

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die Amtliche Sammlung!	Ja

Gesetz: BetrVG 1972 §§ 103, 24; Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) Art. 1 §§ 1, 3, 9, 10, 12, 13; Arbeitsförderungsgesetz (AFG) §§ 4, 13; BGB § 626, § 626 Verdacht strafbarer Handlung, § 626 Druckkündigung, §§ 631, 633 ff., 645; ArbGG § 96; ZPO § 565

Leitsätze:

1. Der Antrag des Arbeitgebers nach § 103 Abs. 2 BetrVG auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur fristlosen Entlassung eines Betriebsratsmitglieds ist unbegründet, wenn dessen Arbeitsverhältnis schon vor der Entscheidung des Gerichts beendet war (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Dieser Fall kann aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eintreten.
2. Erbringt ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in einem anderen Betrieb als dem seines Arbeitgebers und unterliegt er hierbei hinsichtlich der Arbeitsausführung den Weisungen des anderen Unternehmers, so handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG. Betreibt der Arbeitgeber die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig, dann bedarf er der Erlaubnis. Ohne die Erlaubnis kommt mit der tatsächlichen Arbeitsaufnahme im Fremdbetrieb zwischen diesem und dem Arbeitnehmer kraft Gesetzes (Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG) ein Arbeitsverhältnis zustande, während gleichzeitig das bisherige Arbeitsverhältnis endet. Damit erlischt auch die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers im Betriebsrat seines bisherigen Betriebs.
3. Das Arbeitsverhältnis eines in einem anderen Betrieb eingesetzten Arbeitnehmers kann, auch ohne daß sein Arbeitgeber gewerbsmäßig Arbeitnehmer Dritten überläßt, kraft Gesetzes (Art. 1 § 13 AÜG) enden, wenn der Arbeitgeber im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG unerlaubte Arbeitsvermittlung betreibt. Voraussetzung ist, daß der Arbeitnehmer aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags tätig wird, während die Arbeitsleistung im fremden Betrieb aufgrund eines Werkvertrags nicht unter Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG fällt.
4. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, daß die außerordentliche Kündigung stets ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitnehmer nicht vorher zu den Kündigungsgründen angehört worden ist. Die Anhörung vermag an dem objektiven Tatbestand des wichtigen Grundes nichts zu ändern.
5. Aus der Rechtsprechung des Senats zur sog. Druckkündigung läßt sich nicht herleiten, daß der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht verliert, wenn er die Vorwürfe nicht aufklärt, die von dritter Seite gegen seinen Arbeitnehmer erhoben werden, ohne daß die Entlassung des Arbeitnehmers gefordert wird.

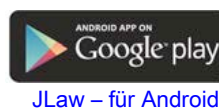
Aktenzeichen: 2 ABR 80/76

Beschluß des BAG vom 10. Februar 1977

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 ABR 80/76

5 Ta BV 57/76 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom 10. Februar 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Roeper und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Kerrmann und Dr. Kammann beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 7. September 1976 - 5 Ta BV 57/76 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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



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



- 2 -

G r ü n d e :

I. Die Antragstellerin ist ein Unternehmen für Maschinen-, Apparate-, Behälter- und Rohrleitungsbau, das seine Arbeitnehmer vorwiegend in Drittbetrieben beschäftigt. Am 6. April 1976 bat sie den für ihren Betrieb gewählten Betriebsrat, den Antragsgegner, um Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem Beteiligten F . Dieser war seit 1964 als Schlosser für die Antragstellerin tätig und gehörte damals dem Betriebsrat an. Nachdem der Antragsgegner seine Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung verweigert hatte, leitete die Antragstellerin am 20. April 1976 das vorliegende Beschlußverfahren ein mit dem Antrag, die Zustimmung des Antragsgegners zur fristlosen Kündigung gegenüber dem Beteiligten gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen.

