

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, including pipes, beams, and machinery, all slightly out of focus, creating a sense of depth and activity in a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
März 2024**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**ArbG Hamburg: Keine Mitbestimmung bei Guidelines für den Einsatz von ChatGPT über Privataccounts der Arbeitnehmer**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Fehler in der Massentlassungsanzeige – es geht in die nächste Runde (vor den EuGH)**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Der Betriebsrat entscheidet über die Alternative: Webinarschulung oder Präsenzsulung**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Scheinselbständigkeit im Dreiecksverhältnis**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX als Voraussetzung für die Kündigung eines Schwerbehinderten in der Probezeit?**

### **Loschelder Praxistipp**

**Sonderkündigungsschutz (VIII) – Betriebsrat II**

## Neues aus der Rechtsprechung

### **ArbG Hamburg: Keine Mitbestimmung bei Guidelines für den Einsatz von ChatGPT über Privataccounts der Arbeitnehmer**

*Sofern ein Arbeitgeber keine eigene KI-Infrastruktur zur Verfügung stellt, sondern Arbeitnehmern lediglich Vorgaben für die – nicht verpflichtende – Nutzung ihrer privaten ChatGPT-Accounts für die Arbeitsleistung macht, besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dies hat das Arbeitsgericht Hamburg (Beschluss vom 16.01.2024, Az. 24 BVGa 1/24) entschieden.*

#### **Der Fall**

Eine Arbeitgeberin wollte das Potential generativer künstlicher Intelligenz (KI) für ihre Arbeitnehmer als neues Arbeitsmittel nutzbar machen. Im Zuge dessen veröffentlichte sie im Intranet „Guidelines“ und weitere Richtlinien, in welchen den Arbeitnehmern Vorgaben für die Nutzung von KI gemacht wurden. Die Arbeitnehmer wurden nicht dazu verpflichtet, KI im Arbeitsalltag einzusetzen.

Die KI-Systeme wurden von den Arbeitnehmern per Browser angesteuert. Arbeitnehmer, welche KI nutzen wollten, mussten eigene, private Accounts anlegen.

Der Betriebsrat war der Ansicht, sein Mitbestimmungsrecht sei verletzt und beantragte im Wege der einstweiligen Verfügung, dass die Arbeitgeberin die Maßnahmen zurücknehmen und den Arbeitnehmern die KI-Nutzung verbieten solle.

#### **Die Entscheidung**

Das Arbeitsgericht hat einen Verfügungsanspruch verneint, weil kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bestehe, und die Anträge des Betriebsrats zurückgewiesen.

Ein Mitbestimmungsrecht folge nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebsrat habe danach nur bei Maßnahmen mitzubestimmen, die das sogenannte Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betreffen. Maßnahmen, die durch eine Konkretisierung der Arbeitspflicht das Arbeitsverhalten betreffen, seien dagegen mitbestimmungsfrei (BAG vom 23.08.2018, Az. 2 AZR 235/18).

Letztlich stelle die Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmern nur ein neues Arbeitsmittel unter bestimmten Bedingungen zur Verfügung. Die „Guidelines“ seien lediglich Anordnungen, welche die Art und Weise der Arbeitserbringung betreffen.

Auch aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, welcher die Anwendung von technischen Überwachungseinrichtungen regelt, folge kein Mitbestimmungsrecht.

Eine Überwachung durch den Arbeitgeber sei hier nicht möglich. Die Arbeitnehmer müssten selbst einen Account bei dem betreffenden KI-Anbieter anlegen. Die Arbeitgeberin erhalte keinerlei Meldung darüber, wann welcher Arbeitnehmer wie lange und mit welchem Anliegen die KI nutze.

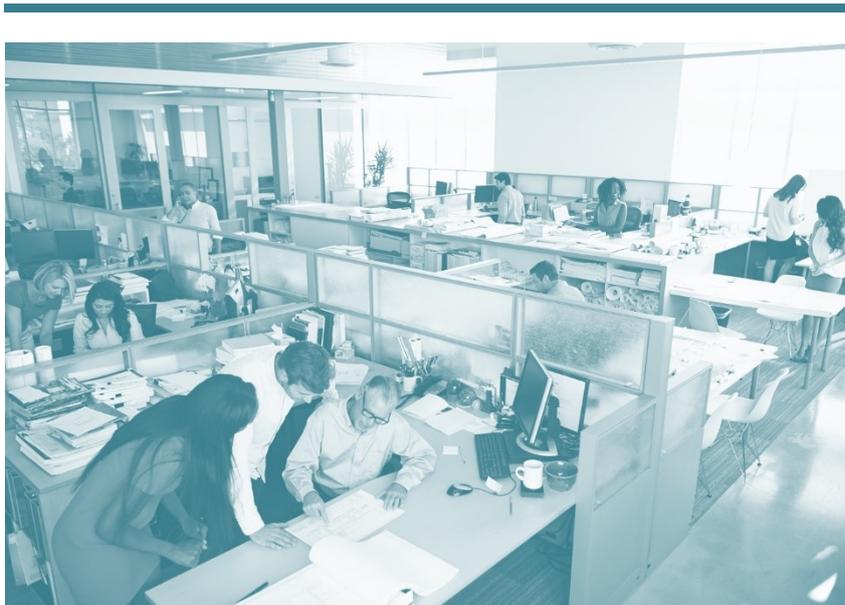
### **Die Folgen**

Es handelt sich um die erste gerichtliche Entscheidung zur Mitbestimmung im Zusammenhang mit der Regulierung von KI als Arbeitsmittel im Betrieb.

Der Beschluss sollte aufgrund der Besonderheiten des Sachverhalts nicht als Freibrief für die mitbestimmungsfreie Einführung jeglicher Art von KI im Betrieb gelesen werden. Im Kern hat die Arbeitgeberin im entschiedenen Fall kein eigenes KI-System eingeführt, sondern lediglich Regeln für die Nutzung privater KI-Accounts durch Arbeitnehmer bei der Arbeitsleistung aufgestellt.

Vorgaben für die KI-Nutzung sind ratsam, wenn Arbeitgeber die Verwendung von KI nicht vollständig verbieten möchten. KI nutzende Mitarbeiter sollten für die Risiken im Zusammenhang mit Datenschutz, Geheimnisschutz und Urheberrechten sensibilisiert werden. Durch den Beschluss wurde erstmals gerichtlich bestätigt, dass derartige Guidelines für sich gesehen nicht mitbestimmungspflichtig sind. Auch in Betrieben mit Betriebsrat können und sollten sie daher als Sofortmaßnahme eingeführt werden.

Vorsicht ist dann geboten, wenn der Arbeitgeber die KI-Systeme selbst zur Verfügung stellt. KI-Anbieter ermöglichen dann häufig eine Auswertung des Nutzungsverhaltens der Arbeitnehmer. Bei Microsofts „Copilot“ muss beispielsweise beachtet werden, dass dieser regelmäßig in Office 365 integriert ist und dem Arbeitgeber hierüber Kontrollmöglichkeiten eröffnet. Daher ist in diesen Fällen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betroffen.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Fehler in der Massentlassungsanzeige – es geht in die nächste Runde (vor den EuGH)

*In unserer Januar-Ausgabe dieses Newsletters haben wir über eine sich abzeichnende Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Umgang mit Fehlern in der Massentlassungsanzeige berichtet ([hier](#) abrufbar). Der 6. Senat des BAG hatte angekündigt, von der bisherigen Rechtsprechung des 2. Senats des BAG abweichen zu wollen, wonach Fehler in der Massentlassungsanzeige zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen führen. Zu diesem Zweck hatte der 6. Senat bei dem 2. Senat angefragt, ob dieser an seiner Rechtsprechung festhalte. Die abschließende Klärung dieser Frage wird noch auf sich warten lassen, weil nun zunächst der EuGH konsultiert wird.*

#### Ausgangslage

§ 17 KSchG verpflichtet den Arbeitgeber, bei Erreichen bestimmter Schwellenwerte vor dem Ausspruch einer Vielzahl an Kündigungen ein Massentlassungsverfahren durchzuführen. Der Arbeitgeber ist insbesondere verpflichtet, vor jeder Massentlassung Anzeige bei der Agentur für Arbeit zu erstatten (§ 17 Abs. 1 KSchG). Unterlaufen dem Arbeitgeber bei der Massentlassungsanzeige Fehler, sind sämtliche auf dieser Grundlage ausgesprochenen Kündigungen gemäß § 134 BGB i.V.m. § 17 Abs. 1, 3 KSchG unwirksam. Dieses vom BAG vertretene äußerst scharfe Sanktionssystem führte somit zu erheblichen Risiken für Arbeitgeber.

## **Auffassung des 6. Senats**

Der 6. Senat aber kündigte eine Rechtsprechungsänderung dahingehend an, dass Fehler in der Massenentlassungsanzeige nicht mehr zur Unwirksamkeit der Kündigungen führen sollen. Zuvor hatte er den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren zu der Frage angerufen, welchem Zweck die Übermittlung einer Abschrift der Unterrichtung des Betriebsrats gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG an die Agentur für Arbeit diene. Der EuGH hatte entschieden, dass die entsprechende Regelung in der Massenentlassungsrichtlinie nicht den Individualschutz der Arbeitnehmer bezweckt, sondern Informations- und Vorbereitungszwecken dient und damit arbeitsmarktpolitische Zwecke verfolgt. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2023 folgte der 6. Senat dieser Auffassung und stellte dem 2. Senat die Frage, ob dieser an seiner anderslautenden Rechtsprechung festhalte (sog. Divergenzfrage).

