

353960



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 115/78

12 Sa 600/77 Düsseldorf

Verkündet am
22. Februar 1979

gez. Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Februar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Dr. Kirchner für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. Dezember 1977 - 12 Sa 600/77 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)

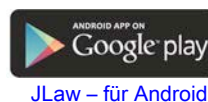


[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der im Jahre 1949 geborene Kläger ist seit 1970 bei der Beklagten, einem genossenschaftlichen Großhandelsunternehmen, als Lagerarbeiter beschäftigt. Er hatte im wesentlichen die Aufgabe, Kommissionen für Selbstabholer zusammen zu stellen und erhielt für diese Lagerarbeiten einen monatlichen Festlohn von zuletzt 1.500,52 DM. Neben den Lagerarbeitern sind bei der Beklagten auch sog. Kommissionierer tätig, die insbes. Großkommissionen abzufertigen haben, die von der Beklagten selbst an die Kunden ausgeliefert werden. Die Kommissionierer erhalten neben dem Grundlohn einen Prämienlohn, der sich nach der Anzahl der zusammengestellten Kommissionen richtet. Die Höhe dieser Prämien wird durch sog. Colli-Plaketten nachgewiesen, die die prämierten berechtigten Arbeitnehmer in ihr Prämienbuch einkleben oder eintragen lassen und der Beklagten zur Abrechnung vorlegen. Die Prämienregelung war in einer Betriebsvereinbarung vom 5. September 1973 festgelegt worden, nach der das Grundgehalt und die Prämien nicht nach den jeweiligen Einzelleistungen der Kommissionierer, sondern nach den Sammelleistungen bei der Warenauslieferung gestaffelt wurde.

Der Kläger gehörte im Jahre 1976 - ebenso wie der prämierten berechtigte Kommissionierer B - dem aus fünf Mitgliedern bestehenden Betriebsrat der Beklagten an. Der nicht prämierten berechtigte Kläger hat im Oktober 1976, als er bei einer großen und besonders eiligen Kommission geholfen hatte, seinem Arbeitskollegen B Colli-Plaketten überlassen, die dieser in sein Colli-Buch eintragen ließ, obwohl er an der Kommissionierung nicht mitgewirkt hatte. Nachdem dieser Vorfall Ende Oktober 1976 von dem Betriebsleiter der Beklagten entdeckt worden war, hat die Beklagte am 4. Oktober 1976 beim Betriebsrat die Zustimmung zu der beabsichtigten fristlosen Kündigung des Klägers und des Kommissionierers B beantragt. Bei der Erörterung der beabsichtigten Kündigungen, die zeitweise in Anwesenheit des Klägers, des weiteren Betriebsratsmitglieds B und des Betriebsleiters der Beklagten stattfand, kam zur Sprache, daß auch von anderen, nicht prämierten berechtigten Arbeitnehmern, Colli-Etiketten an die Kommissionierer weitergegeben worden



waren, wenn sie diesen bei der Zusammenstellung der Lieferungen geholfen hatten. