

1

### **Fehlerhafte Ladung zur Betriebsrats-sitzung**

Landesarbeitsgericht Thüringen, Beschluss vom 24. Oktober 2023 –1 TaBV 25/21

**Eine mangels Übermittlung der Tagesordnung verfahrensfehlerhafte Ladung zu einer Betriebsratssitzung kann durch die im Übrigen ordnungsgemäß geladenen Mitglieder und Ersatzmitglieder des Betriebsrats in der Betriebsratssitzung geheilt werden, wenn der Betriebsrat beschlussfähig im Sinne des § 33 Abs. 2 BetrVG ist und die Anwesenden einstimmig beschließen, über einen Regelungsgegenstand zu beraten und abzustimmen. Nicht erforderlich ist, dass an dieser Sitzung alle Betriebsratsmitglieder teilnehmen (Anschluss an BAG 22.11.2017 - 7 ABR 46/16 - Rn. 14).**

### **Die Entscheidung**

Anlass des Beschlussverfahrens war der Streit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über eine Eingruppierung. Es

ging um die Einstellung einer Mitarbeiterin sowie deren Eingruppierung in einen geltenden Haustarifvertrag. Die Mitarbeiterin sollte als Assistentin des Betriebsrates auf einer hierfür neu geschaffenen Stelle beschäftigt werden. Der Betriebsrat stimmte der Einstellung zu, hinsichtlich der Eingruppierung verweigerte er die Zustimmung gemäß § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG. Nach Auffassung des Betriebsrates sei die vom Arbeitgeber vorgesehene Tarifgruppe nicht richtig und die Mitarbeiterin sei höher einzugruppieren. Auf der Betriebsratssitzung wurde ein entsprechender Beschluss gefasst. Der Arbeitgeber bestreitet das ordnungsgemäße Zustandekommen des Betriebsratsbeschlusses. Denn das Thema "Eingruppierung von Frau B." war nicht Gegenstand der vorab versandten Tagesordnung. Es hätten auch nicht alle Betriebsratsmitglieder an der Sitzung teilgenommen. Damit sei nach Auffassung des Arbeitgebers der Beschluss des Betriebsrats nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. In der Folge dieser nicht ordnungsgemäßen Zustimmungsverweigerung gelte die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG.

Hilfswise beantragte der Arbeitgeber, die Zustimmung des Betriebsrates zu ersetzen. Nach der Sitzungsniederschrift wurden die Beschlüsse zu den Themen "Einstellung von Frau B." und "Eingruppierung von Frau B." durch den Betriebsrat einstimmig gefasst. Der Sitzungsniederschrift kann nicht entnommen werden, ob ein Betriebsratsmitglied Einwände gegen die Erweiterung der Tagesordnung geäußert hätte. Das Arbeitsgericht der ersten Instanz gab dem Arbeitgeber recht. Der Betriebsratsbeschluss sei unwirksam, da die versandte Tagesordnung noch keinen entsprechenden Tagesordnungspunkt enthalten habe.

Nach Auffassung des Landesarbeitsgericht jedoch ist der Beschluss des Betriebsrates rechtmäßig. Damit hat der Betriebsrat die Zustimmung zur Eingruppierung wirksam verweigert, so dass seine Zustimmung zur Eingruppierung als nicht erteilt gilt. Das Landesarbeitsgericht begründet seine Entscheidung wie folgt: Richtig ist, dass das Thema „Einstellung und Eingruppierung“ der einzustellenden Mitarbeiterin nicht bereits Gegenstand der vorab den Betriebsratsmitgliedern übersandten Tagesordnung war. Dies stellt einen Verstoß gegen § 29 Abs. 2 BetrVG dar. Allerdings kann ein solcher Fehler „geheilt“ werden, wenn der Betriebsrat beschlussfähig i.S.d. § 33 Abs.

2 BetrVG ist und die Anwesenden einstimmig beschließen, über einen Regelungsgegenstand zu beraten und abzustimmen. Dies sei hier der Fall gewesen. Nicht erforderlich sei, dass alle Betriebsratsmitglieder an der Sitzung teilnehmen. Auch sei es nicht notwendig über die Ergänzung der Tagesordnung getrennt abzustimmen. Vielmehr ist es ausreichend, dass der Beschlussfassung über den neuen Tagesordnungspunkt nicht widersprochen würde (BAG 15.04.2014 - 1 ABR 2/13).

