

# Die Durchsetzung des Rechtsstaats im Betrieb – Verdachts- und Bagatelkkündigungen und die Mitbestimmung des Betriebsrats

*Rechtsanwälte Wolfgang Trittin / Patrick Fütterer, Frankfurt/IM*

## I. Einleitung

Seit dem Fall »Emmely« ist die Rspr. zu Verdachts- und Bagatelkkündigungen Gegenstand wachsender öffentlicher Kritik geworden. Be-

trachtet man sich die in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Fälle, so ist der häufig geäußerte Verdacht nicht von der Hand zu weisen, dass es den AG in diesen Fällen weniger um ein gestörtes Vertrauensverhältnis ging als darum, sog. »low performer« oder unliebsame

betriebliche Interessensvertreter loszuwerden. Bisher zeigt sich das BAG von dieser Kritik unbeeindruckt.<sup>1</sup> Arbeitgebernahe Professoren glauben sogar mit der Diffamierungen der Betroffenen und/oder der Gewerkschaft ver.di zum Gegenangriff übergehen zu müssen.<sup>2</sup> Im folgenden wird davon ausgegangen, dass das BAG grundsätzlich an seiner Rspr. festhalten wird. Danach dürfen AG weiter den sich aus objektiven Tatsachen ergebenden schwerwiegenden Verdacht einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung als Kündigungsgrund heranziehen.<sup>3</sup> Gleichzeitig kann diese Pflichtverletzung bereits bei Vermögensdelikten im Bagatellbereich vorliegen.<sup>4</sup> Zwar wird von der Rspr. stets auch eine zusätzliche Interessenabwägung vorgenommen, diese aber aufgrund des angeblich gestörten Vertrauensverhältnisses sehr restriktiv gehandhabt.<sup>5</sup>

Durch diese Rspr. eröffnen sich Schutzlücken, insbes. im Sonderkündigungsschutz von BR und anderen betrieblichen Interessensvertretern, da Verdachts- und Bagatellkündigungen auch und vor allem zur Begründung von außerordentlichen Kündigungen herangezogen werden können. Im Rahmen einer gezielten »Union Busting« – Kampagne nach Vorbild des mittlerweile beruchtigten RA *Helmut Naujoks*<sup>6</sup> stehen findigen Arbeitgebern mit der Verdachts- und Bagatellkündigung weitere Instrumente zur Zerschlagung einer unbequemen betrieblichen Interessenvertretung zur Verfügung. In diesem Beitrag soll daher untersucht werden, inwieweit Betriebsrate (BR) die Möglichkeit haben, insbes. unter Ausnutzung ihrer Mitbestimmungsrechte, betriebliche Regelungen zum Umgang mit Verdachts- und Bagatellkündigungen zu schaffen.

## II. Vorbeugung gegen Verdachtsmomente

Durch Einsatz der betrieblichen Mitbestimmung und Durchsetzung klarer betrieblicher Regelungen kann dem kündigungsrelevanten Verdacht eines Vermögensdelikts bereits vorgebeugt werden.

### 1. Reisekosten- und Spesenabrechnungen

Die Überprüfung der Reisekosten- und Spesen-, insbes. der Kilometerabrechnungen, ist vor allem bei Außendienstmitarbeitern ein beliebtes Mittel, einen Verdacht des Betrugs gegen den AN zu begründen. Die Instanzrechtsprechung ist dem teilweise entgegengetreten. So ist das LAG *München* in seiner Entscheidung v. 12.12.2007<sup>7</sup> in einem Fall, in dem ein AG die für eine Strecke abgerechneten Fahrkilometer mit denen eines Routenplaners verglichen hatte, um einen Verdachtsmoment zu begründen, davon ausgegangen, dass Abweichungen von im Durchschnitt etwa 15% keinen schwerwiegenden Verdacht begründen können. Das LAG *Niedersachsen* nahm in seiner Entscheidung v. 4.6.2004<sup>8</sup> an, dass bei einem AN, der Reisekostenabrechnungen erstellt, die unzutreffende Kilometerangaben erhalten, und diese dem AG zur Erstattung der Reisekosten vorlegt, obwohl er weiß, dass seine Angaben jederzeit leicht nachprüfbar sind und er mit zumindest stichprobenartigen Kontrollen rechnen muss, der Rückschluss auf ein vorsätzliche Erstellen falscher Abrechnungen in Täuschungs- und Bereicherungsabsicht nicht möglich ist, sondern der AN allenfalls nachlässig gehandelt hat.