Die Antragstellerin macht geltend, der Beteiligte habe ihre geschäftlichen Interessen im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für ein Betonfertigbauunternehmen erheblich geschädigt. Er habe insbesondere, nachdem diese Kundenfirma seine Weiterarbeit in ihrem Werk abgelehnt hatte, Mitarbeiter dieser Kundenfirma bei deren Geschäftsführung wegen angeblicher Unregelmäßigkeiten denunziert und die Entlassung dieser Mitarbeiter gefordert. Ein solches Verhalten bedeute eine potentielle Gefahr für bestehende und künftige Geschäftsverbindungen und mache die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unmöglich. Der Antragsgegner und der Beteiligte sind dem Begehren der Antragstellerin entgegengetreten.

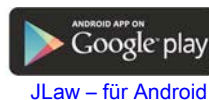
Das Arbeitsgericht hat den Antrag, das Landesarbeitsgericht die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen im wesentlichen mit der Begründung, das Recht zur fristlosen Entlassung des Beteiligten entfalle schon deshalb, weil die Antragstellerin sich nicht zuvor mit der Kundenfirma in Verbindung gesetzt habe, um die gegen den Beteiligten erhobenen Vorwürfe aufzuklären.

Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag auf Ersetzung der Zustimmung weiter, während Antragsgegner und Beteiligter um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bitten.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

II. Der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt reicht zur abschließenden Entscheidung über die Rechtsbeschwerde nicht aus. Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 96 Abs.1 ArbGG, § 565 ZPO).

1. Beide Vorinstanzen haben die Frage nicht geprüft, ob im Streitfall das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 7. August 1972 (BGBl. I S. 1393) mit Änderungen durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. I S. 469), das Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 25. Juni 1975 (BGBl. I S. 1542) und mit Wirkung vom 1. Januar 1977 das Einführungsgesetz zur Abgabenordnung 1977 vom 14. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3341) anzuwenden ist, obwohl der festgestellte Sachverhalt hierfür gewichtige Anhaltspunkte bietet. Die Frage der Anwendung dieses Gesetzes ist vom Rechtsbeschwerdegericht ohne Rüge der Verfahrensbeteiligten zu prüfen. Ihr kommt deswegen entscheidende Bedeutung zu, weil Verstöße gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sich unmittelbar auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und damit auch auf die Mitgliedschaft des Beteiligten im Betriebsrat auswirken können. Sollten das Arbeitsverhältnis und mit ihm das Betriebsratsamt des Beteiligten bereits im Zusammenhang mit dessen Arbeitsaufnahme in einem Drittbetrieb geendet haben, dann ist für das vorliegende Verfahren kein Raum mehr, der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung unbegründet.

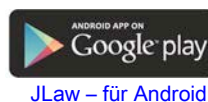
a) Die Antragstellerin hat vorgetragen, daß sie auf dem Werks Gelände anderer Unternehmen ihre Mitarbeiter, vor allem Schlosser, beschäftige, die dort Metallvorrichtungen zu bauen und Reparaturen auszuführen hätten. Auch der Beteiligte sei seit Oktober 1973 bei einem anderen Unternehmen, der Firma B W GmbH & Co. KG (B), eingesetzt worden. Dort seien ständig 14 Mitarbeiter beschäftigt, die Vorrichtungen für Fertigbetonteile zu bauen und diese Vorrichtungen zu warten hätten (Bl. 2 VorA).

Der Antragsgegner und der Beteiligte haben vorgetragen, ohne daß dem die Antragstellerin entgegengetreten ist, auf dem Gelände der B habe die Antragstellerin etwa 20 Mitarbeiter beschäftigt.

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Der Beteiligte und ein Arbeitskollege hätten Wartungsarbeiten ausgeführt, während die übrigen Mitarbeiter die erwähnten Vorrichtungen angefertigt hätten. Der Beteiligte sei "praktisch der Firma B eingegliedert" gewesen (Bl. 18 ff. VorA). Die Arbeiten, worunter auch Privatarbeiten für den Betriebsleiter N der B verstanden werden, seien dem Beteiligten durch den vorgesetzten Meister der B W zugewiesen worden (Bl. 55 VorA). Der Arbeitsplatz des Beteiligten in der Schlosserei der B sei weiterhin besetzt (Bl. 61 VorA).

