

Aktenzeichen: 2 ABR 32/92
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Beschluß vom 10. Dezember 1992
- 2 ABR 32/92 -

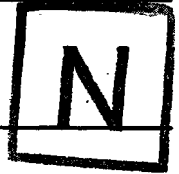
I. Arbeitsgericht
Neumünster

Beschluß vom 21. Februar 1991
- 1 d BV 71/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Beschluß vom 12. März 1992
- 4 TaBV 17/91 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds
- Zustimmungsersetzungsverfahren

Gesetz:

BetrVG 1972 § 103; ArbGG 1979 §§ 83, 87, 94; BGB § 626 Aus-
schlußfrist

Leitsätze:

1. Ersetzt das Gericht gem. § 103 Abs. 2 BetrVG die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung, so kann das betroffene Betriebsratsmitglied das hiergegen statthafte Rechtsmittel (Beschwerde bzw. zugelassene Rechtsbeschwerde, § 87 Abs. 1, §§ 92, 92 a ArbGG) auch dann einlegen, wenn der Betriebsrat die gerichtliche Entscheidung hinnimmt.

2. Im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren sind zwar wegen des nach § 83 Abs. 1 ArbGG geltenden Untersuchungsgrundsatzes die Vorschriften über Geständnis und Nichtbestreiten einer Behauptung (§ 138 Abs. 3, § 288 ZPO) nicht unmittelbar anzuwenden. Es bedarf aber in der Regel keiner Beweisaufnahme, wenn die Beteiligten einen Sachverhalt übereinstimmend vortragen, oder das substantiierte Vorbringen eines Beteiligten von den anderen nicht bestritten wird oder sich an dessen Richtigkeit keine Zweifel aufdrängen.

Hinweise des Senats:

Mitwirkungspflicht der Beteiligten im Beschlußverfahren (§ 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG); unterstützendes Nachschieben gem. § 626 Abs. 2 BGB verfristeter und abgemahnter Kündigungsgründe.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2 ABR 32/92

4 TaBV 17/92 Schleswig-Holstein

Verkündet am
10. Dezember 1992

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

pp.

Im Namen des Volkes!

B e s c h l u ß

In dem Beschlußverfahren



hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 10. Dezember 1992 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Bitter, den ehrenamtlichen Richter Thieß sowie die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 3) wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 12. März 1992 - 4 TaBV 17/92 - aufgehoben.
2. Das Verfahren wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

A. Der Beteiligte zu 3) ist bei dem Antragsteller, dem Technischen Überwachungsverein Norddeutschland e. V., seit dem 1. Mai 1976 beschäftigt. In dem Anstellungsvertrag vom 25. März 1976 verpflichtete er sich u. a., die ihm von seinem Vorgesetzten übertragenen Aufgaben unter Berücksichtigung der Dienstanweisungen und gesetzlichen Vorschriften ordnungsgemäß zu erfüllen (§ 1 Abs. 2) und während sowie außerhalb des Dienstes sich so zu verhalten, daß sein berufliches Ansehen und das Ansehen des Antragstellers nicht geschädigt werde (§ 1 Abs. 5). Er wurde von dem Antragsteller zunächst auf die Aufgaben eines amtlich anerkannten Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr vorbereitet und mit Bescheid vom 24. Februar 1977 als Sachverständiger für den Kraftfahrzeugverkehr anerkannt. Sein Monatsgehalt betrug zuletzt rund 6.000,00 DM brutto. Seit Mai 1990 gehört er dem Betriebsrat der



Außenstelle N des Antragstellers an und ist dessen stellvertretender Vorsitzender.

Mit Schreiben vom 9. März 1984 mahnte der Leiter der Abteilung Technische Prüfstelle für den Kraftfahrzeugverkehr des Antragstellers in H , Herr M , den Beteiligten zu 3) ab, weil er für die Erstellung von sogenannten verkaufsfördernden Gutachten für eine Firma keine verwertbaren Vorarbeiten geleistet habe.

Mit Schreiben vom 12. März 1984 mahnte Abteilungsleiter M den Beteiligten zu 3) erneut wegen mehrfachen Fehlverhaltens bei der Erstellung eines Anbaugutachtens für eine Anhängerkupplung an einem Pkw ab. In einem deswegen bei dem Arbeitsgericht Hamburg - 8 Ca 435/84 - anhängig gewesenen Verfahren schlossen der Antragsteller und der Beteiligte zu 3) am 4. September 1986 folgenden Vergleich:

Die Beklagte verpflichtet sich, die Abmahnung vom 12.03.1984 durch folgende abgeänderte Abmahnung auszutauschen, indem sie den Absatz beginnend mit "Ich habe Ihnen folgendes vorzuwerfen" wie folgt fortführt:

"- Sie haben eine für die beantragte Anbaugutachtung unnötige Fahrt durchgeführt."

und die nächsten drei Sätze ersatzlos fallen läßt.

Unter dem 30. Januar 1986 mahnte Abteilungsleiter M den Beteiligten zu 3) erneut ab mit der Begründung, er habe im Rahmen einer Überprüfung für die Erteilung von Dienstfahrgenehmigungen für zwei Mitarbeiter nicht die erforderlichen Sehtests



vorgenommen, gleichwohl aber deren Durchführung und damit nicht geprüfte Fakten bestätigt. Außerdem habe er in drei Fällen bei der Begutachtung von Kraftfahrzeugen bzw. der Berechnung einer Begutachtung Fehler gemacht. Auch über diese Abmahnung hatten der Antragsteller und der Beteiligte zu 3) einen durch Vergleich beendeten Rechtsstreit (ArbG Hamburg - 8 Ca 258/86 -) geführt.

Von dieser Abmahnung übersandte der Antragsteller dem Minister für Wirtschaft, Technik und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein eine Abschrift. Der Minister wies den Beteiligten zu 3) mit Schreiben vom 16. Oktober 1986 darauf hin, daß er durchschlagende Zweifel an dessen Zuverlässigkeit haben müsse, die zum Widerruf der Anerkennung als amtlich anerkannter Sachverständiger für den Kraftfahrzeugverkehr zwingen, falls er in Zukunft weiterhin nicht unbeachtliche Fehler begehen werde.

Im Februar 1987 betrieb der Antragsteller die fristlose Entlassung des Beteiligten zu 3), weil dieser einem Kraftfahrzeug zu Unrecht eine Anhängelast zugestanden und außerdem das Prüfzeichen einer Kupplung eingetragen und die Vorschriftsmäßigkeit bestätigt hatte, obwohl die zulässige Baugenehmigung diesen Fahrzeugtyp nicht abdeckte.

Mit Schreiben vom 31. Juli 1987 widerrief der Minister die Anerkennung des Beteiligten zu 3) und begründete dies mit der Begutachtung der Anhängerkupplung und mehreren in der Abmahnung vom 30. Januar 1986 aufgeführten Vorfällen. Hiergegen erhob der Beteiligte zu 3) Klage zum Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsge-



richt - 12 A 157/87 -. Das Verwaltungsgericht hob durch Urteil vom 27. November 1989 den Widerrufsbescheid auf.

Durch Urteil vom 5. Dezember 1991 - 3 L 21/91 - wies das Schleswig-Holsteinische Obergerverwaltungsgericht die Berufung des zum dortigen Verfahren beigeladenen Antragstellers mit der Begründung zurück, der Antragsteller werde durch den Widerruf der Anerkennung nicht in seinen subjektiven Rechten verletzt. Damit sei nicht verbindlich entschieden, daß der Beteiligte zu 3) nicht gegen seine arbeitsrechtlichen Pflichten verstoßen habe. Es bleibe dem Antragsteller unbenommen, dies in einem gesonderten Verfahren überprüfen zu lassen. Die Anschlußbeschwerde des Ministers verwarf das Obergerverwaltungsgericht als unzulässig.

Im Jahre 1989 wurde der Beteiligte zu 3) in die Außenstelle 3.1 der Niederlassung N versetzt. Im Rahmen eines hierüber durchgeführten Zustimmungsersetzungsverfahrens stellte das Beschwerdegericht durch Beschluß vom 24. Januar 1991 - 4 TaBV 31/90 - fest, daß die Zuweisung der Tätigkeit als Sachverständiger auf dem Gebiet der Fahrerlaubnisprüfungen unter Wegfall der bisher von ihm ebenfalls durchgeführten Typprüfungen rechtswirksam sei.

Mit Schreiben vom 3. April 1990 mahnte der Niederlassungsleiter den Beteiligten zu 3) ab, weil er entgegen ministeriellen Prüfungsrichtlinien, nach denen der Name des Sachverständigen erst zu Beginn der jeweiligen Prüfung bekannt gegeben werden dürfe, am 16. Februar 1990 einem Fahrlehrer erklärt habe, er



werde in der Fahrschule, in der dieser beschäftigt war, am Donnerstag oder Freitag der folgenden Woche nach § 6 STVZO prüfen.

In einem weiteren Schreiben vom 23. Mai 1990 rügte der Niederlassungsleiter, der Beteiligte zu 3) habe am 12. März 1990 die auf 13.00 Uhr angesetzten Theorieprüfungen über eine halbe Stunde später begonnen, ohne hierzu eine Erklärung abgegeben zu haben. Bei einem erneuten Fehlverhalten müsse er mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechnen.

Die hiergegen vom Beteiligten zu 3) erhobene Klage auf Entfernung der Abmahnungen einschließlich der auf diese bezogenen Korrespondenzen und Schriftstücke aus der Personalakte blieb erfolglos (Urteil des LAG Hamburg vom 18. Oktober 1991 - 8 Sa 40/91).