Da der AG jedoch grundsätzlich die Möglichkeit hat, bei den Abrechnungen beliebig viele zurückliegende Jahre zu überprüfen, kann er immer wieder auf Unregelmäßigkeiten stoßen, die ein AN

nicht mehr erklären kann. Auch ist nicht sicher, dass jeder Arbeitsrichter dieser Instanzrechtsprechung folgen wird. Gerade in einem zugespitzten Konflikt zwischen BR und AG kann jedoch bereits eine erstinstanzliche Niederlage verheerend sein. Hier kann das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Ziffer 4 BetrVG bei der Auszahlung des Arbeitsentgelts einen Ausweg aufzeigen. Zum Arbeitsentgelt gehören nach h.A. auch Reisekosten und Spesen.<sup>9</sup>

Der BR könnte daher bspw. eine Regelung anstreben, die dem AG bei der Abrechnung und Auszahlung der Reisekosten und Spesen eine einmonatige Prüfungs- und Beanstandungspflicht der Abrechnungen auferlegt und er nach Ablauf dieser Frist auf Sanktionen wie Abmahnungen oder Kündigungen verzichtet. Ungeklärt ist noch, inwieweit eine solche Regelung erzwingbar wäre. Der Wortlaut der Vorschrift spricht nicht gegen eine erzwingbare Mitbestimmung, da mit Art der Auszahlung nicht nur Fragen der unmittelbaren Auszahlung wie der Barzahlung, der Zahlung per Scheck oder der Überweisung auf ein Bankkonto, sondern auch sonstige die Auszahlung prägenden Umstände erfasst sein können. Auch der insbes. in der Rspr. zur Mitbestimmung bei der Kontoführungsgebühr zum Ausdruck kommende Schutzzweck der Mitbestimmung,<sup>10</sup> für die AN negative Nebenfolgen der Entgeltauszahlung zu vermeiden, lässt sich für ein weites Verständnis der Norm anführen. Jedenfalls durfte sich ein AG, der keine Hintergedanken verfolgt, in den seltensten Fällen einer solchen Regelung verweigern, die für alle Beteiligten Klarheit schafft.

### 2. Taschen-, Tor- und Schrankkontrollen

Auch Taschen-, Tor- und Schrankkontrollen sind beliebte Instrumente, um auf Verdachtsmomente zu stoßen. Da sie die Ordnung und das Verhalten der AN im Betrieb regeln, unterliegen sie nach der Rspr. der Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG<sup>11</sup>. Der BR kann daher umfangreiche Verfahrensregelungen für diese Kontrollen durchsetzen. Diesbezüglich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in der Rspr. des BAG ein Beweisverwertungsverbot bei mitbestimmungswidrig erlangten Beweismitteln bisher nicht anerkannt wurde.<sup>12</sup> Daher ist hierfür eine zusätzliche nicht erzwingbare Abrede mit dem AG zweckmäßig, in der er sich verpflichtet, auf die Verwendung der mitbestimmungswidrig erlangten Kenntnisse zu verzichten.

<sup>1</sup> So ist BAG-Präsidentin *Ingrid Schmidt* in der SZ v. 29.12.2009 der Ansicht, dieses Verhalten habe »mit fehlendem Anstand« zu tun.

<sup>2</sup> *Rieble*, NJW 2009, 2101 ff.

<sup>3</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, AuR 1995, 102, 229.

<sup>4</sup> BAG 17.05.1984, 2 AZR 3/83, NJW 1985, 284.

<sup>5</sup> BAG 12.8.1999, 2 AZR 923/98, AuR 1999, 486.

<sup>6</sup> Vgl. bspw. Artikel in der SZ v. 13.07.2007.

<sup>7</sup> BAG 12.12.2007, 5 TaBV 47/06.

<sup>8</sup> LAG *Niedersachsen* 4.6.2004, 10 Sa 198/04

<sup>9</sup> *Fitting*, § 87 Rn. 180; *GK-Wiese*, § 87 Rn. 425; *Richard*, § 87 Rn. 413; *DKK-Klebe*, § 87 Rn. 105.

<sup>10</sup> BAG 12.11.1997, 7 ABR 78/96, AuR 1998, 170.

<sup>11</sup> BAG 17.8.1982, 1 ABR 50/80; BAG 12.8.1999, 2 AZR 923/98, Fn. 5.

<sup>12</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, AuR 2005, 453, mit Anm. *Wedde*; BAG 13.12.2007, 2 AZR 537/06, AuR 2008, 398, mit Anm. *Lersch/Wembrenner*.