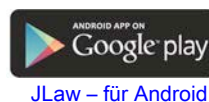
b) Aufgrund dieses Vortrags kann man davon ausgehen, daß der Beteiligte während seines mehrjährigen Einsatzes bei der B faktisch in deren Betriebsorganisation eingegliedert war, insbesondere ihrem Weisungsrecht unterlag. Dieser Sachverhalt kann die Voraussetzungen des Art. 1 § 1 AÜG, nämlich das Überlassen von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung an Dritte, erfüllen. Dieser Tatbestand ist immer dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in einem Drittbetrieb erbringt und er hierbei hinsichtlich der Arbeitsausführung den Weisungen des fremden Betriebsinhabers oder seiner Repräsentanten unterliegt (vgl. Becker, AÜG, Art. 1 § 1 Anm. 58; Becker-Kreikebaum, Zeitarbeit, Stuttgart, 1974, S. 39; Franßen-Haesen, AÜG, Einl. IV Rdnr. 30, Art. 1 § 1 Rdnrn. 47, 48; Schubel-Engelbrecht, AÜG, Art. 1 § 1 Anm. 10; Sandmann-Vielhaber, AÜG, Art. 1 § 1 Anm. 10).

Ungeklärt ist die Frage, ob die Antragstellerin die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig betreibt oder nur gelegentlich einzelne ihrer Arbeitnehmer an andere Unternehmer "ausleiht". Nur im erstgenannten Fall, d.h. wenn die Antragstellerin im Rahmen einer auf Gewinnerzielung und planmäßige Wiederholung gerichteten selbständigen Tätigkeit ihre Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überläßt (wegen Einzelheiten vgl. Becker-Kreikebaum, aaO, S. 39; Franßen-Haesen, aaO, Art. 1 § 1 Rdnr. 63 - 72; beide mit weiteren Hinweisen), bedarf sie gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG einer Erlaubnis. Aus dem Akteninhalt ist nicht zu ersehen, daß die Antragstellerin eine solche Erlaubnis besitzt.

- 5 -



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



c) Sollte sich bei der weiteren Sachverhaltsaufklärung durch das Landesarbeitsgericht herausstellen, daß die Antragstellerin in dem maßgeblichen Zeitraum bis zum Beginn dieses Beschlußverfahrens unerlaubt gewerbsmäßig Arbeitnehmerüberlassung betrieben hat, so greift Art. 1 § 9 Nr. 1 in Verbindung mit § 10 AÜG ein. Dann wäre aufgrund der Fiktion des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG mit der tatsächlichen Arbeitsaufnahme des Beteiligten bei der B im Jahre 1973 zwischen diesen beiden ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Das Betriebsratsamt des Beteiligten im Betriebsrat der Antragstellerin, das der Beteiligte nach seinen Angaben seit Dezember 1970, nach den Angaben der Antragstellerin seit 1. April 1971 innehatte, wäre im Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme bei der B gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erloschen. Die gesetzliche Fiktion des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG führt nämlich nicht zur Suspendierung, sondern wegen Nichtigkeit des Arbeitsvertrags (s. Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG) zur rechtlichen Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher (vgl. Becker, aaO, Art. 1 § 10 Anm. 16; Becker-Kreikebaum, aaO, S. 122; Franßen-Haesen, aaO, Art. 1 § 10 Rdnrn. 8, 9).

Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob im Januar 1976, als die Antragstellerin den Beteiligten von der B abzog, ein neues Arbeitsverhältnis zwischen dem Beteiligten und der Antragstellerin zustande gekommen ist oder ob aufgrund der damals erfolgten Zuweisung des Beteiligten zu den B -Werken wiederum kraft der Fiktion des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit diesem Unternehmen anzunehmen ist. In keinem Fall kann damals das Betriebsratsamt des Beteiligten wieder aufgelebt sein. Das ist nur denkbar, wenn die Beschäftigung unterbrochen wird, nicht aber, wenn - wie im Fall des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG - das Arbeitsverhältnis zwischen Antragstellerin und Beteiligtem rechtlich geendet hat (vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 24 Anm. 22, § 74 Anm. 19, 20; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 24 Anm. 11, 16; Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., Bd. I, § 24 Anm. 23).