### **Praxistipp**

Immer wieder stellen sich Fragen zur fehlerhaften oder unvollständigen Tagesordnung bei Betriebsratssitzungen. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des LAG Thüringen hilfreich und es ist gut, zu wissen, dass es ausreicht, wenn der Betriebsrat beschlussfähig ist und alle Anwesenden (d.h. nicht alle Betriebsratsmitglieder) mit der Ergänzung einverstanden sind bzw. dass niemand dieser widerspricht. Dennoch sollte eine Ergänzung der Tagesordnung die Ausnahme sein, denn grundsätzlich sollten die Betriebsratsmitglieder sich anhand der Tagesordnung auf die anstehende Betriebsratssitzung vorbereiten können. Auch das Sitzungsprotokoll sollte anschließend sorgfältig formuliert sein.

Denn im Falle eines Beschlussverfahrens kommt diesem ein erheblicher Beweiswert zu.

## 2

### **Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen**

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13. Dezember 2023 – 5 AZR 137/23 –

**Der Beweiswert von (Folge-)Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann erschüttert sein, wenn der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung eine oder mehrere Folgebescheinigungen vorlegt, die passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen, und er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt.**

### **Die Entscheidung**

Der Kläger war seit März 2021 als Helfer bei der Beklagten beschäftigt. Er legte am Montag, dem 2. Mai 2022, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 2. bis zum 6. Mai 2022 vor. Mit Schreiben vom 2. Mai 2022, das dem Kläger am 3. Mai 2022 zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Mai 2022.

Mit Folgebescheinigungen vom 6. Mai 2022 und vom 20. Mai 2022 wurde Arbeitsunfähigkeit bis zum 20. Mai 2022 und bis zum 31. Mai 2022 (einem Dienstag) bescheinigt. Ab dem 1. Juni 2022 war der Kläger wieder arbeitsfähig und nahm eine neue Beschäftigung auf.

Die Beklagte verweigerte die Entgeltfortzahlung mit der Begründung, der Beweiswert der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei erschüttert.

Die Vorinstanzen haben der auf Entgeltfortzahlung gerichteten Klage für die Zeit vom 1. bis zum 31. Mai 2022 stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte teilweise – bezogen auf den Zeitraum vom 7. bis zum 31. Mai 2022 – Erfolg.

Den Beweiswert einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann der Arbeitgeber erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und ggf. beweist, die nach einer Gesamtbetrachtung Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers geben.

Bei der Prüfung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen während einer laufenden Kündigungsfrist ist nicht entscheidend, ob es sich um eine Kündigung des Arbeitnehmers oder eine Kündigung des Arbeitgebers handelt und ob für den Beweis der Arbeitsunfähigkeit eine oder mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt werden. Stets erforderlich ist allerdings eine einzelfallbezogene Würdigung der Gesamtumstände. Hiernach hat das Berufungsgericht richtig erkannt, dass für die Bescheinigung vom 2. Mai 2022 der Beweiswert nicht erschüttert ist. Nach den getroffenen Feststellungen hatte der Kläger zum Zeitpunkt der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine Kenntnis von der beabsichtigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Bezüglich der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 6. Mai 2022 und vom 20. Mai 2022 ist der Beweiswert dagegen erschüttert. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit nicht ausreichend berücksichtigt, dass zwischen der in den Folgebescheinigungen festgestellten passgenauen Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit und der Kündigungsfrist eine zeitliche Koinzidenz bestand und der Kläger unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufgenommen hat.

Dies hat zur Folge, dass nunmehr der Kläger für die Zeit vom 7. bis zum 31. Mai 2022 die volle Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG trägt. Da das Landesarbeitsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, war die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Quelle: Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts 45/23

### **Praxistipp**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat nicht zur Folge, dass dem Arbeitnehmer unmittelbar kein Entgeltfortzahlungsanspruch zusteht, sondern zunächst eine Beweislastumkehr eintritt. Der Arbeitnehmer hat dann die Möglichkeit zunächst vorzutragen, welche Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat und seine behandelnden Ärzte/innen als Zeugen zu benennen sowie als weiteren Beweis die Einholung eines Sachverständigengutachtens anzubieten, um seinen Entgeltfortzahlungsanspruch darzulegen und zu beweisen.

3

### **Sozialauswahl bei etappenweiser Betriebsstilllegung**

Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 9. Januar 2024 – 3 Sa 529/23

**Die betriebsbedingte Kündigung wegen einer Betriebsstilllegung war aufgrund einer nicht ordnungsgemäßen Sozialauswahl rechtsunwirksam. Bei einer etappenweisen Betriebsstilllegung hat der Arbeitgeber keine freie Auswahl, wem er früher oder später kündigt. Es sind grundsätzlich die sozial schutzwürdigsten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit den Abwicklungsarbeiten zu beschäftigen.**