Ab August 1990 erteilte der Antragsteller dem Beteiligten zu 3) u. a. folgende Abmahnungen:

1. August 1990

"Während einer Prüfungsfahrt am 10.11.1989 in E hat der Bewerber, Herr Jared Wiener, bei Annäherung an das Zeichen 267 (Verbot der Einfahrt) etwa mit den Worten 'Da darf ich doch nicht hinein' das Erkennen einer Verbotssituation signalisiert. Sie haben darauf mit den Worten 'Jetzt werden Sie mal nicht frech' reagiert.

Mit Ihrem ungebührlichen Verhalten haben Sie grob gegen Ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen, nach denen Sie gehalten sind, sich während und außerhalb des Dienstes so zu verhalten, daß Ihr berufliches Ansehen und das Ansehen des TÜV Norddeutschland in keiner Weise geschädigt werden.

Ich sehe mich veranlaßt, Ihr Verhalten abzumahnern, mit der Folge, daß im Wiederholungsfalle



Konsequenzen für Ihr Arbeitsverhältnis unausweichlich sind."

2. August 1990

Der Beteiligte zu 3) habe in der Zeit vom 14. November 1989 bis 1. März 1990 in vier Fällen weibliche Prüflinge nach Abschluß der Prüfungsfahrt vor Mitteilung des Prüfungsergebnisses mit ihrem Vornamen angesprochen und sie nach der Einschätzung ihrer Leistung in etwa mit den Worten gefragt "Na, was meinst Du denn, wie Du gefahren bist". Damit habe er sein und des Antragstellers Ansehen geschädigt und psychischen Druck auf die Prüflinge ausgeübt.

2. August 1990

Der Beteiligte zu 3) sei am 12. Januar 1990 bei der Fahrschule R um 11.45 Uhr statt wie vorgesehen um 11.00 Uhr zur Durchführung von Fahrerlaubnisprüfungen erschienen und habe dem Fahrschulinhaber erklärt: "Die da oben bei uns terminieren so blöde, daß man es gar nicht einhalten kann, aber ich verzichte auf meine Mittagspause." Wegen seines verspäteten Erscheinens habe ein für 10.45 Uhr bis 11.55 Uhr zur Prüfung eingeteilter Prüfling nicht mehr geprüft werden können, weil er am Nachmittag unaufschiebbare berufliche Termine wahrnehmen müssen.

Der Beteiligte zu 3) wandte sich mit mehreren Schreiben seines späteren Verfahrensbevollmächtigten u. a. auch gegen diese Abmahnungen, rügte, der Antragsteller habe die Sachverhalte nicht richtig ermittelt, und forderte ihre Entfernung aus der Personalakte.

Mit Schreiben vom 24. September 1990 beschwerte sich die Fahrschule M über das Verhalten des Beteiligten zu 3) bei einer praktischen Fahrprüfung am 7. September 1990. Diesem Schreiben war eine handschriftliche Aufzeichnung des bei der Fahrschule angestellten Fahrlehrers K vom 7. September 1990 beigelegt, in der unter Angabe der Gründe im einzelnen Kritik an



dem Verhalten des Beteiligten zu 3) bei Fahrprüfungen am 6. September 1990 geübt wurde.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 1990 beantragte der Antragsteller bei dem Beteiligten zu 2) (Betriebsrat) die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3). Der Antrag wurde auf einen Vorfall vom 18. September 1990 sowie das Verhalten des Beteiligten zu 3) gestützt, das Gegenstand der Beschwerde der Fahrschule Melhorn und der Aktennotiz vom 25. September 1990 war. Beigefügt waren u. a. die Abmahnungsschreiben vom August 1990.

Der Beteiligte zu 2) verweigerte mit Schreiben vom 19. Oktober 1990 die beantragte Zustimmung. Das daraufhin vom Antragsteller angerufene Arbeitsgericht wies den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung durch Beschluß vom 20. November 1990 - 1 d BV 64/90 - zurück. Der Antragsteller nahm seine hiergegen zunächst eingelegte Beschwerde zurück, worauf das Beschwerdegericht durch Beschluß vom 11. April 1991 - 4 TaBV 11/91 - das Verfahren einstellte.

Während der Anhängigkeit des vorbezeichneten Zustimmungsersetzungsverfahrens beschwerte sich bei dem Antragsteller der Kunde von Drebber über das Verhalten des Beteiligten zu 3) anlässlich der Überprüfung seines Pkw. Der Leiter der Außenstelle Norderstedt fertigte darüber unter dem 5. November 1990 folgende Aktennotiz:

Begutachtung eines Pkw Triumph Spitfire nach § 21
StVZO in der Prüfanlage N am 26.10.1990



Vorgeschichte

Am Freitag, den 26.10.90, stellte Herr M von D einen Pkw Triumph Spitfire zu einer Nachprüfung nach § 21 StVZO in der Prüfanlage N vor, nachdem er am Vortag telefonisch von der Anmeldung die Auskunft bekommen hat, daß er am Freitag bis 12.00 Uhr zur NP kommen könne. Diese Nachprüfung endete wiederum mit einer Nachprüfung; diese Nachprüfung führte ich am 01.11.90 nach 16.00 Uhr zusammen mit Herrn D selbst durch, nachdem sich Herr von D bei mir über die Art und den Ablauf der Überprüfung vom 26.10.90 beschwert hatte. Nach seinen Darstellungen war folgendes vorgefallen:

Herr von D wollte sich am Freitag, den 26.10.90 zwischen 11.30 und 12.00 Uhr in der Anmeldung für die Nachprüfung anmelden, dort wurde er wegen des Termins an H. R verwiesen. Auf die Frage an H. R, ob die Nachprüfung für den Spitfire gemacht werden könne, schnauzte dieser ihn an: "Welcher Spitfire, kenne ich nicht". Dann riß H. R Herrn v. D den TÜV-Prüfbericht aus der Hand und bedeutete ihm murrend, daß er sich anmelden möge. Auf die Frage von H. v. D: "Soll ich mich dann gleich hier in die 4. Reihe stellen?", kommentierte H. R die offenbar richtige Kenntnis der Ablauforganisation herablassend, indem er jedes Wort sehr betonte: "P-r-i-m-a, K-l-a-s-s-e, S-u-p-e-r!" H. v. D fühlte sich durch diese herablassende Art sehr brüskiert und auf den "Arm genommen".

Bei der anschließenden Begutachtung des Fahrzeugs in der Prüfhalle (bei der auch die Begleiterin von H. v. D zugegen war und den Sachverhalt bestätigen kann) fragte H. R dann H. v. D: "Sagen Sie mal, wo haben Sie denn das zusammenschustern lassen?", worauf H. v. D dann antwortete, daß dies in einer Austin Rover-Fachwerkstatt geschehen sei, worauf H. R wieder (wie vorher in der Anmeldung) sehr herablassend und betont "A-h-a A-u-s-t-i-n R-o-v-e-r", und zwar zweimal, sagte. Er ergänzte dann weiter: "Ich will Ihnen ja nicht zu nahe treten, aber eine Fachwerkstatt war das nicht!"

Nach der Begutachtung über der Grube sagte H. R - zu H. v. D und seiner Begleiterin: "Sie können den Wagen hinausschieben", als der Wagen draußen stand, setzte sich H. R dann nochmals in den Wagen. Er hupte 6 bis 7 Mal und ließ dann den Motor an (der nach mittlerweile fast 2 Stunden nach Ankunft in der Prüfanlage wieder abgekühlt war) und trat das Gaspedal mehrmals durch, so daß der Drehzahlmesser jedesmal

bis in den roten Bereich anzeigte, eine Behandlung, die H. v. D als unnütz und schädlich gerade für den uralten Motor ansah. Damit endete die Überprüfung.
Während der Prüfung auf der Grube stand ein anderer Kunde ca. 5 Minuten neben der Grube und fragte dann den Auszubildenden, der H. R begleitete: "Sind Sie H. R ?" Dieser zeigte mit dem Schraubenzieher auf H. R , der zwar die Frage vernommen hatte, aber keine Anstalten machte, auch nur einmal den Kopf zu heben. Der Kunde sagte dann zu H. R : "Guten Tag, H. R , klappt das heute noch?" und zeigte diesem die Abnahmepapiere, worauf H. R antwortete: "Nein". Der Kunde wandte sich jedoch mit folgenden Worten an H. R : "Aber ich habe doch extra mit der Anmeldung telefoniert" und als keine Reaktion erfolgte mehr zu sich selbst: "Naja, wir können es ja mal versuchen" und wollte sich auf den Weg zur Anmeldung machen, worauf H. R dann erwiderte: "Versuchen können Sie es, aber machen werden wir es nicht!"

Herr v. D warf mir vor, daß es gerade für uns als Monopolbetrieb (§ 21 StVZO, der Kunde ist auf uns angewiesen und hat keine Alternative) eine ungeheure Zumutung ist, wenn man als Kunde derartig behandelt wird, d. h. in einer derart unwürdigen Form angesprochen, verspottet und verhöhnt wird. Da Herr v. D diese Behandlung nur auf sich genommen habe, weil er auf uns angewiesen ist, bittet er darum, hier entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Er möchte vermeiden, daß ihm und anderen eine derartige Behandlung nochmals wiederfährt.

Diese Aktennotiz wurde dem Beteiligten zu 3) unter dem 5. November 1990 mit der Bitte um Stellungnahme bis 8. November 1990 übermittelt. Daraufhin erwiderte der spätere Verfahrensbvollmächtigte des Beteiligten zu 3) unter dem 8. November 1990 wie folgt:

"... Wir weisen die Darstellung Ihrer Aktennotiz vom 05.11.1990, sofern sie sich auf stilistische Darstellung und die Wiedergabe wortwörtlicher Äußerungen bezieht, nachdrücklich zurück. Wir vermögen insbesondere nicht zu erkennen, welche fachlichen Verfehlungen Sie unserem Mandanten vorhalten wollen. Bitte legen Sie dar, welche



Verstöße der meinem Mandanten nach dem Kraftfahr-
sachverständigen-gesetz obliegenden Verpflichtun-
gen geltend gemacht werden.
Wir rügen sowohl den Zeitpunkt als auch die Zu-
leitung sowie die Fristsetzung Ihres Schreibens.
Wie Ihnen bekannt ist, besteht seit dem
05.11.1990 eine Arbeitsunfähigkeit unseres Man-
danten, die voraussichtlich bis zum 09.11.1990
anhalten wird. Wir halten es nicht für zumutbar,
daß derartige Schreiben an die Privatanschrift
unseres Mandanten zugeleitet werden und werden
Sie demnächst auf Unterlassung gerichtlich in An-
spruch nehmen."

Mit Schreiben vom 12. November 1990 beantragte der Antrag-
steller bei dem Beteiligten zu 2) im Hinblick auf den Vorfall vom
26. Oktober 1990 - zunächst hilfsweise - erneut die Zustimmung
zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3). Der Betei-
ligte zu 2) lehnte die Zustimmung mit Schreiben vom 14. November
1990 ab.

Daraufhin hat der Antragsteller mit dem bei Gericht am
20. November 1990 eingegangenen Antrag vom 19. November 1990 das
vorliegende Beschlußverfahren mit dem Ziel der Ersetzung der Zu-
stimmung des Beteiligten zu 2) zur außerordentlichen Kündigung
des Beteiligten zu 3) anhängig gemacht.

Zur Begründung hat er sich zunächst auf die Sachverhaltsdar-
stellungen in der Aktennotiz vom 5. November 1990, dem Abmah-
nungsschreiben vom 1. August 1990 und in den beiden Abmahnungs-
schreiben vom 2. August 1990, betreffend das Verhalten des Betei-
ligten zu 3) gegenüber vier Prüflingen am 14. November und 6. De-
zember 1989 sowie am 1. März 1990 und in der Fahrschule R am
12. Januar 1990, berufen. Er hat vorgetragen, der Beteiligte zu
3) habe am 26. Oktober 1990 in schwerwiegender Weise erneut gegen



seine Vertragspflicht, die Kunden sachlich und korrekt zu behandeln, verstoßen und damit das Ansehen seines Arbeitgebers geschädigt, in dem er den Kunden von D herabwürdigend und diskriminierend behandelt habe. Es handele sich um einen Wiederholungsfall, wie die in den vorbezeichneten Abmahnungsschreiben geschilderten Vorfälle belegten. Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt. Von dem Fehlverhalten des Beteiligten zu 3) vom 26. Oktober 1990 habe der Niederlassungsleiter durch die am 1. November 1990 eingegangene Beschwerde erfahren. Dieser habe den Abteilungsleiter M unterrichtet, der hierüber die Aktennotiz vom 5. November 1990 gefertigt habe. Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB habe erst mit der am 9. November 1990 bei ihm eingegangenen Ablehnung einer Stellungnahme des Beteiligten zu 3) durch das Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 8. November 1990 begonnen und sei durch die am 20. November 1990 bei Gericht eingegangene Antragsschrift gewahrt worden.

Der Antragsteller hat beantragt,

die Zustimmung des Beteiligten zu 2) zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) zu ersetzen.

Der Beteiligte zu 2) und der Beteiligte zu 3) haben beantragt, den Antrag abzuweisen. Zur Begründung haben sie zunächst vorgetragen:

Auf den Vorfall vom 26. Oktober 1990 könne der Antragsteller eine außerordentliche Kündigung schon deshalb nicht mehr stützen, weil die zweiwöchige Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei Ein-



gang der Antragsschrift bei Gericht am 20. November 1990 bereits verstrichen gewesen sei. Der Dienststellenleiter habe von der Kundenbeschwerde bereits am 1. November 1990 Kenntnis erlangt und am 5. November 1990 eine ausführliche Aktennotiz gefertigt. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung sei offensichtlich nicht erforderlich gewesen, da dem Beteiligten zu 3) fachliche Fehler nicht vorgehalten worden seien. Ihm werde letztlich nur unspezifisch vorgehalten, er habe einen falschen Ton angeschlagen und einen Kunden "herabwürdigend und diskriminierend behandelt". Bei diesem Schwerpunkt der Vorwürfe handele es sich um Wertungen.

Zum Vorgang selbst sei zu sagen, daß es am 26. Oktober 1990 in der Prüfanlage N erhebliche Termins- und Arbeitsengpässe gegeben habe, weil statt der Normalbesetzung von zwei Sachverständigen ab 10.00 Uhr nur noch der Beteiligte zu 3) zur Verfügung gestanden habe. Die ihm vorliegenden Aufträge hätten bis ca. 14.30 Uhr, abzüglich einer Mittagspause von einer halben Stunde, erledigt werden müssen. Der Beteiligte zu 3) habe deshalb die Annahmestelle der Prüfanlage angewiesen, keine Prüfaufträge mehr anzunehmen. Herr von D sei gegen 12.00 Uhr erschienen, über diese Anordnung sehr erregt gewesen und habe sich in der nachfolgenden Diskussion sehr verärgert geäußert. Der Beteiligte zu 3) habe schließlich die Begutachtung aufgenommen. Es habe sich um eine erste Nachprüfung gehandelt, da der Wagen wegen "erheblicher Mängel" zuvor nicht freigegeben worden sei. Da auch eine Abgas-Überprüfung erforderlich gewesen und in der Grube keine Absaugvorrichtung vorhanden sei, würden die Wagen hinausgeschoben. Die Bahn habe hier ein leichtes Gefälle. Im Rahmen der Motorüberprüfung habe der Beteiligte zu 3) das Gaspedal betätigen müssen



und festgestellt, daß der Motor schlecht und unrund gelaufen und nach kurzer Zeit abgestorben sei. Insgesamt habe der Beteiligte zu 3) wieder erhebliche Mängel festgestellt. So hätten die Karosserie, die tragenden Fahrzeugteile und die Achsbereiche erhebliche Rostschäden aufgewiesen. Von einer fachgerechten Reparatur habe keine Rede sein können. Es wundere nicht, daß der Kunde dieses Ergebnis verärgert zur Kenntnis genommen habe. Keinesfalls habe sich der Beteiligte zu 3) abfällig oder herablassend geäußert. Möglicherweise habe er sich auf die Behauptung des Kunden, er habe den Wagen in einer Fachwerkstatt reparieren lassen, mit ironischer Tendenz geäußert.

Die in dem Vermerk vom 5. November 1990 enthaltene Behauptung über die unangemessene Behandlung eines weiteren Kunden sei unspezifisch und deshalb eine sachgerechte Einlassung hierzu nicht möglich. Falsch sei die Behauptung, der Kunde habe dem Beteiligten zu 3) "Abnahmepapiere" gezeigt, weil derartige Berichte den Kunden nicht zugänglich gemacht wurden.

Hinsichtlich der in den Abmahnungen vom 1. und 2. August 1990 enthaltenen Vorfälle sei die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB verstrichen. Die dem Beteiligten zu 3) gemachten Vorwürfe seien sämtlich strittig und unbegründet. Der Beteiligte zu 3) sei in anwaltlichen Schreiben vom 7. und 13. August 1990, soweit möglich, auf die Vorwürfe eingegangen und habe ihre Entfernung aus den Personalakten beantragt.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen.



Mit seiner Beschwerde hat der Antragsteller nochmals betont, er habe zunächst dem Beteiligten zu 3) Gelegenheit zur Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen geben müssen. Erst nach Eingang des Anwaltschreibens vom 8. November 1990 habe er davon ausgehen können, daß der Beteiligte zu 3) nichts entgegenzusetzen habe. In der Sache selbst hat er weiter vorgetragen, der Beteiligte zu 3) habe das gesamte Gespräch in unerträglich arrogantem Ton geführt. Die Verhältnisse in der Prüfanlage am 26. Oktober 1990 könnten ihn nicht entlasten. Auch am Freitag müsse gründlich und korrekt gearbeitet werden. Trotz des Ausfalls des zweiten Prüfers sei der Beteiligte zu 3) nicht überlastet gewesen. Er habe in 7,3 Stunden 14 Prüfungen nach § 19 und vier nach § 21 StVZO durchgeführt. Hierfür seien aber nur 6,5 Stunden erforderlich gewesen. Der Wagen des Kunden von D habe keine erheblichen Mängel aufgewiesen. Der Beteiligte zu 3) habe den Kunden bereits vor der Prüfung unangemessen behandelt und ihm den Kraftfahrzeugbrief sowie andere Schriftstücke aus der Hand gerissen. Somit habe kein Zusammenhang zwischen dem Zustand des Wagens und seinem Verhalten bestanden.