## **(Noch) keine Antwort des 2. Senats**

Der Ball lag somit auf der Seite des 2. Senats. Der 2. Senat hätte an seiner Rechtsprechung entweder festhalten und damit den Großen Senat des BAG einschalten oder seine Rechtsprechung aufgeben können. Stattdessen wählte er einen dritten Weg: Der 2. Senat rief seinerseits im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zunächst den EuGH an, um Fragen im Zusammenhang mit der sog. Entlassungssperre klären zu lassen. Nach Art. 4 Abs. 1 MERL und § 18 Abs. 1 KSchG werden angezeigte Entlassungen frühestens 30 Tage nach der Anzeige wirksam (falls die Arbeitsbehörde diese Frist nicht verkürzt).

Mit Beschluss vom 1. Februar 2024 (Az. 2 AS 22/23 (A)) stellte er folgende Fragen an den EuGH:

1. Ist die Massenentlassungsrichtlinie dahingehend auszulegen, dass eine Kündigung im Rahmen einer anzeigepflichtigen Massenentlassung das Arbeitsverhältnis eines betroffenen Arbeitnehmers erst beenden kann, wenn die Entlassungssperre abgelaufen ist?
2. Sofern die erste Frage bejaht wird, setzt das Ablaufen der Entlassungssperre eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige voraus?

3. Kann der Arbeitgeber, der anzeigepflichtige Kündigungen ohne (ordnungsgemäße) Massenentlassungsanzeige ausgesprochen hat, die Massenentlassungsanzeige nachholen – mit der Folge, dass nach Ablauf der Entlassungssperre die Arbeitsverhältnisse der betreffenden Arbeitnehmer durch die bereits zuvor erklärten Kündigungen beendet werden können?
4. Kann es der zuständigen Behörde überlassen werden, bindend festzustellen, wann die Entlassungssperre im konkreten Fall abläuft, oder muss dem Arbeitnehmer zwingend ein gerichtliches Verfahren zur Überprüfung der Richtigkeit der behördlichen Feststellung eröffnet sein?

Auch wenn die finale Beantwortung der Fragen noch nicht erfolgt ist, so lassen sich aus den Vorlagefragen und dessen Erläuterungen bereits einige Ansätze des 2. Senats ableiten.

So führt der 2. Senat aus, dass er es durchaus für möglich halte, dass die Unwirksamkeit einer Kündigung aufgrund von Fehlern in der Massenentlassungsanzeige eine unverhältnismäßige Rechtsfolge sei. Allerdings nimmt der 2. Senat eine differenzierte Betrachtung vor:

Erstattet der Arbeitgeber keine Massenentlassungsanzeige, möchte der 2. Senat die Rechtsauffassung vertreten, dass die Rechtswirkungen der Kündigung erst dann eintreten, wenn die Massenentlassungsanzeige nachgeholt worden ist und der Agentur für Arbeit die notwendige Vorbereitungszeit für die Vermittlung zur Verfügung steht. Dieser Zeitraum wird Entlassungssperre genannt und ist in § 18 Abs. 1, 2 KSchG geregelt (sog. Entlassungssperre). Das gekündigte Arbeitsverhältnis besteht bis zum Ablauf des Monatszeitraums des § 18 Abs. 1 KSchG oder des von der Agentur für Arbeit nach § 18 Abs. 2 KSchG festgesetzten Zeitpunkts mit seinen Rechten und Pflichten fort. Danach soll der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jedenfalls bis zum Ablauf der Entlassungssperre die vereinbarte Vergütung fortzahlen müssen, auch wenn er ihn nicht beschäftigt.