#### **Die Entscheidung**

Der Kläger war bei der Beklagten, welche Aluminiumussteile herstellte und vertrieb, seit dem 01.02.2012 beschäftigt. Die Beklagte beschäftigte in ihrem einzigen Betrieb zuletzt knapp 600 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Am 01.03.2022 wurde über das Vermögen der Beklagten das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eröffnet. Der Sachwalter und der Gläubigerausschuss stimmten der Einstellung der Geschäftstätigkeit zum 31.12.2022 zu. Nachdem die Verhandlungen zum Abschluss eines Interessenausgleichs am 24.11.2022 durch Spruch der Einigungsstelle für gescheitert erklärt wurden, stellte die Beklagte am 28.11.2022 Anträge auf behördliche

Zustimmungen zur betriebsbedingten Kündigung nach dem SGB IX (schwerbehinderte Menschen) und BEEG (Elternzeit). Den Beschäftigten wurde die Gelegenheit eingeräumt, in eine Transfergesellschaft zu wechseln. Im Dezember 2022 sprach die Beklagte gegenüber allen Beschäftigten betriebsbedingte Beendigungs-kündigungen aus, soweit das Ende des Arbeitsverhältnisses nicht aus anderen Gründen feststand. Alle Mitarbeitenden, auch der Kläger dieses Verfahrens, wurden ab dem 01.01.2023 unwiderruflich freigestellt. Ausgenommen waren die Beschäftigten des Abwicklungsteams, das ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Anlage 53 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer umfasste, wobei gegenüber dreizehn Personen Kündigungen zum 31.03.2023 und gegenüber den übrigen vierzig Personen Kündigungen zum 30.06.2023 ausgesprochen wurden. Das Arbeitsverhältnis des Klägers kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 16.12.2022 zum 31.03.2023.

Die vom Kläger hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage hatte vor dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf ebenso wie vor dem Arbeitsgericht Solingen zuvor Erfolg. Die Kündigung war aufgrund einer nicht ordnungsgemäßen Sozialauswahl (§ 1 III KSchG) rechtsunwirksam. Bei einer etappenweisen Betriebsstilllegung hat der Arbeitgeber keine freie

Auswahl, wem er früher oder später kündigt. Es sind grundsätzlich die sozial schutzwürdigsten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit den Abwicklungsarbeiten zu beschäftigen. Die Beklagte hatte hier die Sozialauswahl methodisch fehlerhaft durchgeführt, weil sie die Vergleichsgruppen fehlerhaft gebildet hatte. So hatte sie diese u. a. anhand der ursprünglich ausgeübten Tätigkeiten gebildet. Sie hätte die soziale Auswahl stattdessen anhand der noch im Abwicklungsteam anfallenden Tätigkeiten vornehmen müssen, zu denen die Beklagte nur unvollständig vorgetragen hatte. Es fehlte weitgehend an Vortrag dazu, welche Aufgaben mit welcher Dauer im Abwicklungsteam anfielen, welche Anforderungsprofile dafür erforderlich waren und wie auf dieser Grundlage ein Vergleich vorgenommen werden soll. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht nicht zugelassen.

### **Praxistipp**

Wenn der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung trifft, einen Betrieb

stillzulegen, liegt der Fokus der Arbeit, wenn es einen Betriebsrat gibt, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich und einen Sozialplan zu verhandeln. Im Rahmen dieser Verhandlungen wird primär versucht, Alternativen zur Betriebsstilllegung zu eruieren oder die Stilllegung an sich zeitlich „nach hinten“ zu verschieben. Wenn der Arbeitgeber aber nicht bereit ist, ernsthaft über Alternativen zur Stilllegung zu verhandeln, wird oftmals der Fokus des Betriebsrats auf die Verhandlung eines „möglich guten Sozialplans“ gelegt, bei dem es um hohe Abfindungen, Transfermodelle, etc. geht. Die Entscheidung zeigt, dass Betriebsräte bei einer etappenweisen Schließung ihren Blick auch auf die Frage richten sollten, welche Mitarbeiter zu welchem Zeitpunkt gehen sollen. Das LAG hat klargestellt, dass ein Arbeitgeber das „Aufräumteam“ nicht so zusammenstellen kann, wie er es gerne hätte; auch hier muss er die Grundsätze der Sozialauswahl beachten. Tut er es nicht, droht die Unwirksamkeit der Kündigungen.

---

### CNH-Anwälte

Markus Neuhaus · Gunnar Herget · Javier Davila Cano · Nadine Burgsmüller  
Alexandra Kötting · Gerda Reichel · Kathrin Krupp  
Annastr. 58-64 · 45130 Essen · Tel.: 0201-749484 0 · Fax: 0201-749484 29  
[kanzlei@cnh-anwaelte.de](mailto:kanzlei@cnh-anwaelte.de) · [www.cnh-anwaelte.de](http://www.cnh-anwaelte.de)

---

Dieses Dokument dient nur der Information und stellt keine Rechtsberatung dar.

CNH-Anwälte haften nicht für Richtigkeit und Vollständigkeit des Textes.