### III. Regelung des Umgangs mit Verdachtsmomenten und Bagatelldelikten

Verdachtsmomente, gerade im Bagatellbereich werden sich durch die bereits beschriebenen vorbeugenden Maßnahmen nie vollständig ausschließen lassen. Daher sollte auch der Umgang mit Verdachtsmomenten und Bagatelldelikten unmittelbar geregelt werden.

#### 1. Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG

Ein Mitbestimmungsrecht konnte im Rahmen einer Betriebsbußenordnung zur Sanktionierung von Verstößen gegen die betriebliche Ordnung gem. § 87 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG bestehen. Nach st. Rspr. bedarf der AG für die Verhängung einer Betriebsbuße des vorherigen durch Betriebsvereinbarung geregelten Abschlusses einer Betriebsbußenordnung zwischen AG und BR.<sup>13</sup> Voraussetzungen und Verfahren bei der Verhängung einer Betriebsbuße müssen rechtsstaatlichen Grundsätzen<sup>14</sup> entsprechen, insbes. ist dem AN rechtliches Gehör zu gewähren, und der BR muss der Verhängung jeder einzelnen Buße zustimmen.<sup>15</sup> Dabei ist denkbar, wenn nicht sogar erforderlich, die Verhängung einer Betriebsbuße allein wegen des Verdachts eines Verstoßes auszuschließen.

Bei der Betriebsbußenordnung ist jedoch zwischen dem Verstoß gegen die kollektive betriebliche Ordnung und einem gleichzeitig mitverwirklichten arbeitsvertragswidrigen Verhalten zu unterscheiden. Hierbei kann sich nämlich der AG darauf beschränken, wegen des arbeitsvertragswidrigen Verhaltens eine mitbestimmungsfreie Abmahnung und dann letztlich eine mitbestimmungsfreie Kündigung auszusprechen, da sie nicht dazu dienen, begangenes Unrecht zu sanktionieren.<sup>16</sup> Ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht besteht in Bezug auf Abmahnungen und Kündigungen daher nicht.

Auch hier kommt wieder eine freiwillige Abrede mit dem AG in Betracht, auf weitergehende arbeitsvertragliche Maßnahmen wie Abmahnungen oder Kündigungen zu verzichten. Problematisch ist die Abrede über den Ausschluss bestimmter Formen der außerordentlichen Kündigung bei einem bloßen Verdacht oder im Bagatellbereich. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nämlich nach h. M. dem Grunde nach für beide Vertragsteile unabdingbar und kann weder einzelvertraglich noch durch kollektivvertragliche Vereinbarungen von vornherein ausgeschlossen werden.<sup>17</sup>

Eine Einschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung des AG wird jedoch für zulässig gehalten, soweit sie nicht unzumutbar ist.<sup>18</sup> Die Beschränkung der außerordentlichen Kündigung auf bestimmte Kündigungsgründe soll sich ebenfalls hieran messen lassen.<sup>19</sup> So soll der Ausschluss der außerordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung bei ordentlich nicht kündbaren AN unzulässig sein. Der Ausschluss von Verdachts- und Bagatellkündigungen betrifft nur personen- und verhaltensbedingte Kündigungsgründe. Da in Rspr. und Lit. schon de lege lata die Rechtmäßigkeit von Verdachts-<sup>20</sup> und Bagatellkündigungen<sup>21</sup> diskutiert wird, dürfte erst recht die Vereinbarung einer entsprechenden Einschränkung des Kündigungsrechts des AG nicht unzumutbar sein. Damit kann auch der Ausschluss von Verdachts- und Bagatellkündigungen mit dem AG vereinbart werden.

#### 2. Mitbestimmungsrecht gemäß § 95 BetrVG

Als Möglichkeit zur Regulierung von Verdachts- und Bagatellkündigungen könnte die Mitbestimmung bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien gem. § 95 BetrVG in Betracht kommen. Danach bedürfen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen der Zustimmung des BR. Gem. § 95 Abs. 2 BetrVG besteht bei mehr als 500 betriebsangehörigen AN auch ein Initiativrecht des BR bezüglich der bei solchen Maßnahmen zu beachtenden fachlichen, persönlichen Voraussetzungen und sozialen Gesichtspunkte verlangen.

