

## Mandanteninfo Oktober 2019

### Unterrichtung über Einstellung muss rechtzeitig, also vorher erfolgen

*Ein Antrag des Betriebsrats nach § 101 BetrVG, eine ohne seine Zustimmung durchgeführte Einstellung eines Arbeitnehmers aufzuheben, wird nicht dadurch unbegründet, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat während des Verfahrens nach § 101 BetrVG nachträglich über die bereits erfolgte Einstellung unterrichtet, ohne diese zuvor aufzuheben, und der Betriebsrat nicht innerhalb der Wochenfrist nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG seine Zustimmung unter Angabe beachtlicher Gründe schriftlich verweigert. Die Fiktionswirkung nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG kann nur eintreten, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat vor der Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichtet hat. Eine erst nach der Aufnahme der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer vorgenommene nachträgliche Unterrichtung des Betriebsrats kann die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zu der bereits erfolgten Einstellung nicht bewirken.*

BAG, Beschluss vom 21.11.2018 – 7 ABR 16/17 (amtlicher Leitsatz)

Der Arbeitgeber hatte hier einen Mitarbeiter eingestellt und den Betriebsrat zuvor lediglich gemäß § 105 BetrVG unterrichtet, da er davon ausging, dass es sich dabei um einen leitenden Angestellten handelte. Der Betriebsrat sah dies anders (zu Recht – später wurde gerichtlich geklärt, dass der Betreffende kein leitender Angestellter war) und leitete ein Verfahren gemäß § 101 BetrVG auf Aufhebung der personellen Maßnahme ein. Nach dem Gütetermin in diesem Verfahren hörte der Arbeitgeber den Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG vorsorglich und rückwirkend zu der fraglichen Einstellung an. **Der Betriebsrat hat daraufhin die Zustimmung nicht frist- und formgerecht gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG (innerhalb einer Woche schriftlich unter Angabe von Gründen) verweigert, da er die nachträgliche Anhörung zu einer bereits durchgeführten personellen Maßnahme für unzulässig hielt.**

Erfolgt die Zustimmungsverweigerung nicht frist- und formgerecht, so tritt grundsätzlich gemäß § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG die sogenannte Zustimmungsfiktion ein, die Zustimmung gilt als erteilt. Das BAG stellt hier klar, dass diese Fiktionswirkung nur dann eintreten kann, wenn der Arbeitge-

Stefan Bell  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Regine Windirsch  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Sozialrecht

Sigrid Britschgi  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Familienrecht

Christopher Koll  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Wiebke Haverkamp  
Rechtsanwältin

Stefanie Dach  
Rechtsanwältin

Ingrid Heinlein  
Vorsitzende RichterIn  
am LAG a.D.

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de

www.fachanwaeltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 005  
IBAN:  
DE27 300700240477455005  
BIC: DEUTDE3333

St.-Nr. 5103/5013/0229

Kooperation in  
Zivil- und Strafrecht  
mit Kanzlei Tim Engels,  
Düsseldorf

ber den Betriebsrat vor der Einstellung gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichtet hat. **War die Anhörung unvollständig, so kann dies auch im Laufe des Verfahrens gemäß § 101 BetrVG durch Ergänzung geheilt werden, bei einer vollständig unterbliebenen Anhörung ist eine Heilung durch Nachholung aber nicht möglich. Der Arbeitgeber muss also zunächst die Einstellung aufheben und kann dann gegebenenfalls ein neues Besetzungsverfahren einleiten.**

Zur Begründung verweist das BAG zunächst auf den Wortlaut von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, wonach der Arbeitgeber den Betriebsrat „vor“ der Einstellung zu unterrichten und die Zustimmung zu der „geplanten“ Maßnahme einzuholen hat. Auch nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechtes müsse die Beteiligung des Betriebsrates erfolgen, wenn noch keine abschließende Entscheidung gefallen ist oder diese zumindest noch unproblematisch revidiert werden kann.

Das Aufhebungsverfahren nach § 101 BetrVG dient laut BAG dazu, zu gewährleisten, dass der Arbeitgeber die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten zukünftig achtet. **„Anderenfalls könnte der Arbeitgeber die Beteiligung des Betriebsrats unterlassen, die personelle Maßnahme durchführen, abwarten, ob der Betriebsrat von sich aus durch Einleitung eines Verfahrens nach § 101 BetrVG initiativ wird und die Beteiligung dann nachholen, ohne die Maßnahme aufheben zu müssen. Damit würde das Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG faktisch auf ein Einspruchsrecht reduziert“** (Rn. 23 der Entscheidung).

**Fazit:**

Das BAG wird in dem zuletzt angeführten Zitat deutlich. Genau so sind aber einige Arbeitgeber bereits vorgegangen. Dieser Praxis schiebt das BAG nun einen Riegel vor und stärkt die Position des Betriebsrates bei Verfahren nach § 101 BetrVG erheblich.

Der vorliegenden Entscheidung lag der Streit um eine Einstellung zugrunde. In den Gründen spricht das Gericht jedoch häufig allgemein von personellen Maßnahmen. Angesichts der Begründung der Entscheidung ist nicht ersichtlich, warum diese nicht auch auf andere personelle Maßnahmen wie etwa die Versetzung zu übertragen sein sollte. Während bei der Frage, ob die Aufhebung einer Einstellung nicht nur beantragt, sondern auch durchgesetzt werden soll, häufig auch die gegenteiligen Interessen des betroffenen Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, der seinen Arbeitsplatz behalten möchte, sieht dies z. B. bei einer gegen den Willen des Betroffenen erfolgten Versetzung anders aus.

**Stefani Dach, Rechtsanwältin  
Bell & Windirsch, Britschgi & Koll Anwaltsbüro**