2. Das Arbeitsverhältnis des Beteiligten zur Antragstellerin und damit das Betriebsratsamt können auch dann vorzeitig geendet

- 6 -

haben, wenn sich herausstellen sollte, daß die Antragstellerin nicht gewerbsmäßig Arbeitnehmer an Dritte überläßt. In diesem Fall kommt es entscheidend darauf an, ob der Beteiligte bei der B seine Arbeiten im Rahmen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags als sog. Leiharbeiter erbracht hat oder aber als sog. Unternehmerarbeiter im Rahmen eines Werkvertrags als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) der Antragstellerin eingesetzt gewesen ist.

a) Ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist dann anzunehmen, wenn sich die Leistung des entsendenden Arbeitgebers (Verleihers) darauf beschränkt, einen oder mehrere Arbeitnehmer einem Dritten zur Arbeitsleistung gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Bei einer solchen Vertragsgestaltung erhält der Dritte (Entleiher) ein Weisungsrecht hinsichtlich der Konkretisierung der vom Leiharbeiter geschuldeten Arbeitsleistung. Beim Werkvertrag dagegen schuldet der Werkunternehmer die Herstellung eines bestimmten Arbeitsergebnisses, d.h. die Herbeiführung eines konkreten Arbeitserfolgs (§ 631 BGB). Hier dürfen deshalb die im Drittbetrieb eingesetzten Arbeitnehmer nicht dem Weisungsrecht des Werkbestellers (Auftraggebers) unterstellt sein, was allerdings nicht ausschließt, daß der Besteller (Auftraggeber) in bezug auf Einzelheiten des Werks Anweisungen erteilen darf (vgl. § 645 Abs. 1 BGB).

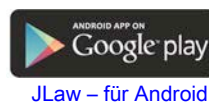
Hinsichtlich der Haftung unterscheiden sich die beiden Vertragstypen darin, daß bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag der Verleiher lediglich für die ordnungsgemäße Auswahl des überlassenen Arbeitnehmers einzustehen hat (BGH vom 13. Mai 1975 - VI ZR 247/73 -, AP Nr. 1 zu § 12 AÜG = NJW 1975, 1695; Becker, NJW 1976, 1827), während der Werkunternehmer das unternehmerische Risiko für die ordnungsgemäße Herstellung des geschuldeten Werks zu tragen hat (§§ 633 ff. BGB).

Ein weiteres Anzeichen dafür, daß es sich um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag handelt, ist die Bemessung der Vergütung nach Zeiteinheiten (z.B. Abrechnung nach der tatsächlichen Arbeitszeit der überlassenen Arbeitnehmer); demgegenüber ist für den Werkvertrag charakteristisch, daß werkbezogene Preise vereinbart werden (vgl. wegen weiterer Einzelheiten Becker, AÜG, Einl. IV 2 f

- 7 -



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



und Art. 1 § 12 Anm. 32, 36; Becker-Kreikebaum, aaO, S. 42 ff.; Engelbrecht, BB 1973, 481; Franßen-Haesen, aaO, Art. 1 § 12 RdNr. 7, 8; Göbel, B1StSozArbR 1973, 309 ff. und 324 ff.; Hempel, Das Spannungsverhältnis zwischen dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und den wirtschaftlichen Interessen der Verleiher und Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung, Berlin 1975, S. 173 ff.; Moritz, BB 1972, 1569; Schubel-Engelbrecht, aaO, Art. 1 § 1 Anm. 28; BGH vom 9. März 1971 - VI ZR 138/69 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Leiharbeitsverhältnis = NJW 1971, 1129; BAG AP Nr. 7 zu § 637 RVO, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

b) Sollte ein gewerbsmäßiges Handeln der Antragstellerin bei der Beschäftigung ihrer Arbeitnehmer in anderen Betrieben nicht angenommen werden können, dann könnte die widerlegbare Vermutung des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG eingreifen. Nach dieser Vorschrift wird bei einem Überschreiten der Höchstfrist von drei Monaten für die Überlassung eines Arbeitnehmers (Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG) vermutet, daß der überlassende Arbeitgeber unerlaubte Arbeitsvermittlung betreibt. Falls der Antragstellerin nach der Zurückweisung der Sache der Nachweis gelingt, daß der mehrjährige Einsatz des Beteiligten bei der B nicht im Rahmen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags, sondern auf werkvertraglicher Grundlage erfolgt ist, wäre die vorerwähnte Vermutung widerlegt.