### **Warten auf den EuGH**

Der 2. Senat hat den Ball also weitergespielt zum EuGH. Erst wenn der EuGH die vorgelegten Fragen beantwortet hat, wird der 2. Senat sich mit der Divergenzanfrage befassen und entscheiden müssen, ob er an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält oder – was zu begrüßen wäre – sich der Rechtsauffassung des 6. Senats anschließt.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Der Betriebsrat entscheidet über die Alternative: Webinarschulung oder Präsenzsulung

*Die Kosten von Schulungen des Betriebsrats sind häufig Anlass für Konflikte. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einem Beschluss vom 7. Februar 2024 (Az. 7 ABR 8/23) seine bisherige Rechtsprechung zur weitreichenden Entscheidungsbefugnis von Betriebsräten bestätigt. Der Betriebsrat entscheide im Rahmen eines weiten Beurteilungsspielraums in Bezug auf die Erforderlichkeit einer Schulungsmaßnahme darüber, ob Betriebsratsmitglieder an einem Webinar teilnehmen oder eine Präsenzsulung („Reisen Sie zu den schönsten Orten Deutschlands“) wahrnehmen. Das gelte auch, wenn eine Präsenzsulung höhere Kosten zur Folge habe.*

Die dem Betriebsverfassungsgesetz unterfallende Personalvertretung einer Fluggesellschaft mit Sitz in Düsseldorf hatte beschlossen, neue Mitglieder zu einem Seminar „Betriebsverfassungsrecht Teil I“ nach Potsdam zu senden, nachdem die Arbeitgeberin ein Seminar in Binz auf Rügen zunächst abgelehnt hatte. Die Seminargebühren waren für das Webinar und das parallel angebotene Präsenzseminar des gleichen Veranstalters identisch und betrug 1.528,00 € zuzüglich 19 % Mehrwertsteuer. Die Übernachtungs- und Verpflegungskosten lagen bei 1.108,62 € zuzüglich 19 % Mehrwertsteuer. Der Arbeitgeber hatte auf die Möglichkeit der Nutzung des Webinars oder verschiedener ortsnäherer Schulungen verwiesen. Zusätzliche Reisekosten gab es in diesem besonderen Fall nur in geringem Umfang: Man

nutzte einen Flug der Arbeitgeberin nach Berlin, weshalb nur Taxikosten von Berlin nach Potsdam anfielen.

Das BAG bestätigt seine Rechtsprechung, wonach ein Betriebsrat bei der Einschätzung der Erforderlichkeit von Schulungsmaßnahmen einen Beurteilungsspielraum hat. Aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit leitet das BAG ab, dass der Arbeitgeber nur mit Kosten belastet werden darf, die der Betriebsrat im Rahmen ordnungsgemäßer Ermessensausübung für angemessen halten darf.

Das hat auf der ersten Prüfungsstufe zur Folge, dass der Betriebsrat Schulungsmaßnahmen nicht für erforderlich halten darf, wenn die vergleichbaren Kenntnisse zumutbar und kostengünstiger auf andere Weise verschafft werden können. In den Beurteilungsspielraum einzubeziehen sind aber auf einer zweiten Prüfungsstufe auch Qualitätsaspekte, weshalb nur bei gleichwertig zu betrachtenden Schulungsmaßnahmen die kostengünstigere Schulungsmaßnahme zu wählen ist.

Das LAG Düsseldorf als Vorinstanz hatte zu der Qualitätsthematik ausgeführt, der Beurteilungsspielraum des Betriebsrats (im konkreten Fall der Personalvertretung) sei nicht überschritten worden. Es sei eine richtige Überlegung, dass eine Präsenzschulung im Hinblick auf den zu erzielenden Lernerfolg wesentlich effektiver als eine Online Schulung („Webinar“) sei. Das ergebe sich aus der Nähe der Teilnehmer im Schulungsraum und der besseren Möglichkeit zur Fragestellung. Bei Teams oder Zoom sei die Möglichkeit zur Interaktion eingeschränkt und es bestünde die Gefahr, dass die Teilnehmer Fragen zum Thema nicht stellen würden oder sonst aus der Interaktion aussteigen würden.

Der Betriebsrat müsse auch den Wunsch der Teilnehmer selbst zur Teilnahme an einer Präsenzveranstaltung bei der Ermessensausübung berücksichtigen. Diese wüssten schließlich am besten, bei welcher Form der Wissensvermittlung bei ihnen am meisten „hängen“ bleibe. Schließlich lasse sich auch den Wertungen des § 30 Abs. 1 und 2 BetrVG, die die Durchführung der Betriebsratsitzungen in Präsenz oder per Informationstechnologie betreffen, entnehmen, dass eine Präsenzs Schulung vorzugswürdiger sei.

Das BAG bestätigt die Entscheidung des LAG Düsseldorf: In der Pressemitteilung 5/24 führt es aus:

„Ebenso wie ein Betriebsrat hat die Personalvertretung bei der Beurteilung, zu welchen Schulungen sie ihre Mitglieder entsendet, einen gewissen Spielraum. Dieser umfasst grundsätzlich auch das Schulungsformat. Dem steht nicht von vorneherein entgegen, dass bei einem Präsenzseminar im Hinblick auf die Übernachtung und Verpflegung der Schulungsteilnehmer regelmäßig höhere Kosten anfallen als bei einem Webinar.“

Auch wenn es sich um die Entscheidung eines konkreten Falls handelt, bei dem Reisekosten im Rahmen der Bewertung irrelevant gewesen waren, und bislang nur die Pressemitteilung des BAG vorliegt, wird sich die betriebliche Praxis darauf einzustellen haben, dass das BAG auch im Rahmen der Beurteilung „Webinar oder Präsenzschulung“ den weiten, auch und gerade an Qualitätskriterien orientierten, Ermessensspielraum der Betriebsräte bestätigt hat. Die Präsentation ist dabei ein Teil der Qualitätsbewertung der Schulung.

Das schließt aber nicht aus, dass im Einzelfall die Kosten einer Schulung so hoch sind, dass der Betriebsrat bei ordnungsgemäßer Ermessensausübung eine andere Art der Schulung hätte wählen müssen. Das soll aber nach Auffassung von Stimmen in der Literatur (so des Richters am LAG Düsseldorf Dr. Reinartz in NZA-RR 2023, 452, 454) nicht schon deshalb der Fall sein, wenn die Präsenzschulung doppelt so teuer ist wie das Webinar.

Dazu ein relativierender Hinweis aus der Rechtsprechung des BAG:

Beim Vergleich zweier Präsenzveranstaltungen hat das BAG am 19.03.2008, Az. 7 ABR2/07, entschieden, dass im Fall der Preisdifferenz von 1.334 € zu 1.874 € einer anderen Schulung es zumindest zweifelhaft ist, ob die Preisdifferenz alleine durch die Bekanntheit des Vortragenden bei der teureren Schulung gerechtfertigt werden kann. Das BAG hat den Fall deshalb zum LAG zurückverwiesen. Die Kostendifferenz von knapp 50 % hatte also einen Ansatz zu Argumentation geboten. Das HessLAG (Beschluss vom 04.11.2013, Az. 16 TaBVGa 179/13) hatte die Angemessenheit der Kosten bei einer Preisdifferenz von über 30 % in Zweifel gezogen.

Die Auffassung, wonach selbst eine doppelt so teure Präsenzschulung innerhalb des zulässigen Rahmens des Beurteilungsspielraums des Betriebsrats bleibt, kann daher im Hinblick auf die Kosten gut angegriffen werden. Insbesondere gilt das, wenn, anders als in dem vom BAG entschiedenen Fall, nennenswerte Reisekosten und ggfls.

weitere Arbeitszeitverluste durch die An- und Abreise hinzutreten. Es bleiben also in der betrieblichen Praxis Argumentationsspielräume aus dem Gesichtspunkt „Kosten“. Diese Argumentationsspielräume könnten zudem erweitert werden, wenn das Webinar technisch gute und einfache Möglichkeiten der Interaktion und Fragestellung anbieten würde. Dann könnten sich angebliche Qualitätsunterschiede relativieren. Aber dazu wird das BAG in den Entscheidungsgründen vielleicht noch weiteres erläutern. Wir halten Sie unterrichtet.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Scheinselbständigkeit im Dreiecksverhältnis

*Der Einsatz externer Berater und freier Mitarbeiter ist nach wie vor eine attraktive Alternative zur Direktanstellung. Die Motive für den Einsatz externer Dienstleister sind vielfältig. Diese Einsätze haben jedoch eins gemeinsam: Es besteht stets die Gefahr der Scheinselbständigkeit. Dieses Risiko wurde in der Vergangenheit als geringer eingestuft, wenn externe Berater/Dienstleister nicht persönlich beauftragt wurden, sondern Vertragspartner des Unternehmens die vom Dienstleister als Gesellschafter-Geschäftsführer geführte Ein-Personen-Kapitalgesellschaft war. Das Bundessozialgericht (BSG) hat mit drei Urteilen vom 20. Juli 2023 (Az. B12 BA 1/23 R, B 12 R 15/21 R, B 12 BA 4/22 R) nun bestätigt, dass diese Vertragskonstellationen keinen umfassenden Schutz vor der Annahme der versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse bieten.*

Gegenstand der Verfahren waren Vertragsverhältnisse, die die Erbringung von unter anderem Pflegedienst- und Beratungsleistungen durch eine natürliche Person vorsahen, die alleiniger Inhaber und gleichzeitig Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft (UG oder GmbH) war. Die Leistungen wurden ausschließlich von dem Gesellschafter-Geschäftsführer erbracht – dies war auch so gewollt. Die Gesellschaften beschäftigten keine weiteren Arbeitnehmer.