##### a) Auswahlrichtlinien bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen

Ob die Mitbestimmung nicht nur bei betriebsbedingten sondern auch bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen eingreift ist umstritten. Einer in der Lit. verbreiteten Ansicht nach greift die Mitbestimmung nicht nur bei betriebsbedingten, sondern auch bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen.<sup>22</sup> Die Gegenansicht lehnt dies ab, da eine Auswahl allein bei einer betriebsbedingten Kündigung in Betracht komme.<sup>23</sup>

Der Wortlaut ist nicht zwingend, da alle personellen Einzelmaßnahmen ohne Einschränkungen angesprochen werden und bei Einstellungen und Versetzungen eine solche Einschränkung nicht vertreten wird. Der Wortlaut des § 95 Abs. 2 BetrVG, wonach fachliche und personliche Voraussetzungen zu berücksichtigen sind, spricht hingegen für eine Ausdehnung auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen, da bei der sozialen Auswahl im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung ausschließlich soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind und der Bezugspunkt dieser zusätzlichen Voraussetzungen andernfalls unklar wäre. Maßgeblich spricht der Schutzzweck des Gesetzes für eine Erstreckung auch auf verhaltens- und personenbedingte Kündigungen. So hat das BAG ausgeführt, dass es gesetzgeberische Absicht war, eine Versachlichung und Durchschaubarkeit personeller Einzelmaßnahmen herbeizuführen und diese auch dort greifen kann, wo es nicht um eine echte Auswahl unter mehreren in Frage kommenden AN, sondern um eine bloße Einzelentscheidung geht.<sup>24</sup>

Das BAG hat in seiner Entscheidung v. 26.7.2005<sup>25</sup> festgestellt, dass Auswahlrichtlinien in erster Linie bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht kämen, was den Rückschluss erlaubt, dass sie bei

<sup>13</sup> BAG 18.7.2006, AP Nr. 15 zu § 850 ZPO.

<sup>14</sup> Fitting, § 87 Rn. 93.

<sup>15</sup> BAG 5.12.1975, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße.

<sup>16</sup> BAG 5.12.1975, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße; BAG 5.2.1986, AP Nr. 12 zu § 339 BGB, Bl. 3.

<sup>17</sup> BAG 19.12.1974, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung, APS-Dorner, § 626 BGB Rn. 9, KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 57; Fritk-Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 194; a. A. Gamillscheg, AuR 1981, 105 ff.

<sup>18</sup> KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 64 mwN.

<sup>19</sup> KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 66.

<sup>20</sup> DKZ-Zwanziger/Daubler, § 626 Rn. 152 mwN.

<sup>21</sup> Klueß, NZA 2009, 337, 342 f.

<sup>22</sup> Fitting, § 95 Rn. 23; Daubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn. 1041a; HaKo-BetrVG/Kreuder, § 95 Rn. 15; Gester/Zachert, JarbR, Bd. 12 [1975], 98; DKK-Klebe § 87 Rn. 24;

<sup>23</sup> GK-Kraft/Raab, § 95 Rn. 35 f.; MünchArbR-Matthes, § 349 Rn. 23; Richardi-Thomas, § 87 Rn. 37.

<sup>24</sup> BAG 31.5.1983, AP Nr. 2 zu § 95 BetrVG 1972.

<sup>25</sup> BAG 26.7.2005, 1 ABR 29/04, AuR 2006, 38.

verhaltens- und personenbedingten Kündigungen nicht ausgeschlossen sind. Damit ist das Mitbestimmungsrecht auch auf verhaltens- und personenbedingte Kündigungen zu erstrecken.

#### b) Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers

Fraglich ist, ob und wie weit mit Auswahlrichtlinien auch das Kündigungsrecht des AG eingeschränkt werden kann. Zunächst ist davon auszugehen, dass Auswahlrichtlinien nicht gegen zwingendes Gesetz verstoßen dürfen.<sup>26</sup> Da das KSchG nur einseitige zwingende Wirkung zugunsten der AN hat, wird gefolgert, dass eine verbindliche Einschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts des AG zulässig ist.<sup>27</sup>

Die Gegenansicht lehnt dies ab und folgert aus dem Begriff der Richtlinie, dass dem AG ein Ermessensspielraum verbleiben müsse.<sup>28</sup> Die Gegenansicht kann jedoch nicht überzeugen. Sie widerspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, der unter dem Begriff der Richtlinie die »Anweisung für jemandes Verhalten in einem bestimmten Einzelfall«<sup>29</sup> bzw. »meist verbindliche Vorschrift, Anweisung, nach der sich jemand [...]«<sup>30</sup> versteht und auf verbindliche Vorgaben abzielt.<sup>31</sup> Auch widerspricht der Ermessensspielraum dem Gesetzeszweck, bei personellen Maßnahmen weitgehende Transparenz und Versachlichung zu erreichen, und würde eine Verschlechterung gegenüber der Rechtslage vor In-Kraft-Treten des BetrVG 1972 bedeuten.<sup>32</sup>