Würde hingegen die Vermutung eingreifen, so hätte dies zur Folge, daß aufgrund des Art. 1 § 13 AÜG seinerzeit kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beteiligten und der B zustande gekommen wäre. Diese Vorschrift regelt zwar ihrem Wortlaut nach nur den Arbeitsentgeltschutz bei unerlaubter Arbeitsvermittlung. Nach ihrem Inhalt aber will sie verhindern, daß Zweifel in der Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung (Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG) und unerlaubter Arbeitsvermittlung (§§ 4, 13 Abs. 1 AFG in Verbindung mit Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG) zu Lasten des Arbeitnehmers gehen (vgl. die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum AÜG BT-Drucks. VI/2303).

Deshalb schließt sich der Senat der allgemein im Schrifttum vertretenen Ansicht über die Auslegung des Art. 1 § 13 AÜG an. Dem unerlaubt vermittelten Arbeitnehmer steht nicht nur ein unab-



- 8 -

dingbarer Anspruch auf die Arbeitsvergütung gegen den die Arbeitsleistung entgegennehmenden Unternehmer zu, sondern es kommt auch zwischen diesen beiden Partnern - ähnlich der Regelung des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG - kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zustande (ebenso Becker, aaO, Art. 1 § 13 Anm. 6; Becker-Kreikebaum, aaO, S. 130; Franßen-Haesen, aaO, Art. 1 § 13 Rdnr. 5; Schubel-Engelbrecht, aaO, Art. 1 § 13 Anm. 7 - 10; Sandmann-Vielhaber, aaO, Art. 1 § 13 Anm. 1, 2). Dann wäre aber - ebenso wie bei der Anwendung des Art. 1 § 10 AÜG (s. oben zu II 1 c) - davon auszugehen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen der Antragstellerin und dem Beteiligten und damit zugleich das Betriebsratsamt geendet hatte, bevor es zu dem Streitfall gekommen ist, den die Antragstellerin zum Anlaß der außerordentlichen Kündigung nehmen will.

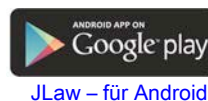
3. Demgemäß wird das Landesarbeitsgericht vorab festzustellen haben, ob die Antragstellerin seinerzeit die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig betrieben und die dazu erforderliche Erlaubnis nach Maßgabe des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG erhalten hat. Fehlt es daran, bleibt die Gestaltung der Vertragsbestimmungen zwischen der Antragstellerin und der B in dem Zeitraum aufzuklären, in dem der Beteiligte für die B tätig gewesen ist. Dabei ist insbesondere wesentlich, ob und in welchem Umfang der Beteiligte in die betriebliche Organisation der B eingegliedert und deren Weisungen unterworfen gewesen ist. Weiter kommt es auf den Leistungsgegenstand des Vertrags oder der Verträge zwischen der Antragstellerin und der B an (Bereitstellung von Schlossern u.ä. zur Arbeitsleistung oder zur Herstellung bestimmter Werke). Schließlich ist in Betracht zu ziehen, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin während des Einsatzes des Beteiligten das unternehmerische Risiko getragen und auf welche Art und Weise die B die Leistungen der Antragstellerin vergütet hat.

III. Falls sich herausstellt, daß das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, kann das Landesarbeitsgericht nicht mehr ohne weiteres an seiner bisherigen Begründung festhalten, mit der es die Ersetzung der Zustimmung des Antragsgegners zur Kündigung gegenüber dem Beteiligten abgelehnt hat. Der Senat vermag der Rechtsansicht des Landesarbeitsgerichts in mehrfacher Hinsicht nicht zu folgen.

