



# WIGADI

Düsseldorf – Köln – Gelsenkirchen

**Geschäftsstelle Düsseldorf**

Achenbachstr. 28, 40237 Düsseldorf  
Telefon: (02 11) 66 908 - 0  
Telefax: (02 11) 66 908 - 30

**Geschäftsstelle Köln**

Salierring 32, 50677 Köln  
Telefon: (02 21) 99 77 - 110  
Telefax: (02 21) 99 77 - 150

**Geschäftsstelle Gelsenkirchen**

Zeppelinallee 51, 45883 Gelsenkirchen  
Telefon: (02 09) 94 504 - 40  
Telefax: (02 09) 94 504 - 30

[www.wigadi.de](http://www.wigadi.de)

## **Arbeitsrecht Nr. 7/2018**

im Juli 2018 Mü/MN

### **1. Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage Beschluss des Bundestages**

Der Bundestag hat am 14.06.2018 das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage beschlossen.

Mit dem Gesetz wird im Prozessrecht eine neue Klageart für verbraucherrechtliche Angelegenheiten eingeführt. Bestimmte Verbraucherverbände können nach dem Gesetz in einem Musterprozess für Verbraucher klagen, um Rechtsverhältnisse oder Anspruchsvoraussetzungen für eine Vielzahl von betroffenen Verbrauchern verbindlich feststellen lassen.

Leistungsansprüche muss jeder Verbraucher in einem Folgeprozess einzeln einklagen. Voraussetzung für eine Musterfeststellungsklage ist, dass der klagende Verband zunächst die Fälle von zehn Verbrauchern ausführlich aufarbeitet und auf dieser Basis eine Klage erhebt. Anschließend müssen sich innerhalb der nächsten zwei Monate mindestens 50 Menschen in einem Klageregister anmelden. Dann ist eine Musterfeststellungsklage möglich.

Das Arbeitsrecht ist von der Einführung der Musterfeststellungsklage nicht betroffen. Es wurde eine Änderung des § 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG beschlossen, durch die die Anwendung der Vorschriften über die Musterfeststellungsklage im arbeitsgerichtlichen Verfahren ausdrücklich ausgeschlossen wird.

### **2. Verdachtskündigung: Unzureichende Anhörung bei Stellungnahmefrist von zwei Arbeitstagen für den Arbeitnehmer (LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 21.03.2018 – 3 Sa 398/17)**

Der als Entwicklungsingenieur beschäftigte Kläger stritt sich mit seiner Arbeitgeberin, der Beklagten, schon mehrfach bis vor das LAG über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses. Im vom LAG nunmehr entschiedenen Fall ging es neben einer Versetzung und einer Änderungskündigung um eine fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 12.08.2016, die u.a. mit dem Verdacht von Straftaten begründet wurde. Im Zuge der im Rechtsstreit ebenfalls streitigen Versetzung des Klägers aus der Entwicklungsabteilung in den Außendienst erhielt der Kläger von der Beklagten im Juni 2016 einen Laptop ausgehändigt. Er war

seitdem durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Nachdem der Kläger größere Datenmengen über den Laptop heruntergeladen hatte, verlangte die Beklagte den Laptop heraus. Am 03.08.2016 übersandte der Kläger der Beklagten einen anderen Laptop. Ob dies versehentlich erfolgte, ist zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls gab die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 04.08.2016, in dessen Briefkasten frühestens am Abend eingegangen, Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 08.08.2016, 13.00 Uhr. Als die Frist verstrichen war, brachte die Beklagte die außerordentliche Verdachtskündigung auf den Weg.

Das LAG hat dem Kläger Recht gegeben und die Kündigung für unwirksam erachtet. Das LAG hielt – angesichts des Umstands, dass sich die Parteien bereits anderweitig in vertraglichen und auch gerichtlichen Auseinandersetzungen befanden, in welchen sich der Kläger stets anwaltlich vertreten ließ – die Stellungnahmefrist von nicht einmal zwei vollen Arbeitstagen bis Montagmittag für in jeder Hinsicht unangemessen kurz. Dies gilt nach Ansicht des LAG umso mehr, als dass die Beklagte das Anhörungsschreiben nicht zugleich dem Prozessbevollmächtigten des Klägers – ggf. auch per Fax – zugesandt hatte. Außerdem hat sie gewusst, dass der Kläger arbeitsunfähig krank gewesen ist. Sie musste somit damit rechnen, dass sich dieser gerade nicht durchgängig zu Hause aufhält.