Das BAG äußert sich etwas widersprüchlich, wenn es in seiner Entscheidung v. 27.7.2005<sup>33</sup> ausführt, dass keine Richtlinie mehr vorliege, wenn dem AG kein Entscheidungsspielraum verbleibt, hingegen in der Entscheidung v. 27.10.1992<sup>34</sup> meint, dass eine Richtlinie vorliege, wenn sich im Einzelfall die Entscheidung unmittelbar aus der Regelung ergibt. Aus der Rspr. wird man daher nur folgern können, dass in einer Richtlinie die Kündigungen nicht bis in die letzte Einzelheit geregelt sein dürfen. Die Einschränkung des Kündigungsrechts nur bei bestimmten Kündigungsgründen dürfte hingegen keinen Bedenken begegnen. Folglich wird man für die personenbedingte ordentliche Verdachtskündigung und die verhaltensbedingte ordentliche Bagatellkündigung Einschränkungen durch Auswahlrichtlinien vornehmen können. Bei der außerordentlichen Kündigung ist hingegen zu beachten, dass § 626 BGB dem Grunde nach auch zugunsten des AG zwingendes Gesetzesrecht darstellt. Wie bereits unter I. 1. erörtert, stellt jedoch der Ausschluss von Verdachts- und Bagatellkündigungen eine zumutbare Einschränkung des Kündigungsrechts des AG dar.

Zweifelhaft könnte allenfalls noch die Erzwingbarkeit einer solchen Vereinbarung sein. Hier wird man jedoch auf die Grundsätze zur Anbindung außerordentlicher Kündigungen von AN an die Zustimmung von BR und PR zurückgreifen können. Soweit bei der Verweigerung der Zustimmung eine neutrale Einigungsstelle über die Kündigung zu entscheiden hat, wird hierin keine unzumutbare Einschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung gesehen, selbst wenn sie durch TV erfolgt.<sup>35</sup> Wenn schon ein Einigungsstellenvorsitzender den AG an der ao. Kündigung an sich hindern kann, muss dies wiederum erst Recht für den Ausschluss bestimmter verhaltens- und personenbedingter Kündigungsgründe gelten. Damit ist eine solche Vereinbarung auch erzwingbar. Damit kann durch Auswahlrichtlinien das Kündigungsrecht des AG bezüglich von Verdachts- und Bagatellkündigungen eingeschränkt werden.

## IV. Ergebnis

Die Mitbestimmungsrechte des BR eröffnen neue Perspektiven im Kampf um die Durchsetzung rechtsstaatlicher Grundsätze im Betrieb. Zwar unterliegt nicht jede zweckmäßige Regelung der erzwingbaren Mitbestimmung, sondern ist auf das Entgegenkommen des AG angewiesen. Es bestehen aber Handlungsspielräume die Rspr. des BAG erheblich abzumildern.

<sup>26</sup> BAG 11.3.1976, AP Nr. 1 zu § 95 BetrVG 1972, DKK Klebe, § 95 Rn. 21.

<sup>27</sup> SachsLAG 10.10.2001, NZA 2002, 905, 907, Daubler, Das Arbeitsrecht 1, Schaub, § 144 Rn. 8, DKK Klebe, § 95 Rn. 22; Fitting, § 95 Rn. 12, 24.

<sup>28</sup> GK Kraft/Raab, § 95 Rn. 2, 13, 17; Richardt-Thusing, § 95 Rn. 37.

<sup>29</sup> Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. [2007], S. 1396.

<sup>30</sup> Brockhaus/Wahring, Deutsches Wörterbuch, Bd. 5, [1983], S. 38ff.

<sup>31</sup> DKK Klebe, § 95 Rn. 23.

<sup>32</sup> Weller, RdA 1986, 222, 225.

<sup>33</sup> BAG 26.7.2005, Fn. 24.

<sup>34</sup> BAG 27.10.1992, I ABR 17/92, AuR 1993, 186.

<sup>35</sup> BAG 6.11.1956, AP Nr. 14 zu § 626 BGB, BAG v. 12.11.1997, 7 AZR 422/96, AuR 1998, 334; IAG Köln 24.11.1983, DB 1984, 670, LAG Düsseldorf 25.8.1995, IAG Art. 9 GG Nr. 11, KR Fischermeier, § 626 BGB Rn. 64.