Das BSG stellte fest, dass trotz des allein zwischen zwei juristischen Personen bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen dem beauftragenden Unternehmen und dem Gesellschafter-Geschäftsführer ein Beschäftigungsverhältnis begründet werden kann. Nach Aussage des BSG ist hier eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich, zwischen welchen Rechtssubjekten ein Beschäftigungsverhältnis besteht. So reicht etwa allein die Tatsache, dass die vertragsgemäße Vergütung ausschließlich gegenüber der beauftragten Gesellschaft zu zahlen ist, nicht aus, um der Annahme einer abhängigen Beschäftigung des Gesellschafter-Geschäftsführers eine Absage zu erteilen. Typische Indizien für die Eingliederung eines Gesellschafter-Geschäftsführers in eine fremde Arbeitsorganisation sind dabei insbesondere:

- Weisungsgebundenheit des externen Mitarbeiters bei der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen
- Weisungsbefugnisse gegenüber Mitarbeitern des Auftraggebers (gerade im Bereich Interimsmanagement nicht selten)
- Ausstattung mit Arbeitsmitteln und häufiger Anwesenheit im Betrieb des Auftraggebers
- Zuweisung einer geschäftlichen E-Mail-Adresse des Auftraggebers und Außenauftritt für den Auftraggeber
- Berichtspflichten gegenüber der Geschäftsführung des Auftraggebers

Insgesamt zeigt sich, dass das BSG seine Rechtsprechungstendenz fortsetzt, beim Einsatz externer Einzelpersonen zur Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zu neigen. Hier ist Vorsicht geboten, um unliebsame Überraschungen im Rahmen von Betriebsprüfungen zu vermeiden. Die noch bestehenden Gestaltungsspielräume sollten vor dem Einsatz externer Dienstleister geprüft und

vertraglich sorgsam abgebildet werden. In Zweifelsfällen ist der sicherste Weg die Einleitung eines Statusfeststellungsverfahrens. Wir beraten Sie gerne zu den Handlungsoptionen.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX als Voraussetzung für die Kündigung eines Schwerbehinderten in der Probezeit?**

*Der Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen gilt nach allgemeiner Auffassung nicht für Kündigungen in der sog. „Probezeit“, also in den ersten sechs Monaten. Ein frisch veröffentlichtes erstinstanzliches Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 20. Dezember 2023 (Az. 18 Ca 3954/23) kann zu Irritation führen. Wir möchten Ihnen die anderslautende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darstellen.*

Was hat das ArbG Köln entschieden?

Ein zum 01.01.2023 eingestellter schwerbehinderter Mensch, der bei der beklagten Kommune als Beschäftigter im Bauhof angestellt war, war dort in verschiedenen Kolonnen eingesetzt. Ende Mai 2023 erlitt er einen Kreuzbandriss. Die beklagte Kommune hörte daraufhin Personal- und Schwerbehindertenvertretung sowie die Gleichstellungsbeauftragte zur Kündigung an und kündigte am 22.06.2023 fristgerecht. Das ArbG Köln erachtet diese Kündigung als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 164 Abs. 2 SGB IX und damit gem.

§ 134 BGB als rechtsunwirksam. Das Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX sei nicht durchgeführt worden.

Auch in der kündigungrechtlichen Wartezeit nach § 173 Abs. 1 SGB IX sei dem Arbeitgeber jede Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigung wegen der Behinderung verboten. Ein Verstoß führe als Verstoß gegen Rechtsvorschriften auch in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses zur Unwirksamkeit der Kündigung, was aus § 134 BGB folge.

Entgegen der Rechtsprechung des BAG müsse der Arbeitgeber auch während der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 KSchG ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchführen, auch wenn nicht sichergestellt sei, dass das ordnungsgemäße Präventionsverfahren innerhalb dieser Wartefrist abgeschlossen werden könne. Es handele sich um eine wesentliche Norm zum Schutz schwerbehinderter Menschen, die bei europarechtskonformer Auslegung, die das ArbG Köln ausführlich entwickelt, zur Unwirksamkeit der Kündigung führe.

Was ist demgegenüber die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts?

Mit diesem Urteil weicht das ArbG Köln von der ständigen Rechtsprechung des BAG ab, wonach Verstöße gegen die Präventionspflichtung oder gar deren Nichtdurchführung für die Kündigung keine formelle Voraussetzung sind. Sie können allenfalls im Rahmen der kündigungsschutzrechtlichen Abwägung bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit einer Kündigung berücksichtigt werden.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes kann nach Auffassung des BAG und eines großen Teils der Literatur eine ordentliche Kündigung auch ohne vorheriges Präventionsverfahren wirksam erklärt werden, also insbesondere auch in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses. Anders als dies das ArbG Köln sieht, stellt die Durchführung des Präventionsverfahrens nach bisheriger Rechtsprechung des BAG (zu der wortgleichen Vorgängernorm § 84 Abs. 1 SGB IX a.F.: BAG vom 21.04.2016, Az. 8 AZR 402/14) keine „harte“ Kündigungsvoraussetzung dar.