Das Arbeitsverhältnis sei auch nicht, wie das Arbeitsgericht zu Unrecht angenommen habe, zuvor im wesentlichen beanstandungsfrei verlaufen. Hierzu hat der Antragsteller im wesentlichen auf die Sachdarstellungen in den vorstehend wiedergegebenen und noch weiteren in der Zeit von März bis September 1990 dem Beteiligten zu 3) erteilten Abmahnungen verwiesen. Weiter hat er u. a. vorge-
tragen:



Wegen mehrerer Fehlleistungen sei der Beteiligte zu 3) unter dem 12. März 1984 gerügt worden. Aufgrund des vor dem Arbeitsgericht Hamburg geschlossenen Vergleichs seien einige Vorwürfe gestrichen worden. Die im Schreiben vom 30. Januar 1986 erhobenen Vorwürfe habe er nicht zurückgewiesen. Von den in demselben Schreiben erhobenen weiteren Vorwürfen seien nach Abschluß des gerichtlichen Vergleichs drei von dem Beteiligten zu 3) unbeantwortet geblieben. Die gegen die Abmahnungen vom 3. April 1990 und vom 23. Mai 1990 vom Beteiligten zu 3) erhobene Klage sei vom Landesarbeitsgericht Hamburg rechtskräftig abgewiesen worden. Dem Beteiligten zu 3) seien die Bedürfnisse der Kunden gleichgültig, denn anderenfalls hätte er die Kandidaten nicht annähernd 40 Minuten länger als notwendig der Erwartung auf die Prüfung ausgesetzt. Den Abmahnungen vom 1. und 2. August 1990 habe ein ähnlich herablassendes Verhalten des Beteiligten zu 3) gegenüber Kunden wie am 26. Oktober 1990 zugrunde gelegen. Er, der Antragsteller, könne es nur als Hohn empfinden, wenn der Beteiligte zu 3) vortragen lasse, junge Damen würden es als merkwürdig ansehen, wenn sie nicht geduzt würden. Man könne sich im Gegenteil ein arroganteres Verhalten kaum vorstellen, als wenn ein Prüfer einen Prüfling in der für diesen nervenanspannenden Situation seine überlegene Position dadurch spüren lasse, daß er diesen duze und mit schikanösen Fragen bezüglich seiner eigenen Leistung während der Prüfung quäle. Bei seinem Verhalten am 26. Oktober 1990 habe es sich somit nicht um eine einmalige Fehlleistung gehandelt, sondern um eine weitere schwere Vertragsverletzung, die sich nahtlos an die früheren groben Fehlleistungen, insbesondere das rücksichtslose und arrogante Verhalten gegenüber den Kunden anschließe.



Der beteiligte Betriebsrat und der Beteiligte zu 3) haben zu dem Vorfall vom 26. Oktober 1990 ihre Ansicht bekräftigt, der geltend gemachte Kündigungsgrund sei wegen Versäumung der Ausschußfrist verwirkt. Nach Fertigung des Aktenvermerks vom 5. November 1990 sei eine weitere Sachverhaltsaufklärung offensichtlich nicht mehr erforderlich gewesen, da dem Beteiligten zu 3) keine fachliche Fehlleistung vorgeworfen werde. Zum Vorfall selbst haben sie darauf hingewiesen, daß das Arbeitsgericht zugunsten des Antragstellers unterstellt habe, er habe sich entsprechend der Darstellung des Antragstellers abgespielt. Bereits in erster Instanz sei die Richtigkeit dieser Darstellung bestritten worden. Es werde hiermit nochmals klargestellt, daß sich der Beteiligte zu 3) höflich und korrekt verhalten habe. Die Arbeits- und Terminsengpässe in der Prüfanlage seien nicht geschildert worden, um ein angeblich unhöfliches Verhalten zu entschuldigen, sondern um darzulegen, daß die Prüfung kurz und zügig habe durchgeführt werden müssen. Um einige in dem Vermerk beschriebene Äußerungen rankten sich Bewertungen des Verhaltens des Beteiligten zu 3), die auf rein subjektiven Empfindungen beruhten.

Zu den weiteren, auf frühere Vorfälle zurückgehenden Abmahnungen haben sie vorgetragen:

Die Abmahnungen vom 12. März 1984 und 30. Januar 1986 dürfen aufgrund der gerichtlichen Vergleiche nicht mehr verwertet werden. Gleiches gelte für das Schreiben der Aufsichtsbehörde vom 16. Oktober 1986 im Hinblick auf das für den Beteiligten zu 3)



erfolgreich abgeschlossene verwaltungsgerichtliche Verfahren. Den in den Schreiben vom April und Mai 1990 ausgesprochenen und gerichtlich anerkannten Abmahnungen lägen keine gravierenden Sachverhalte zugrunde. Kundenbeschwerden würden von dem Antragsteller nicht sachgerecht geprüft. Hintergrund sei vielmehr, daß der Beteiligte zu 3) seit 1984 Mitglied und Vorsitzender des Betriebsrats der Hauptdienststelle in H gewesen und im Juli 1986 vollständig von der Arbeit freigestellt worden sei. Die arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen datierten sämtlich nach der Übernahme eines herausgehobenen Betriebsrats-Mandats in der Hauptdienststelle in H im Jahre 1984. Die Dienststelle in N selbst sei 1985 durch die Ausgliederung eines Funktionsbereichs aus der Hauptdienststelle entstanden.

Das Landesarbeitsgericht hat den Beschluß des Arbeitsgerichts abgeändert und die Zustimmung des Antragsgegners zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) ersetzt.

Hiergegen hat nur der Beteiligte zu 3) Rechtsbeschwerde eingelegt, mit der er die Wiederherstellung des Beschlusses des Arbeitsgerichts erstrebt. Der Beteiligte zu 2) hat sich nicht geäußert. Der Antragsteller beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

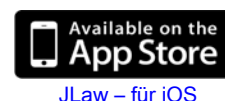
B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Zurückweisung des Verfahrens an das Beschwerdegericht.

I. Gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels bestehen keine Bedenken.



1. Der Beteiligte zu 3) ist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde befugt.

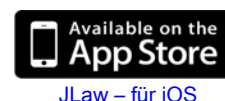
Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist der betroffene Arbeitnehmer, dessen außerordentliche Kündigung beabsichtigt ist, im Zustimmungseretzungsverfahren Beteiligter. Wird dem Ersetzungsantrag stattgegeben, so ist er durch diese Entscheidung beschwert und kann deshalb hiergegen nach § 87 Abs. 1 ArbGG Beschwerde und, sofern das Landesarbeitsgericht die Entscheidung getroffen hat, unter den Voraussetzungen der §§ 92, 92 a ArbGG Rechtsbeschwerde auch dann einlegen, wenn der Betriebsrat kein Rechtsmittel eingelegt hat (allgemeine Meinung; vgl. LAG Köln, Beschluß vom 13. Dezember 1984 - 8 TaBV 50/84 - AP Nr. 22 zu § 103 BetrVG 1972; Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 103 Rz 70; KR-Etzel, 3. Aufl., § 103 BetrVG Rz 128; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 17. Aufl., § 103 Rz 27 b; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 103 Rz 28; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl., § 103 Rz 47; Kraft, GK-BetrVG, 4. Aufl., § 103 Rz 43; Stege/Weinspach, BetrVG, 6. Aufl., § 103 Rz 12). Auch der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts geht von der selbständigen Beschwerdebefugnis des im Zustimmungseretzungsverfahren unterlegenen Betriebsratsmitglieds aus, wenn er die Anwaltskosten, die ihm in dem von ihm allein - erfolgreich - durchgeführten Beschwerdeverfahren entstanden sind, nach § 78 Satz 2 BetrVG seitens des Arbeitgebers für erstattungspflichtig angesehen hat (BAG Beschluß vom 21. Januar 1990 - 7 ABR 39/89 - AP Nr. 28 zu § 103 BetrVG 1972).



Dieser Ansicht ist zu folgen. Wie das Landesarbeitsgericht Köln (aaO) zutreffend hervorgehoben hat, ergibt sich etwas anderes weder aus der Rechtslage im Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG noch daraus, daß der Betriebsrat noch während des Zustimmungseretzungsverfahrens die zunächst verweigernde Zustimmung erteilen kann (BAGE 37, 44 = AP Nr. 14 zu § 103 BetrVG 1972).

Im Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist der betroffene Arbeitnehmer allerdings nicht Beteiligter (vgl. BAGE 42, 386, 389 = AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972, zu B I der Gründe, n. w. N.). Ein solches Verfahren dient nur der Kompetenzbestimmung und -abgrenzung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ist der betroffene Arbeitnehmer hingegen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung Beteiligter. Hier geht es nicht nur um seine betriebsverfassungsrechtliche Stellung. Vielmehr werden auch seine Rechte im Verhältnis zum Arbeitgeber entscheidend berührt. Denn mit der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung wird zugleich die für den nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß im Grundsatz bindende Feststellung getroffen, daß ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt (BAGE 27, 113 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972).

Die Befugnis des Betriebsrats, auch noch während des Ersetzungsverfahrens die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen, hat der Senat (BAGE 37, 44 = AP, aaO) unter anderem mit der Begründung bejaht, der Betriebsrat müsse Herr des vom Arbeitgeber eingeleiteten Beschlußverfahrens bis zur Ersetzung der Zustimmung bleiben. Ist die Zustimmung jedoch durch das Gericht nach Prüfung und



Anerkennung der vom Arbeitgeber vorgetragenen Gründe ersetzt worden, so hat diese Entscheidung, wie ausgeführt, präjudizielle Wirkung für den nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß. Die während des Ersetzungsverfahrens erteilte Zustimmung des Betriebsrats bindet dagegen das Gericht im Kündigungsschutzprozeß nicht. Nimmt der Betriebsrat somit die Ersetzung der von ihm verweigerten Zustimmung durch das Gericht hin, so löst dies weitergehende Rechtswirkungen zum Nachteil des betroffenen Arbeitnehmers aus und kann deshalb einer Zustimmung des Betriebsrats nicht gleichgestellt werden.

2. Der Betriebsrat hat in der Rechtsbeschwerdeinstanz keine Anträge gestellt. Er ist jedoch im Zustimmungsersetzungsverfahren Beteiligter. Deshalb sind ihm nach § 95 ArbGG Rechtsbeschwerdeschrift und Rechtsbeschwerdebegründung zur Äußerung zuzustellen, womit der gesetzlichen Anhörungspflicht genügt ist. Demgemäß sind den Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats in II. Instanz in dieser Eigenschaft auch die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung zugestellt und der Anhörungstermin mitgeteilt worden. Der Betriebsratsvorsitzende hat im Anhörungstermin vor dem Senat erklärt, der Betriebsrat habe nun keine weitere Instanz mehr in Anspruch nehmen, nicht aber der beabsichtigten Kündigung zustimmen wollen.

II. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

1. Das Beschwerdegericht hat angenommen, für die beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3) liege ein wich-

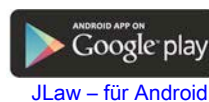


tiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB vor. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Kündigung könne auf das Verhalten des Beteiligten zu 3) gegenüber dem Kunden von D gestützt werden. Der Antragsteller habe die auch für die außerordentliche Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern geltende Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Sie habe erst mit Eingang der Stellungnahme des Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 3) am 9. November 1990 zu laufen begonnen, da der Antragsteller zur weiteren Sachaufklärung den Beteiligten zu 3) zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen habe anhören dürfen. Der Ersetzungsantrag sei deshalb beim Arbeitsgericht am 20. November 1990 rechtzeitig eingegangen.

Für die beabsichtigte Kündigung liege auch ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB vor. Der Beteiligte zu 3) habe seine Arbeit beharrlich verweigert. Bei Durchführung der ihm obliegenden Pflicht, Fahrerlaubnisprüfungen abzuhalten und Kraftfahrzeuge zu begutachten, habe er u. a. die Kunden des Antragstellers ordentlich, d. h. sachgerecht und unter Einhaltung der üblichen Umgangsformen so zu behandeln, wie es die Kunden eines beliebigen Unternehmens erwarten könnten. Dabei habe er auf das Ansehen des Unternehmens Rücksicht zu nehmen.

Gegen diese Pflicht habe der Beteiligte zu 3) trotz vorausgegangener Abmahnungen am 26. Oktober 1990 nachhaltig verstoßen. Er habe sich gegenüber dem Kunden von D herablassend, unfreundlich und arrogant verhalten. Er spiele erkennbar seine Position als Sachverständiger des TÜV aus und finde Gefallen daran,



die Kunden ihre Abhängigkeit von seinen Entscheidungen spüren zu lassen. Dies ergebe sich aus den Äußerungen und dem Verhalten des Beteiligten zu 3), wie sie in dem Vermerk vom 5. November 1990 aufgrund der Schilderung des Kunden von D festgestellt worden seien. Der Kunde habe sich durch die Äußerungen und das Verhalten des Beteiligten zu 3) vor Beginn und während der Begutachtung seines Wagens brüskiert und auf den Arm genommen gefühlt. Auch das Verhalten nach der Begutachtung habe er als unsachgemäß und gerade für den uralten Wagen schädlich empfunden, weil der Beteiligte zu 3) sich in den Wagen gesetzt, mehrmals gehupt, den abgekühlten Motor angelassen und das Gaspedal mehrmals so durchgetreten habe, daß der Drehzahlmesser jedesmal bis in den roten Bereich angezeigt habe.

Am selben Tag habe der Beteiligte zu 3) noch einen anderen Kunden herablassend behandelt und sich leistungsunwillig gezeigt. Auch dies folge aus dem in der Aktennotiz festgehaltenen Angaben, die der Kunde von D dem Niederlassungsleiter über die Äußerungen und das Verhalten des Beteiligten zu 3) gegenüber diesen Kunden gemacht habe.

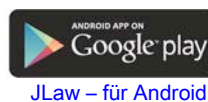
Dieser in der Aktennotiz festgehaltene Sachverhalt sei unstrittig und der Entscheidung zugrunde zu legen. Der Beteiligte zu 3) habe lediglich durch seinen Anwalt im Schreiben vom 8. November 1990 die Darstellung in der Aktennotiz zurückgewiesen, sofern sie sich auf stilistische Darstellungen und die Wiedergabe wortwörtlicher Äußerungen beziehe. In der Beschwerdeinstanz hätten der Antragsgegner und der Beteiligte zu 3) ausdrücklich ausgeführt, daß eine Sachverhaltsaufklärung nach dem Vermerk vom



5. November 1990 nicht mehr erforderlich gewesen sei, weil es sich bei dem Schwerpunkt des Vorwurfs um Wertungen gehandelt habe, die einer Sachverhaltsaufklärung nicht zugänglich seien. Auch im Beschlußverfahren sei das Gericht nicht verpflichtet, jeder theoretisch denkbaren Sachverhaltsvariante nachzugehen, solange keine Anhaltspunkte für einen anderen Geschehensablauf vorgetragen seien. An einer abweichenden Sachverhaltsdarstellung seitens des Antragsgegners und des Beteiligten zu 3) fehle es.

Dieses Fehlverhalten des Beteiligten zu 3) sei weder durch die zeitliche Lage des Vorfalls noch dadurch entschuldbar, daß es sich um eine Nachprüfung gehandelt und der zweite Prüfer ab 10.00 Uhr nicht mehr zur Verfügung gestanden habe. Es sei nicht erkennbar, wie diese Umstände das Verhalten des Beteiligten zu 3) gegenüber den Kunden, das allein Anlaß zur Beanstandung gegeben habe, hätten beeinflussen können.

Dem Antragsteller sei es nicht zuzumuten gewesen, den Beteiligten zu 3) bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quartalsende (§ 2 AngKSchG) weiterzubeschäftigen. Der Beteiligte zu 3) habe seit 1984 fortlaufend erhebliche Fehlleistungen aufzuweisen, die auch wirksam abgemahnt worden seien und unterstützend zu dem Fehlverhalten am 26. Oktober 1990 herangezogen werden könnten. Dies ergebe sich aus mehreren Abmahnungen sowie den in den Jahren 1986 bis 1990 durchgeführten arbeits- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Antragsteller und dem Beteiligten zu 3) bzw. dem Antragsteller und dem Beteiligten zu 2) betreffend den Beteiligten zu 3).



Abmahnung vom 30. Januar 1986:

Am 5. September 1985 habe der Beteiligte zu 3) im Rahmen der ihm übertragenen Überprüfungen betreffend Dienstfahrgenehmigungen für zwei Mitarbeiter das Ergebnis von nicht durchgeführten Sehtests festgehalten, bei einem Verkaufsfahrzeug die Angaben beim Leergewicht gestrichen und bei einer Sattelzugmaschine mit Ladegerät die Auflagelast nicht geändert. Im Hinblick auf den in dem über die Abmahnung geführten Rechtsstreit abgeschlossene Vergleich sei davon auszugehen gewesen, daß dieser Sachverhalt zwischen den Beteiligten unstreitig sei.

Abmahnung vom 12. März 1984:

Der Beteiligte zu 3) habe am 12. März 1984 bei einer Anbaubegutachtung eine unnötige Fahrt durchgeführt, wobei es wegen eines rangierenden Fahrzeugs und unvorschriftsmäßig hoher Geschwindigkeit trotz Vollbremsung zu einem Aufprall des von ihm gefahrenen Fahrzeugs und erheblichen Schäden an diesem gekommen sei. Auch in dem wegen dieser Abmahnung geführten Arbeitsrechtsstreit habe sich der Beteiligte zu 3) in dem gerichtlichen Vergleich vom 4. März 1986 mit dem Antragsteller geeinigt.

Abmahnung vom 3. April 1990:

Der Beteiligte zu 3) sei berechtigt abgemahnt worden, weil er dem Leiter der Fahrschule L mitgeteilt habe, daß er in der nächsten Woche bei ihm erscheinen und nach § 6 STVZO prüfen werde, und dadurch gegen die verbindlichen Prüfungsrichtlinien verstoßen habe. Das Landesarbeitsgericht Hamburg habe dies in seinem Urteil vom 18. Oktober 1991 festgestellt und darin eine



Vertragspflichtverletzung gesehen, die zum Anlaß einer Kündigung genommen werden könne.

Abmahnung vom 23. Mai 1990:

Der Beteiligte zu 3) sei berechtigt abgemahnt worden, weil er am 12. März 1990 über eine halbe Stunde zu spät zu den von ihm abzuhaltenden Theorieprüfungen erschienen sei. Das Landesarbeitsgericht Hamburg habe in dem vorbezeichneten Urteil dieses Verhalten als Pflichtverletzung gewertet.

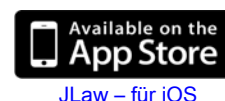
Der Beteiligte zu 3) habe in der Zeit von Ende 1989 bis Anfang 1990 weiter in mindestens sieben Fällen Kunden des Antragstellers herablassend behandelt, in einem Fall den Antragsteller bei einem Kunden verächtlich zu machen versucht und sei deshalb von dem Antragsteller berechtigt abgemahnt worden:

Abmahnung vom 1. August 1990:

Der Beteiligte zu 3) habe dem Prüfling W gegenüber geäußert, nachdem dieser bei der Annäherung an das Zeichen 267 (Verbot der Einraht) sinngemäß geäußert habe, er dürfe doch da nicht hineinrahen, erwidert: "Jetzt werden Sie mal nicht frech."

Abmahnung vom 2. August 1990:

Am 12. Januar 1990 habe der Beteiligte zu 3) das Ansehen des Antragstellers dadurch herabgesetzt, daß er dem Prüfling R gegenüber sein verspätetes Erscheinen zur praktischen Fahrerlaubnisprüfung mit den Worten erklärt habe: "Die da oben bei uns terminieren so blöde, daß man es nicht einhalten kann, aber ich verzichte auf meine Mittagspause."



Wegen seines verspäteten Erscheines an diesem Tag habe eine für 10.45 Uhr bis 11.55 Uhr zur Fahrprüfung eingeteilte Bewerberin die Prüfung nicht ablegen können, weil sie am Nachmittag unaufschiebbare berufliche Termine wahrnehmen müssen.