### **3. Rechtswidrigkeit einer Betriebsratsanhörung (LAG Hessen, Urteil v. 24.11.2017 – 14 Sa 1256/16)**

Die Parteien streiten um die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses als Kellner. Der Kläger ist bei der Beklagten als Kellner beschäftigt. In dem Betrieb der Beklagten, dem der Kläger zuzuordnen ist, besteht ein Betriebsrat. Am 08.12.2015 setzte die Beklagte am Arbeitsplatz des Klägers Testkäufer ein, um zu überprüfen, ob die Käufe von den Mitarbeitern ordnungsgemäß boniert und kassiert werden. Der genaue Ablauf der Testkäufe in der „B“ ist zwischen den Parteien streitig. Der Kläger wurde an diesem Tag in seiner Arbeitspause von der im Übrigen in einem anderen Bistro der Beklagten beschäftigten Frau C. vertreten. Diese hatte vergessen, sich im Kassensystem abzumelden, nachdem ihre Pausenvertretung beendet war. Als der Kläger nach Beendigung seiner Pause den ersten Kassiervorgang durchführte, fiel Frau C. ihr Versäumnis auf und sie machte den Kläger hierauf aufmerksam und meldete sich sodann von der Kasse ab. Der genaue diesbezügliche Ablauf ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Anhörungsschreiben vom 17.12.2015 hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat zu einer geplanten fristlosen außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Änderungskündigung des Klägers an.

Die Anhörung lautete auszugsweise:

*„(...) wurde festgestellt, dass er Herr D. wiederholt gegen die Kassenvorschriften verstoßen hat und Produkte an Kunden verkauft hat, ohne diese ordnungsgemäß zu bonieren. Die entsprechenden Verkäufe sind auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt durch Herrn D. nachgebucht worden. (...) Wir müssen aufgrund der Häufung binnen kurzer Zeit davon ausgehen, dass durch Herrn D. ein altbekanntes Manipulationssystem, wie es auch bereits durch andere Mitarbeiter in der Vergangenheit praktiziert wurde, vorgenommen worden ist (...). Auf die Höhe des Geldbetrages kommt es dabei nicht an. Allerdings ist insoweit festzustellen, dass Herr D. einen Betrag von knapp 20,00 € an der Kasse vorbeigewirtschaftet hat, also ein Betrag, der seinen Stundenlohn deutlich übersteigt. Aus dem Gesamtbild (systematisches Vorgehen bei den Manipulationen) ergibt sich für uns, dass hier ein planvolles Manipulationsverhalten der Arbeitnehmerin vorliegt.“*

Die Beklagte kündigte das Anstellungsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage des Klägers stattgegeben. Die Berufung der Beklag-

ten hatte keinen Erfolg. Das LAG hat festgestellt, dass die Kündigungen der Beklagten unwirksam sind, weil die Beklagte den Betriebsrat zu den Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört hat.

§ 102 BetrVG begründet für den Arbeitgeber die Pflicht, dem zuständigen Betriebsrat den für die Kündigung maßgebenden Sachverhalt so genau und umfassend mitzuteilen, dass dieser ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Hierzu gehören die Informationen über die Person des Arbeitnehmers, Art und Termin der beabsichtigten Kündigung und über den konkreten Kündigungsgrund. Die Anhörungspflicht des Arbeitgebers ist dabei subjektiv determiniert. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat also die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Betriebsratsanhörung als Kündigungsgrund angegeben, der Kläger habe am 08.12.2015 systematische Manipulationen zu ihren Lasten vorgenommen, indem er im Zeitraum einer Viertelstunde mehrere Verkäufe nicht ordnungsgemäß boniiert, dazwischen aber immer wieder korrekte Buchungen vorgenommen habe. Jedenfalls bestehe der Verdacht einer solchen systematischen Manipulation. Die Beklagte gehe nach Abschluss der Ermittlungen davon aus, dass der Kläger knapp 20,00 € zu ihren Lasten unterschlagen habe, jedenfalls der dringende Tatverdacht von Unterschlagungen in diesem Umfang bestehe.