- 9 -



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



1. Die Ablehnung der Ersetzung der Zustimmung läßt sich nicht damit begründen, die Antragstellerin habe es unterlassen, sich wegen der Vorwürfe gegen den Beteiligten mit der Geschäftsleitung der B in Verbindung zu setzen. Dem liegt der Rechtssatz zugrunde, daß ein Recht des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung, das auf drittbezogenen Verfehlungen des Arbeitnehmers beruht, bereits mangels Anhörung des Dritten untergeht. Ein solcher Rechtssatz ist mit der gesetzlichen Ausgestaltung des individuellen und kollektiven Kündigungsschutzrechts nicht zu vereinbaren; er läßt sich auch nicht aus den in der Rechtsprechung zur sog. Verdachtskündigung entwickelten Grundsätzen herleiten.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann zwar der durch bestimmte Tatsachen objektiv begründete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein. Der Arbeitgeber muß aber zuvor alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan haben. Er ist insbesondere verpflichtet, dem Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung die belastenden Umstände mitzuteilen und ihn anzuhören (vgl. ausführlich BAG 16, 72 [79 ff.] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung und seitdem ständig).

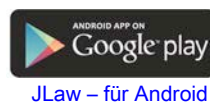
Es gibt jedoch keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, daß eine außerordentliche Kündigung stets ausgeschlossen sei, wenn der Arbeitnehmer zu den Kündigungsgründen nicht vorher angehört worden ist; vielmehr richtet es sich nach den Umständen des Einzelfalles, ob eine solche Anhörung geboten ist (BAG AP Nr. 63 zu § 626 BGB). In der Anmerkung zu dieser Entscheidung (aaO) hat Herschel zutreffend darauf hingewiesen, daß die Anhörung an dem objektiven Tatbestand des wichtigen Grundes nichts ändere; das Unterlassen der Anhörung könne ihn weder schaffen noch ausschließen. Ob unter ganz besonderen Umständen im Falle der Nichtanhörung wegen schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht dem Arbeitnehmer ein Schadenersatzanspruch zusteht (so Herschel, aaO), kann hier offen bleiben, da ein solcher Anspruch nicht Gegenstand des Verfahrens ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der Rechtssatz des Landesarbeitsgerichts, die unterlassene Nachforschung der Antragstellerin bei der B führe zum Fortfall des Kündigungsrechts, mit den Grundsätzen des Senats zur Anhörung des Arbeitnehmers vor der Kündigung nicht in Einklang zu bringen ist. Die möglicherweise ungenügende Aufklärung des Kündigungssachverhalts durch die Antragstellerin vermag die objektive Rechtslage nicht zu ändern. Allein nach dieser richtet sich die Frage, ob Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB darstellen. Bei ungenügender Sachaufklärung läuft der für den Kündigungsgrund darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber lediglich Gefahr, daß er im Streit um die Wirksamkeit der Kündigung unterliegt.

2. Ein Wegfall des Rechts zur außerordentlichen Kündigung läßt sich entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch nicht den von der Rechtsprechung zur sog. Druckkündigung aufgestellten Grundsätzen entnehmen. Zwar hat das Landesarbeitsgericht offen gelassen, ob hier von einer Druckkündigung gesprochen werden kann. Eine Parallele hat es aber darin gesehen, daß die beabsichtigte Kündigung auf Vorwürfe gestützt werden soll, die von dritter Seite an den Arbeitgeber herangetragen worden sind, und hat angenommen, daß das Unterlassen der Aufklärung im Drittbetrieb schon zum Verlust des Kündigungsrechts führe.

In diesem Zusammenhang hat der Senat den Grundsatz aufgestellt, daß der Arbeitgeber nicht ohne weiteres dem Verlangen der Belegschaft auf Entlassung eines Arbeitnehmers etwa wegen Störung des Betriebsfriedens nachgeben darf, sondern sich schützend vor den Arbeitnehmer stellen und versuchen muß, die Belegschaft auf andere Weise von ihrer Drohung abzubringen. Nur wenn dem Arbeitgeber schwere wirtschaftliche Schäden drohen, darf er kündigen. Stets muß die Kündigung das einzige praktisch in Betracht kommende Mittel sein, um Schäden abzuwenden (vgl. zuletzt BAG vom 18. September 1975 - 2 AZR 311/74 - demnächst AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt, mit weiteren Hinweisen).

Die Übertragung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall scheitert schon daran, daß die B von der Antragstellerin nicht



die Entlassung des Beteiligten gefordert, sondern lediglich den Abbruch der Geschäftsbeziehungen angedroht hat. Überdies wäre die frühestens nach dem 6. April 1976 (Antrag auf Zustimmung des Betriebsrats) denkbare Entlassung des Beteiligten nicht das geeignete Mittel gewesen, um den angedrohten Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu verhindern; denn der Beteiligte war schon seit dem 19. Januar 1976 nicht mehr für die B eingesetzt. Es kommt hinzu, daß sich der Geschäftsführer der B in seinem Schreiben an den Beteiligten vom 7. April 1976 für die Offenlegung der dem Betriebsleiter N und dem Mitarbeiter G vorgeworfenen Unregelmäßigkeiten bedankt hat, was Rückschlüsse darauf zuläßt, ob die Gefahr des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen überhaupt jemals ernsthaft bestanden hat.

3. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde können die Grundsätze der Entscheidung des Senats vom 5. Februar 1959 (BAG AP Nr. 2 zu § 70 HGB) auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden, weil sich die Sachverhalte in wesentlichen Punkten unterscheiden. Damals ging es um die Strafanzeigen eines Arbeitnehmers gegen seinen angeblich gesetzwidrig handelnden Arbeitgeber, während hier darüber zu befinden ist, ob die Mitteilung von Unregelmäßigkeiten der in einem Drittbetrieb beschäftigten Stammarbeitnehmer durch einen betriebsfremden Arbeitnehmer dessen Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt. Die Gefährdung oder Beeinträchtigung von Arbeitgeberinteressen ist in beiden Fällen ganz unterschiedlich zu bewerten. Insbesondere darf nicht unbeachtet bleiben, daß im vorliegenden Fall die B für die Aufdeckung von Personaldiebstählen sogar eine Belohnung ausgesetzt hatte.

4. Daß das Landesarbeitsgericht zwei von der Antragstellerin im Verlauf dieses Verfahrens nachgeschobene Kündigungsgründe nicht berücksichtigt hat - es handelt sich um Äußerungen des Beteiligten in seinem Brief an den Geschäftsführer der B vom 23. März 1976 -, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats. Danach können solche Kündigungsgründe im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG nicht beachtet werden, die nicht zuvor der Arbeitgeber dem Betriebsrat genannt hat, um daraufhin dessen Zustimmung



zur Kündigung zu erhalten (BAG AP Nr. 1 und 4 zu § 103 BetrVG 1972, die erstgenannte Entscheidung auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

Daran hält der Senat trotz der Bedenken von Schlüter (Anmerkung EzA Nr. 6 zu § 103 BetrVG 1972) fest. Die Auffassung des Senats beruht im wesentlichen auf Zweckmäßigkeitsüberlegungen. Es wird sichergestellt, daß das Beschlußverfahren nicht mit Tatsachenstoff belastet wird, der dem Betriebsrat bisher nicht bekannt, aber vielleicht geeignet war, einen Meinungswandel des Betriebsrats herbeizuführen. Könnten nachgeschobene Kündigungsgründe sofort in das Beschlußverfahren eingeführt werden, würde das in aller Regel zur Verzögerung des Verfahrens führen; denn das Gericht müßte erst aufgrund entsprechender Anfragen feststellen, ob der Betriebsrat aufgrund des neuen Vortrags seine Zustimmung zur Kündigung erteilt.

5. Nach alledem wird das Landesarbeitsgericht von Grund auf neu prüfen müssen, ob die beabsichtigte außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist, ob also die von der Antragstellerin gegen den Beteiligten erhobenen Vorwürfe einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB ergeben.

gez.: Dr. Gröninger

Roeper

Dr. Jobs

Kerrmann

Kammann