Abmahnung vom 2. August 1990:

In der Zeit vom 14. November 1989 bis 1. März 1990 habe der Beteiligte zu 3) die Bewerberin Frau G vor Mitteilung des Prüfungsergebnisses mit ihrem Vornamen angesprochen und sie nach der Einschätzung ihrer Leistung mit den Worten gefragt: "Na, was meinst Du denn, wie Du gefahren bist?". In ähnlicher Weise habe er sich gegenüber drei weiteren Bewerberinnen verhalten.

Das Beschwerdegericht habe von der Richtigkeit der in den Abmahnungen enthaltenen Tatsachenbehauptungen ausgehen müssen, weil sie vom Beteiligten zu 2) und dem Beteiligten zu 3) nicht konkret bestritten worden seien.

Die Abmahnungen seien auch nicht verspätet, Zeiträume von fünf bis sieben Monaten zwischen Verhalten und Abmahnung seien nicht so erheblich, daß daraus zu schließen sei, der Arbeitgeber habe das Verhalten selbst nicht mehr für erheblich angesehen.

Es könne dahinstehen, ob der Beteiligte zu 3) auch noch am 6. September 1990 bei einer Fahrprüfung dadurch eine Pflichtverletzung begangen habe, daß er willkürlich die Prüfung unterbrochen, sich nicht vorgestellt, die Prüflinge geduzt und während der Prüfungsfahrt verunsichert habe.



Wie sich aus der Reihe der Fehlleistungen und dem Umstand, daß er ersichtlich keine Abmahnung beachtet habe, ergebe, wolle der Beteiligte zu 3) in besonders nachhaltiger Weise vorsätzlich und damit beharrlich den Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht nachkommen.

Die Interessenabwägung ergebe, daß dem Antragsteller eine Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3) für ein weiteres halbes Jahr - fiktive Kündigungsfrist nach § 2 AngKSchG - nicht zugemutet werden könne.

Dieser Würdigung kann im Ergebnis und auch in einem wesentlichen Teil der Begründung nicht gefolgt werden.

2. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts. Der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung ist begründet, wenn die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt ist (BAGE 26, 219, 224 ff. = AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972, zu B III der Gründe). Ferner gilt im Regelungsbereich des § 103 BetrVG auch die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Die Frist beginnt wie auch sonst mit der Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Sie wird durch den Zustimmungsantrag beim Betriebsrat weder unterbrochen noch gehemmt. Der Arbeitgeber muß deshalb innerhalb dieser Frist bei Verweigerung der Zustimmung das Verfahren auf ihre Ersetzung beim Arbeitsgericht einleiten (BAGE 29, 270, 273 f.; 52, 50, 50 f. = AP Nr. 10 und 18 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 3 bzw. 3 II 3 a und b der Gründe).



3. Das Beschwerdegericht hat deshalb zu Recht geprüft, ob das dem Beteiligten zu 3) vorgeworfene Verhalten am 26. Oktober 1990 gegenüber dem Kunden von D und einem weiteren Kunden im Zeitpunkt des Eingangs des vorliegenden Zustimmungsersetzungsantrags am 20. November 1990 bei Gericht als Kündigungsgrund bereits verfristet war. Denn in diesem Falle wäre der Antrag bereits deshalb unbegründet, weil alle anderen vom Antragsteller vorgebrachten, auf frühere Vorgänge gestützten Gründe längst verfristet waren und schon deshalb als selbständige Kündigungsgründe nicht mehr in Betracht kommen könnten. Die Ansicht des Beschwerdegerichts, das Verhalten des Beteiligten zu 3) am 26. Oktober 1990 sei am 20. November 1990 noch nicht verfristet gewesen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Für den Beginn der Ausschlußfrist kommt es auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen an. Bei der Arbeitgeberkündigung gehören zum Kündigungssachverhalt auch die für den Arbeitnehmer sprechenden Umstände, die regelmäßig ohne dessen Anhörung nicht hinreichend vollständig erfaßt werden können. Solange der Kündigungsberechtigte zur Aufklärung des Sachverhalts dem Kündigungsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, ist die Ausschlußfrist gehemmt. Jedoch muß der Kündigungsgegner innerhalb einer kurz bemessenen Frist angehört werden, die regelmäßig nicht länger als eine Woche sein darf (ständige Rechtsprechung des Senats; vgl. BAGE 24, 341, 347 sowie Urteil vom 10. Juni 1988



- 2 AZR 25/88 - AP Nr. 3 und 27 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu II 3 bzw. III 2 a bis c der Gründe).

b) Nach diesen Grundsätzen hat im vorliegenden Fall der Antragsteller die Ausschlußfrist gewahrt. Geht man davon aus, daß ihm bereits am 1. November 1990 der in der Aktennotiz vom 5. November 1990 wiedergegebene Sachverhalt bekannt war, so durfte er zur weiteren Sachaufklärung den Beteiligten zu 3) zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen anhören. Entgegen der vom Antragsgegner und den Beteiligten zu 3) in den Vorinstanzen vertretenen Ansicht konnte auch bei einem auf das Verhalten des Beteiligten zu 3) gegenüber den Kunden beschränkten Vorwurf der Pflichtverletzung die Anhörung für die Entscheidung des Antragstellers erhebliche Umstände ergeben, wie im Falle eines Geständnisses endgültige Gewißheit oder bei teilweisem Bestreiten der vorgeworfenen Äußerungen oder bei Vorbringen entlastender Umstände zugunsten des Beteiligten zu 3) sprechende Tatsachen. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts übermittelte der Antragsteller die Aktennotiz vom 5. November 1990 mit Schreiben vom selben Tag dem Beteiligten zu 3) zur Stellungnahme bis 8. November 1990 und somit innerhalb der einwöchigen Regelfrist. Damit war der Beginn der Ausschlußfrist bis zu diesem Tag gehemmt und begann frühestens am 9. November 1990. An diesem Tag ging die Stellungnahme des Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 3) beim Antragsteller ein. Die Ausschlußfrist war deshalb am 20. November 1990, dem Tag des Eingangs des Zustimmungsersetzungsantrags bei Gericht, noch nicht abgelaufen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



4. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB im Rahmen von § 103 BetrVG durch das Beschwerdegericht kann vom Rechtsbeschwerdegericht nur eingeschränkt dahin überprüft werden, ob der Tatsachengericht den Begriff des wichtigen Grundes als solchen richtig erkannt hat und ob bei der Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles überprüft worden sind, ob es dem Arbeitgeber unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Die Bewertung der für und gegen die Unzumutbarkeit sprechenden Umstände liegt im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz. Hält sich das Beschwerdegericht in diesem Rahmen, kann das Rechtsbeschwerdegericht die angegriffene Würdigung nicht durch eine eigene ersetzen, es sei denn, das Beschwerdegericht hätte Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verkannt, der Beschluß wäre in sich widersprüchlich oder es läge eine zulässige und begründete Verfahrensrüge vor (vgl. Beschlüsse des Senats vom 16. Oktober 1986 - 2 ABR 71/85 - AP Nr. 95 zu § 626 BGB, zu B II 3 der Gründe; vom 16. Mai 1991 - 2 ABR 83/90 -, n. v., zu II 2 a der Gründe; vom 21. März 1991 - 2 ABR 64/90 -, n. v., zu II 2 c der Gründe; sowie vom 19. September 1991 - 2 ABR 14/91 -, n. v., zu II 1 der Gründe).

Auch dieser eingeschränkten Überprüfung hält die angefochtene Entscheidung nicht stand.

5. Wie bereits ausgeführt, kann der Zustimmungsersetzungsantrag nur Erfolg haben, wenn der Beteiligte zu 3) am 26. Oktober 1990 eine Vertragspflichtverletzung begangen hat. Liegt eine solche nicht vor, so kann eine außerordentliche Kündigung auf die sämt-



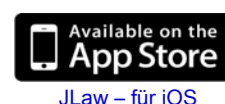
lich verfristeten früheren Vorfälle allein nicht mehr gestützt werden. Bei der Würdigung des Verhaltens des Beteiligten zu 3) gegenüber den beiden Kunden anlässlich einer Fahrzeugüberprüfung sind dem Beschwerdegericht jedoch Verfahrensfehler unterlaufen, die seinen tatsächlichen Feststellungen über das Verhalten des Beteiligten zu 3) die Grundlage entziehen.

a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Beteiligte zu 3) verpflichtet gewesen sei, die Kunden des Antragstellers sachgerecht und höflich zu behandeln und auf das Ansehen des Unternehmens Rücksicht zu nehmen. Diese Verpflichtung ergibt sich für den Beteiligten zu 3) aus § 1 Abs. 5 seines Anstellungsvertrages, nach dem er sich während und außerhalb des Dienstes so zu verhalten hat, daß sein berufliches Ansehen und das Ansehen des Antragstellers in keiner Weise geschädigt wird.

b) Legt man die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts zugrunde, so hat der Beteiligte zu 3) diese vertragliche Rücksichtnahmepflicht in schwerwiegender Weise verletzt.

aa) Zu Unrecht wirft die Rechtsbeschwerde dem Beschwerdegericht vor, es habe Tatsachen und Wertungen nicht zu trennen vermocht und sei deshalb nicht zu einer vorurteilsfreien Würdigung des Vorgangs gelangt.

In der Aktennotiz vom 5. November 1990 werden verschiedene Äußerungen des Beteiligten zu 3) gegenüber den beiden Kunden wiedergegeben, z. B. "welcher Spitfire, kenne ich nicht", "Prima - Klasse - Super", "Sagen Sie mal, wo haben Sie denn das zusammen-



schustern lassen?", "Aha, Austin-Rover (zweimal)" - gegenüber dem Kunden von D , und - auf die Frage des anderen Kunden, ob man es (Anmeldung zur Prüfung) mal versuchen könne - "Versuchen können Sie es, aber machen werden wir es nicht!" Ferner wird berichtet, daß der Beteiligte zu 3) dem Kunden von D den TÜV-Prüfbericht aus der Hand gerissen habe. Das sind Behauptungen von Tatsachen, die sich das Beschwerdegericht zu eigen gemacht hat.