Nach den unstreitigen Tatsachen ist die Kammer davon ausgegangen, dass der Kläger im Rahmen seiner Kassentätigkeit keine systematischen Manipulationen vorgenommen hat, keine Unterschlagungen im Umfang von knapp 20,00 € zu Lasten der Beklagten begangen hat und auch keine Umstände vorliegen, die diesbezüglich einen dringenden Tatverdacht begründeten. Übrig blieb nach den Feststellungen des LAG nur eine mögliche Manipulation im Rahmen eines Testkaufs betreffend eines Panini Schinken/Käse und eines Milchkaffees zum Kaufpreis von 10,00 €. Dies begründete aber weder den Tatvorwurf noch den Tatverdacht der Vornahme systematischer Manipulationen und Unterschlagungen durch den Kläger, sondern stellt lediglich einen Einzelfall einer Unterschlagung dar. Zum Kündigungsgrund einer einzelnen Unterschlagung ist der Betriebsrat vorliegend nicht, jedenfalls nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die Beklagte hat im Rahmen der Betriebsratsanhörung mehrfach betont, gerade nicht wegen eines vereinzelt Vorgangs, sondern wegen systematischen Vorgehens des Klägers, jedenfalls des entsprechenden Tatverdachts, zu kündigen. Somit konnte die Beklagte die Kündigung nicht auf den Einzelfall einer Unterschlagung stützen.

**4. Vorsicht bei der Vereinbarung über die Beendigung** des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Regelrentenalters in unbefristeten Arbeitsverträgen: Das BAG hat jüngst entschieden, dass die Vereinbarung einer Regelrentenaltersklausel in einem unbefristeten Arbeitsvertrag nur dann wirksam sei, wenn beide Arbeitsvertragsparteien vor Beginn des Arbeitsverhältnisses einen von beiden Seiten unterschriebenen Arbeitsvertrag erhalten haben. Zur Begründung hat das BAG darauf hingewiesen, dass auch in unbefristeten Arbeitsverträgen für die Wirksamkeit einer derartigen Klausel die Schriftform nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) einzuhalten sei, weil es sich in rechtlicher Hinsicht um einen befristeten Arbeitsvertrag handle. Anderenfalls entfalte diese Regelung keine Wirksamkeit. In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte der Kläger behauptet, vor Dienstantritt noch keinen vom Arbeitgeber unterzeichneten Arbeitsvertrag erhalten zu haben. Das BAG hat weiter entschieden, dass eine derartige Altersklausel weder gegen das Transparenzgebot verstoße noch überraschend oder unklar sei. Nach Auffassung des BAG kann eine derartige Regelung auch in Individualarbeitsverträgen wirksam vereinbart werden.

**5. Kündigung infolge nicht ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 SGB IX (vormals: § 95 SGB IX)  
(Arbeitsgericht Hagen, Urteil v. 06.03.2018 – 5 Ca 1902/17; DB 2018, 1600)**

Seit dem 30.12.2016 führt die nicht ordnungsgemäße Anhörung und Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung zur Kündigung von schwerbehinderten Menschen zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Inzwischen liegt die erste veröffentlichte Entscheidung aus Nordrhein-Westfalen zu der Problematik vor. Das Arbeitsgericht Hagen hat in der Entscheidung die Unwirksamkeit der ausgesprochenen (Änderungs-)Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (nunmehr: § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) festgestellt. Das Urteil ist nicht rechtskräftig (Berufung beim LAG Hamm, Aktenzeichen 15 Sa 426/18).

Das Arbeitsgericht vertritt die Auffassung, dass die Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung **bereits abgeschlossen** sein müsse, bevor der Antrag beim zuständigen Integrationsamt gestellt wird. Es schließt sich einer in der Literatur vertretenen Rechtsauffassung an (Schmidt, BB 2017, 2298; Bayreuther, NZA 2017, 90) und differenziert insoweit nicht zwischen der Phase der Unterrichtung und Anhörung. Auf die in der Literatur geäußerte gegenteilige Auffassung, wonach es auch möglich sein soll, zeitgleich mit dem Absenden des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung gegenüber dem Integrationsamt die Schwerbehindertenvertretung umfassend über die Kündigungsabsicht zu unterrichten (Mühlmann, NZA 2017, 886), geht das Arbeitsgericht nicht ein.

Bis zur höchstrichterlichen Klärung der vorliegenden Rechtsfrage empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtssicherheit, die Schwerbehindertenvertretung bereits vor Einreichung des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt zu unterrichten und anzuhören.

**6. Umfrage des Instituts der Deutschen Wirtschaft zu den Ergebnissen der Betriebsratswahlen im Jahr 2018**

Hierzu fügen wir in der **Anlage** den aktuellen Fragebogen des IW bei.

Mit freundlichen Grüßen

  
Michael Grütering  
(Geschäftsführer)