beim BAG anhängig (1 ABR 40/18).

## Zustimmungsverweigerung zu einer Einstellung ohne Begründung

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

© fizkes/stock.adobe.com

zuteilen (§ 99 Abs. 3 BetrVG). Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung nicht innerhalb der Wochenfrist, so gilt die Zustimmung als erteilt (§ 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Vor dem LAG Köln (Beschl. v. 23.3.2018 – 9 TaBV 62/17, rk.) ging es um die Frage, ob der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung ordnungsgemäß verweigert hatte.

Anfang 2016 schrieb die Arbeitgeberin die Stelle als Gruppenleiter Vorstands- und Aufsichtsratsangelegenheiten aus. Es bewarben sich der externe Bewerber Herr B und der interne Bewerber Herr Bu. Die Arbeitgeberin entschloss sich zur Einstellung von Herrn B und hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 23.3.2016 zur beabsichtigten Einstellung des Herrn B zum 1.5.2016 an. Der Betriebsrat antwortete zwar innerhalb der Wochenfrist, bat jedoch um Fristaufschub bis zum 12.4.2016, da sich das Betriebsratsmitglied, das an den Vorstellungsgesprächen teilgenommen hatte, im Urlaub befinde. Für den Fall, dass der erbetene Aufschub nicht gewährt werde, lehnte der Betriebsrat die Einstellung ab, da die bisherigen Ausführungen des urlaubsabwesenden Betriebsratsmitglieds zugunsten des Herrn Bu ausfielen. Eine Einstellung des Herrn B verstoße somit gegen die Betriebsvereinbarung „Auswahlrichtlinien zur Einstellung".

Mit Schreiben vom 2.5.2016 (Zugang am 3.5.2016) wandte sich die Arbeitgeberin erneut an den Betriebsrat und bat, der Einstellung des Herrn B zum 1.6.2016 zuzustimmen. Am 10.5.2016 teilte der Betriebsrat der Arbeitgeberin ohne Begründung mit, dass er den Antrag ablehne. Mit Schreiben vom 11.5.2016 (Zugang am 12.5.2016) begründete der Betriebsrat seine Entscheidung damit, dass Herr Bu der für die Stelle deutlich geeignetere Kandidat sei.
Das LAG Köln kam zu dem Ergebnis, dass die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Herrn B gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG jedenfalls mit Ablauf des 10.5.2016 als erteilt galt, weil der Betriebsrat seine Verweigerung vom 10.5.2016 nicht innerhalb der Wochenfrist ordnungsgemäß begründet hatte. Inwiefern eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG bedingungsfeindlich ist, ließ das Gericht offen.
Das Zustimmungsgesuch der Arbeitgeberin vom 2.5.2016 sei ein erneuter förmlicher Antrag gewesen, der auch die Frist nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in Gang setzte.
Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG stellt das Gericht klar, dass ein Arbeitgeber bei erfolgter Verweigerung nicht gehindert ist, ein erneutes Zustimmungsersuchen an den Betriebsrat zu richten. Der Arbeitgeber könne sogar noch weiter gehen und sein Rechtsschutzziel – die Einstellung desselben Bewerbers – mithilfe immer neuer Zustimmungsgesuche an den Betriebsrat und Zustimmungsersetzungsanträge bei Gericht versuchen zu erreichen (vgl. hierzu BAG, Beschl. v. 28.2.2006 – 1 ABR 1/05).

Die Kammer war der Ansicht, dass die Wochenfrist zur Verweigerung am 3.5.2016 in Gang gesetzt worden sei. Die am 10.5.2016 erklärte Verweigerung habe nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt, da die Begründung der Arbeitgeberin erst nach Ablauf der Wochenfrist am 12.5.2016 zuging.

## Beleidigung: Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte

Ein Arbeitgeber muss eine Abmahnung wegen Beleidigung des Vorgesetzten nicht deshalb aus der Personalakte entfernen, weil der abgemahnte Arbeitnehmer sich vor Ausspruch der Abmahnung beim Arbeitgeber entschuldigt hat. Unerheblich für die Berechtigung einer Abmahnung ist auch, ob das Verhalten dem Mitarbeiter subjektiv vorwerfbar ist; entscheidend sei allein, ob der Vorwurf objektiv gerechtfertigt ist, so das LAG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 12.7.2018 – 5 Sa 77/18, rk.).
Die Klägerin war seit dem 15.1.2017 bei der Beklagten beschäftigt. Am 9.6.2017 erhielt sie von ihrem Vorgesetzten eine E-Mail zum Thema „Manpowerstudie", die er nicht nur an die Klägerin, sondern auch an eine Vielzahl weiterer Beschäftigter versandt hatte. Die Klägerin teilte ihrem Vorgesetzten telefonisch mit, dass sie von diesem Thema nicht betroffen sei. Auf den Hinweis des Vorgesetzten, dass dies sehr wohl der Fall sei, antwortete die Klägerin: „Sie lügen". Am 12.6.2017 entschuldigte sie sich für ihre Wortwahl, die nicht „ernst gemeint" gewesen sei. Am 29.6.2017 sprach ihr das Unternehmen eine schriftliche Abmahnung wegen ungebührlichen Verhaltens aus.

Das LAG Rheinland-Pfalz hielt die Abmahnung für rechtens. Die Entfernung aus der Personalakte kann ein Arbeitnehmer nur dann verlangen, wenn die Abmahnung inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Keiner der genannten Fälle lag hier vor.
Die Abmahnung vom 29.6.2017 enthielt keine unrichtigen Tatsachenbehauptungen, da die Äußerungen der Klägerin ihren Vorgesetzten in seiner Ehre verletzt haben. Die Bezeichnung als „Lügner" habe einen herabsetzenden Charakter, da damit üblicherweise derjenige bezeichnet werde, der absichtlich Unwahres sagt, um andere zu täuschen. Selbst wenn die Äußerung im Scherz erfolgt sei, stehe dies einer Abmahnung nicht entgegen.
Auch einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konnte das Gericht nicht erkennen: Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber über den erhobenen Vorwurf auch hinwegsehen könnte, mache die Abmahnung nicht unzulässig.
Die Tatsache, dass sich die Klägerin bei ihrem Vorgesetzten entschuldigt hat, stand der Berechtigung der Abmahnung nicht entgegen, da sie dem Arbeitnehmer die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens aufzeigen und ihm deutlich machen soll, dass das Arbeitsverhältnis im Wiederholungsfall beendet werden kann.


## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON

© Fotostudio Felikss Francer

**Dr. Claudia Rid**
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
CMS Hasche Sigle, München