Aus diesen Tatsachen hat das Beschwerdegericht gefolgert, daß sich der Beteiligte zu 3) gegenüber dem Kunden von D herablassend, unfreundlich und arrogant und gegenüber dem anderen Kunden herablassend verhalten und leistungsunwillig gezeigt habe. Damit hat es Tatsachenfeststellung und Wertung deutlich getrennt. Die Wertung konnte es ohne Rechtsfehler auf die Äußerungen und das sonstige Verhalten des Beteiligten zu 3) stützen.

bb) Die Würdigung, damit habe der Beteiligte zu 3) in schwerwiegender Weise gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht verstoßen, sein Verhalten sei auch nicht mit den von ihm angeführten Verhältnissen in der Prüfanlage an jenem Freitag (Fehlen des zweiten Prüfers ab 10.00 Uhr, Nachprüfung eines mit erheblichen Mängeln behafteten Pkw) zu entschuldigen, ist ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden.

c) Jedoch rügt die Rechtsbeschwerde zulässig und begründet, das Beschwerdegericht habe seine tatsächlichen Feststellungen unter Verletzung der Aufklärungspflicht des § 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG getroffen.



aa) § 83 Abs. 2 ArbGG verpflichtet das Gericht, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Das Arbeitsgerichtsgesetz normiert danach für das Beschlußverfahren ausdrücklich die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes. Das Gericht hat nur denjenigen Sachverhalt aufzuklären, der zur Entscheidung über den gestellten Antrag erforderlich ist. Die Ermittlung ist jedoch nur soweit auszudehnen, als das bisherige Vorbringen der Beteiligten und der schon bekannte Sachverhalt bei pflichtgemäßer Würdigung Anhaltspunkte dafür bieten, daß der entscheidungserhebliche Sachverhalt noch weiterer Aufklärung bedarf. Bei der Aufklärung haben gem. § 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG neben dem Antragsteller alle am Verfahren Beteiligten mitzuwirken. Sie haben unabhängig von ihrer Stellung im Verfahren und von ihrem Interesse an seinem Ausgang alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorzutragen. Ihre Mitwirkungspflicht ist jedoch mit Zwangsmitteln nicht erzwingbar. Kommen sie trotz entsprechender Hinweise des Gerichts ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, so kann dies je nach dem Grund der Weigerung dazu führen, daß auch das Gericht nicht mehr zu weiterer Aufklärung verpflichtet ist (vgl. Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, § 83 Rz 85 - 88, 89 - 91).

Das Gericht soll den wahren Sachverhalt ermitteln. Deshalb ist es an Geständnisse der Parteien nicht gebunden. Nichtbestreiten einer Behauptung bedeutet nicht, daß diese als wahr zu gelten hat. Die Vorschriften des § 138 Abs. 3 und des § 288 ZPO finden keine Anwendung (Germelmann/Matthes/Prütting, aaO, § 83 Rz 93; Grunsky, ArbGG, 6. Aufl., § 83 Rz 6; Wlotzke/Schwedes/Lorenz, Das neue Arbeitsgerichtsgesetz 1979, § 83 Rz 5). Jedoch ist nicht



über jede Tatsachenbehauptung Beweis zu erheben. Soweit die Beteiligten einen Sachverhalt übereinstimmend vortragen oder das substantiierte Vorbringen von anderen nicht bestritten wird oder sich an dessen Richtigkeit keine Zweifel aufdrängen, bedarf es i.d.R. keiner Beweisaufnahme (Germelmann/Matthes/Prütting, aaO, § 89 Rz 94; Grunsky, aaO, § 83 Rz 6).

Wie die Rechtsbeschwerde durchgreifend rügt, hat das Beschwerdegericht bei der Feststellung des dem Beteiligten zu 3) zur Last gelegten Verhaltens am 26. Oktober 1990 gegen den Untersuchungsgrundsatz des § 83 Abs. 1 ArbGG verstoßen. Es durfte den Tatsachenvortrag des Antragstellers nicht für unstreitig ansehen.

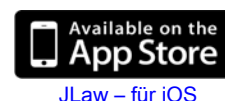
bb) In dem vorprozessualen Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 3) vom 8. November 1990 wird u.a. auch die Darstellung in der Aktennotiz vom 5. November 1990, soweit sie sich auf die Wiedergabe wortwörtlicher Äußerungen bezieht, zurückgewiesen. Diese Zurückweisung bezieht sich somit gerade auf die wörtlich wiedergegebenen Äußerungen des Beteiligten zu 3), die eine wesentliche Grundlage für die Wertung seines Verhaltens gegenüber den beiden Kunden bilden. Das Beschwerdegericht durfte deshalb auf dieses Schreiben weder von einem übereinstimmenden Vortrag aller Beteiligten noch davon ausgehen, der Beteiligte zu 3) habe das substantiierte Vorbringen des Antragstellers nicht bestritten.

cc) Auch aus dem Vorbringen des Beteiligten zu 2) und des Beteiligten zu 3) in den Vorinstanzen durfte es diese Folgerung nicht ziehen.



Zu Recht beanstandet die Rechtsbeschwerde die Würdigung der Ausführungen des Antragsgegners und des Beteiligten zu 3) in der Beschwerdeinstanz, eine Sachverhaltsaufklärung sei nach dem Vermerk vom 5. November 1990 nicht mehr erforderlich gewesen, weil den Schwerpunkt des gegen den Beteiligten zu 3) erhobenen Vorwurfs Wertungen bildeten, die einer weiteren Sachverhaltsaufklärung nicht zugänglich seien. Wie die Rechtsbeschwerde im einzelnen zutreffend darlegt, beziehen sich diese im Schriftsatz vom 20. September 1991 enthaltenen Ausführungen ausschließlich auf die Frage der Einhaltung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Damit sollte begründet werden, daß der Antragsteller die für den Beginn der Ausschlußfrist erforderliche sichere und positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen durch die Aussage des Kunden von D erlangt habe. Dies ergibt sich eindeutig bereits aus dem Wortlaut der Ausführungen sowie ihrer Zusammenfassung unter einer besonderen Ziffer (2) in deutlich erkennbarer Abgrenzung zu der Einlassung zu dem Vorgang selbst unter Ziff. 3.

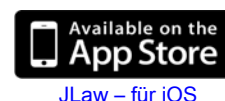
Bei Berücksichtigung dieses Vorbringens wird vollends deutlich, daß der Beteiligte zu 2) und der Beteiligte zu 3) die Sachdarstellung des Antragstellers nicht auch als Grundlage für die gerichtliche Entscheidung gelten lassen wollten. Dort heißt es einleitend, das Arbeitsgericht unterstelle zugunsten des Antragstellers, daß sich der Vorfall im wesentlichen so wie in der Aktennotiz niedergelegt abgespielt habe. Sodann wird darauf hingewiesen, daß bereits in der Vorinstanz die Richtigkeit dieser An-



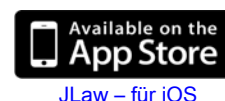
gaben bestritten und die darin enthaltenen Behauptungen und Wertungen hinsichtlich eines unangemessenen Verhaltens des Beteiligten zu 3) zurückgewiesen worden sei. So war es in der Tat. Denn bereits der Schriftsatz vom 13. Februar 1991 enthielt die deutliche Trennung des Vorbringens zu § 626 Abs. 2 BGB mit dem Satz, daß eine weitere Sachverhaltsaufklärung nicht erforderlich gewesen sei (Ziff. 1 a) und des Vorbringens "zu dem Vorgang selbst" (unter Ziff. 1 b).

Entgegen der Ansicht des Antragstellers ist es auch nicht widersprüchlich, zur Frage der Verfristung vorzutragen, eine weitere Sachaufklärung sei nicht erforderlich gewesen, und im Verfahren die Ansicht zu vertreten, der Sachverhalt hätte noch aufgeklärt werden müssen. Durch die zeitliche Fixierung der Verwirkung des Kündigungsrechts in § 626 Abs. 2 BGB soll Rechtssicherheit für die Arbeitsvertragsparteien geschaffen werden. Hat der eine Vertragspartner die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung erfüllt, darf nicht auf unbestimmte Zeit ungewiß bleiben, ob der andere Vertragspartner daraus die Folgen zieht und kündigt (vgl. BAGE 23, 475, 478; 24, 341, 346 = AP Nr. 1 und 3 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu II bzw. II 2 der Gründe). Deshalb kommt es für die Fristwahrung auf den Kenntnisstand des Kündigungsberechtigten an. Im Prozeß gelten dagegen die gesetzlichen Beweisvorschriften, im Beschlußverfahren der Untersuchungsgrundsatz, der dem Gericht die Erforschung des wahren Sachverhalts auferlegt.

dd) Das Beschwerdegericht durfte den Sachvortrag des Antragstellers auch nicht deshalb ohne weitere Sachaufklärung zugrundelegen.