Entsprechenden rechtlichen Behauptungen von Arbeitnehmern kann also unter Bezug auf die Rechtsprechung des BAG entgegengetreten werden.

Wollen Sie ganz besonders vorsichtig sein, können Sie das Präventionsverfahren einleiten, um dann noch vor dessen Abschluss innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses mit einem schwerbehinderten Menschen die Kündigung auszusprechen.



### **Loschelder Praxistipp**

#### **Sonderkündigungsschutz (VIII) – Betriebsrat II**

*Eine Sonderrolle im System des Sonderkündigungsschutzes für Betriebsräte bilden Regelungen zum Schutze von Arbeitnehmern, welche die erste Initiative ergreifen, überhaupt einen Betriebsrat zu gründen. Der Gesetzgeber sieht hier offensichtlich für solche Personen eine besondere Schutzbedürftigkeit, um zu verhindern, dass ein Arbeitgeber auf den ihm möglicherweise unwillkommenen Versuch einer Betriebsratsgründung mit Kündigungen reagiert. In der Praxis gibt es allerdings auch immer wieder Fälle, in denen diese Regelungen von Mitarbeitern ausgenutzt werden, um sich vor einer befürchteten Kündigung in einen Sonderkündigungsschutz zu flüchten.*

§ 15 Abs. 3a KSchG schützt hierbei die Arbeitnehmer, die zu einer Betriebsversammlung einladen; § 15 Abs. 3b KSchG sogar noch im Vorfeld der Einladung Arbeitnehmer, die bloße Vorbereitungshandlungen unternehmen.

1. Geschützt werden damit zunächst Arbeitnehmer, die zu einer Betriebsversammlung zum Zwecke der Wahl eines Wahlvorstandes einladen oder die Bestellung eines solchen Wahlvor-

standes beim Arbeitsgericht beantragen. Der besondere Kündigungsschutz gilt für die ersten sechs in einer Einladung genannten Personen – auch wenn für eine wirksame Einladung nach dem BetrVG die Unterschrift von drei Arbeitnehmern ausreicht. Die Ausweitung des Schutzes auf weitere Personen war aus Sicht des Gesetzgebers erforderlich, um die Durchführung der Wahl auch sicherstellen zu können, falls einer der ursprünglichen Initiatoren ausfällt.

Im Falle einer befürchteten Betriebsänderung, die es Arbeitnehmern als sinnvoll erscheinen lässt, sich zusätzlichen arbeitsrechtlichen Schutz zu organisieren, kann der Kreis der geschützten Arbeitnehmer daher auch ausgeweitet werden. Dieser Kreis ist allerdings auf die gesetzlich genannten sechs Personen beschränkt; die Reihenfolge der Unterschriften im Einladungsschreiben muss, um feststellen zu können, welche Arbeitnehmer tatsächlich geschützt sind, bestimmt sein.

Der Schutz setzt voraus, dass überhaupt eine wirksame Einladung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne vorliegt. In der Praxis scheitern viele kurzfristig und anlassbezogen improvisierte Einladungen an diesem Erfordernis. Die Wahlinitiatoren müssen sicherstellen, dass die Einladung von der erforderlichen Mindestanzahl von Einladenden nach dem BetrVG – drei – unterzeichnet wird. Zudem müssen die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Einladung gegeben sein: Die Einladung muss den Zeitpunkt, den Ort und den Gegenstand der Betriebsversammlung angeben, die Einladenden angeben und so bekannt gemacht werden, dass alle Arbeitnehmer des Betriebes von ihr Kenntnis nehmen können und die Möglichkeit der Teilnahme an der Versammlung haben.

Im Falle eines Antrags an das Arbeitsgericht beginnt der Schutz mit dem Eingang der Antragsschrift beim Arbeitsgericht. Da Voraussetzung für einen Antrag das Scheitern der vorherigen Einladung zu einer Wahlversammlung ist – da keine Versammlung stattfindet oder die Versammlung beschließt, keinen Wahlvorstand zu wählen, ist die Einladung zur Betriebsversammlung der deutlich häufigere Fall.

Der Schutz endet mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses, oder, wenn kein Betriebsrat gewählt wird, mit Ablauf von drei

Monaten nach dem Datum der Einladung. Einen nachwirkenden Kündigungsschutz – wie ihn etwa Betriebsratsmitglieder haben – gibt es nicht. Allerdings können die Wahlinitiatoren einen nachwirkenden Schutz erreichen, wenn sie an der Wahl als gewählter oder vom Gericht bestimmter Wahlvorstand und/oder Wahlbewerber teilnehmen.

2. Noch weiter nach vorne geschoben wird der Kündigungsschutz durch den neu eingeführten § 15 Abs. 3b KSchG: Schon vor der förmlichen Einladung zu einer Betriebsversammlung können Arbeitnehmer, die Vorbereitungshandlungen zur Errichtung eines Betriebsrats unternehmen, Sonderkündigungsschutz erlangen. Voraussetzung ist, dass sie die Absicht, einen Betriebsrat zu errichten, in einer öffentlich beglaubigten Erklärung dokumentiert haben. Für die öffentliche Beglaubigung gilt § 129 BGB: Die Erklärung kann vom Arbeitnehmer selbst verfasst werden, wenn ein Notar die Unterschrift beglaubigt. Dieses Erfordernis ist keine bloße Förmerei: nur die öffentliche Beglaubigung kann verhindern, dass Arbeitnehmer auf Kündigungen mit rückdatierten Absichtserklärungen reagieren.

Die Anforderungen an eine Vorbereitungshandlung – dass eine solche vorgenommen wird, ist nach dem Inhalt des Gesetzes Voraussetzung für den Sonderkündigungsschutz – sind nicht hoch. Es reicht jedes für Dritte erkennbare Verhalten, das zur Vorbereitung einer Betriebsratswahl dient. Dies kann schon die Ansprache anderer Arbeitnehmer sein oder auch die mögliche Kontaktaufnahme zu einer Gewerkschaft, um sich beraten zu lassen

Die Zahl der auf diese Weise geschützten Personen ist, anders als bei den Wahlinitiatoren, die zu einer Betriebsversammlung einladen, nicht beschränkt. Ein massenhafter Missbrauch dieser Möglichkeit im Vorfeld einer befürchteten Betriebsänderung mit betriebsbedingten Kündigungen scheidet jedoch aus: Anders als die übrigen Tatbestände eines Sonderkündigungsschutzes nach § 15 KSchG schützt § 15 Abs. 3a KSchG vor einer betriebsbedingten Kündigung nicht. Erfasst werden daher lediglich Kündigungen aus verhaltens- oder personenbezogenen Gründen.

Der Sonderkündigungsschutz endet mit dem Zeitpunkt der Einladung zu einer Betriebsversammlung, spätestens jedoch drei Monate nach dem Zeitpunkt der Beglaubigung.

3. Wenn der Arbeitgeber trotz des Sonderkündigungsschutzes eine außerordentliche Kündigung der nach § 15 Abs. 3a, 3b KSchG geschützten Personen aussprechen will, ist hierfür eine Zustimmung des Betriebsrats oder des Arbeitsgerichts nicht erforderlich. Diese Aussage ist weniger trivial als sie – angesichts der Tatsache, dass es, naturgemäß, in den geschilderten Fällen noch keinen Betriebsrat gibt – auf den ersten Blick erscheinen mag. Tatsächlich ordnet § 103 Abs. 2a BetrVG an, dass eine Zustimmung des Arbeitsgerichts zu einer Kündigung auch dann erforderlich ist, wenn in dem Betrieb gar kein Betriebsrat besteht: Relevant wird dies beim Schutz der in § 103 Abs. 1 BetrVG genannten Mitglieder des Wahlvorstandes oder Wahlbewerber. Die Einholung einer Zustimmung des Arbeitsgerichts ist jedoch deshalb nicht erforderlich, da die Wahlinitiatoren in § 103 Abs. 1 BetrVG nicht genannt werden.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
[detlef.grimm@loschelder.de](mailto:detlef.grimm@loschelder.de)



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
[arne.gehrke@loschelder.de](mailto:arne.gehrke@loschelder.de)



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
[stefan.freh@loschelder.de](mailto:stefan.freh@loschelder.de)



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
[farzan.daneshian@loschelder.de](mailto:farzan.daneshian@loschelder.de)



Dr. Sebastian Krülls, LL.M.  
Telefon: +49 221 65065-129  
[sebastian.kruells@loschelder.de](mailto:sebastian.kruells@loschelder.de)



Dr. Baris Güzcel  
Telefon: +49 221 65065-129  
[baris.guezel@loschelder.de](mailto:baris.guezel@loschelder.de)

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

[info@loschelder.de](mailto:info@loschelder.de)

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