gen, weil der Beteiligte zu 2) und der Beteiligte zu 3) keine eigene zusammenhängende Sachdarstellung gegeben, sondern sich auf die vorstehend gewürdigte Einlassung beschränkt haben. Offenbar geht das Beschwerdegericht davon aus, daß die Beteiligten mit dieser eingeschränkten Einlassung ihre Mitwirkungspflicht zur Sachaufklärung gem. § 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG verletzt hätten. Der Beteiligte zu 3) genügte jedoch seiner Mitwirkungspflicht, wenn er bestritt, daß die ihm zur Last gelegten Äußerungen, die die wesentliche Grundlage für die Wertung seines Verhaltens bildeten, nicht gefallen seien. Es war jedenfalls im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz des Beschlußverfahrens nicht erforderlich, im einzelnen zu schildern, wie er die Unterredung mit dem Kunden wirklich geführt hatte. Das Beschwerdegericht war auch nicht auf eine solche Einlassung angewiesen, sondern konnte den wahren Sachverhalt durch die vom Antragsteller angebotene Vernehmung des Kunden von D ermitteln. Nur wenn ein Beteiligter eine zur Aufklärung des Sachverhalts erforderliche Mitwirkung verweigert, kann das Gericht je nach den vorgetragenen Weigerungsgründen auch Schlüsse in Bezug auf den Sachverhalt ziehen, jedoch auch dann nur, wenn die Beteiligten vorher belehrt worden sind. Die bloße Nichtäußerung eines Beteiligten im Verfahren kann noch nicht als Weigerung, an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, angesehen werden, da es den Beteiligten grundsätzlich freisteht, sich zu äußern oder zum Anhörungstermin zu erscheinen (so Germelmann/Matthes/Prütting, aaO, § 83 Rz 91, 92). Indessen kommt es hier auf das Unterlassen einer Belehrung nicht an, weil der Beteiligte zu 3) keine zur Sachaufklärung erforderliche Mitwirkung verweigert hat.



ee) Die Rechtsbeschwerde hat die Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht unter Beachtung des § 94 Abs. 2 Satz 2 ArbGG ordnungsgemäß gerügt, zwar nicht unter Anführung der Rechtsnorm, jedoch ausreichend erkennbar durch ihre sachlichen Ausführungen zur fehlerhaften Auswertung des Schriftsatzvorbringens des Beteiligten zu 2) und des Beteiligten zu 3) in den Vorinstanzen. Ein weiterer ausdrücklicher Vortrag in der Rechtsbeschwerdebegründung, welche Maßnahmen das Beschwerdegericht hätte ergreifen müssen, waren nicht erforderlich, da sich aus dem Gesamtzusammenhang ihrer Ausführungen ergibt, daß es seiner Amtspflicht hätte nachkommen und durch den von der Gegenseite benannten Zeugen den wahren Sachverhalt hätte aufklären müssen.

6. Auf dieser Verletzung der Aufklärungspflicht beruht auch der angefochtene Beschluß. Es ist nicht auszuschließen, daß die nunmehr vom Beschwerdegericht durchzuführende Aufklärung der Vorgänge am 26. Oktober 1990 zu einem für den Beteiligten zu 3) günstigen Ergebnis führt. Deshalb muß der angefochtene Beschluß aufgehoben und der Rechtsstreit an das Beschwerdegericht zurückverwiesen werden, um ihm Gelegenheit zu geben, die gebotene Sachaufklärung nachzuholen. Der Senat kann nicht zugunsten des Beteiligten zu 3) durcherkennen (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG; §§ 564, 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

a) Wie ausgeführt, stellt das Verhalten des Beteiligten zu 3) am 26. Oktober 1990 den einzigen nicht verfristeten Kündigungssachverhalt dar, auf den die beabsichtigte Kündigung selbständig gestützt werden kann. Alle anderen, vom Beschwerdegericht verwer-



teten Kündigungsgründe sind verfristet und können nur unterstützend herangezogen werden. Der Senat könnte somit nur dann abschließend zugunsten des Beteiligten zu 3) entscheiden, wenn sämtliche verfristeten Kündigungsgründe nicht verwertet werden könnten und der nicht verfristete Kündigungssachverhalt - bei Unterstellung des Vortrags des Antragstellers als richtig - zur Rechtfertigung der beabsichtigten Kündigung nicht ausreichte. Dies ist jedoch, entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde, nicht der Fall.

b) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAGE 24, 383, 396 sowie Senatsurteil vom 10. April 1975 - 2 AZR 113/74 - AP Nr. 4 und 7 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, zu II 2 c bzw. zu 4 der Gründe) können verfristete Kündigungsgründe nur dann unterstützend herangezogen werden, wenn während der letzten beiden Wochen vor der Kündigung - im Rahmen des § 103 BetrVG vor der Stellung des Zustimmungsantrages - Vorfälle sich ereignet haben oder bekannt geworden sind, die ein weiteres und letztes Glied in der Kette der Ereignisse bilden, die zum Anlaß der Kündigung genommen worden sind. Diese Voraussetzung ist allerdings nur dann gegeben, wenn die nicht verfristeten Kündigungsgründe mit den verfristeten in einem solchen inneren Zusammenhang stehen, daß sie sich wie eine Kette zu einem Gesamtverhalten zusammenfassen lassen (Senatsurteil vom 10. April 1975, aaO). Diese Voraussetzung ist z.B. erfüllt, wenn es sich um gleichartige Verfehlungen (Verspätungen, unentschuldigtes Fehlen) handelt, aus denen generell die fehlende Bereitschaft zu vertrauensvoller Zusammenarbeit und zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu entnehmen ist. Dagegen besteht dieser



enge sachliche (innere) Zusammenhang dann nicht, wenn, wie in dem dem vorbezeichneten Urteil vom 10. April 1975 zugrundeliegenden Fall, einem Arbeitnehmer wegen nicht schwerwiegender Nachlässigkeiten außerordentlich gekündigt wird und der Arbeitgeber diese nicht ausreichenden Gründe durch den Vorwurf verstärken will, der Arbeitnehmer habe früher auch schon seine Zuständigkeiten überschritten und Indiskretionen begangen (vgl. hierzu KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 135, 136).

Gleiches gilt für abgemahnte Kündigungsgründe. Mit einer Abmahnung des Arbeitnehmers wegen eines nicht vertragsgerechten Verhaltens verzichtet der Arbeitgeber konkludent auf ein Kündigungsrecht wegen der Gründe, die Gegenstand der Abmahnung waren. Er kann deswegen zur Rechtfertigung einer späteren Kündigung auf die abgemahnten Gründe nur dann unterstützend zurückgreifen, wenn weitere kündigungsrechtlich erhebliche Umstände eintreten oder nachträglich bekannt werden. Dies hat der Senat, entgegen der Interpretation der Rechtsbeschwerde, in dem vom Beschwerdegericht angezogenen Urteil vom 10. November 1988 (- 2 AZR 215/88 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung, zu II 2 d bb der Gründe) ausdrücklich entschieden. Und auch auf abgemahnte Kündigungsgründe kann nur dann unterstützend zurückgegriffen werden, wenn zwischen ihnen und dem nichtverfristeten Grund ein enger sachlicher (innerer) Zusammenhang besteht (vgl. KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 188).

c) Nach diesen Grundsätzen können im vorliegenden Fall alle früheren Vorfälle unterstützend zu dem Vorfall vom 26. Oktober 1990 herangezogen werden, die ein dem Ansehen des Antragstellers



abträglichen Verhalten des Beteiligten zu 3) im Umgang mit dessen Kunden (Fahrzeughalter, Fahrlehrer und Fahrerlaubnisbewerber) zum Gegenstand haben. Hierbei muß es sich nicht um eine dem Kunden von D gegenüber gezeigte gleichartige Verhaltensweise handeln. Ein innerer Zusammenhang mit diesem Verhalten besteht nicht nur bei verbalen Entgleisungen gegenüber anderen Kunden, sondern auch bei anderen Verhaltensweisen wie verspätetem Erscheinen zur Prüfung. Denn in allen diesen Fällen verstößt der Beteiligte zu 3) gegen die in § 1 Abs. 5 des Anstellungsvertrages enthaltene Verpflichtung, sich während des Dienstes so zu verhalten, daß das Ansehen des Antragstellers nicht geschädigt wird.

Danach besteht ein solcher Zusammenhang zwischen dem Verhalten am 26. Oktober 1990 und den vom Beschwerdegericht für seine Entscheidung tragend herangezogenen Vorfällen, die Gegenstand der Abmahnungen vom 3. April 1990 (verfrühte Mitteilung eines Einsatzes als Prüfer bei einer Fahrschule), 23. Mai 1990 (verspätetes Erscheinen zu einer Theorieprüfung) waren, sowie den sieben Fällen, in denen der Beteiligte zu 3) Kunden des Antragstellers herablassend behandelt bzw. in einem Fall den Antragsteller vor einem Kunden lächerlich gemacht haben soll (Abmahnungen vom 1. August 1990 und vom 2. August 1990).

Dagegen fehlt ein innerer Zusammenhang mit den den Abmahnungen vom 30. Januar 1986 und 12. März 1984 zugrunde liegenden Fällen, in denen dem Beteiligten zu 3) nur fachliche Fehlleistungen vorgeworfen werden und die zum Teil auch Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens über den Widerruf der Anerkennung des Beteiligten zu 3) als amtlicher Kraftfahrzeugsachverständiger



waren. Deswegen kann offen bleiben, ob einer Verwertung dieser Vorfälle auch die in den arbeitsgerichtlichen Verfahren über die Abmahnungen abgeschlossenen Vergleiche entgegenstünden.

d) Ob die zulässigerweise unterstützend herangezogenen verfristeten Gründe zusammen mit dem nicht verfristeten Kündigungsgrund ausreichen, eine außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3) zu rechtfertigen, liegt im Beurteilungsspielraum des Tatsachenrichters. Deshalb kann hierüber nur das Beschwerdegericht abschließend entscheiden. Da nochmals verhandelt werden muß, erübrigt es sich, auf die Verfahrensrügen einzugehen, die die Rechtsbeschwerde gegen die in Bezug auf die verfristeten Kündigungsgründe getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts erhoben hat.

Hillebrecht

Triebfürst

Bitter

Thieß

Nipperdey



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)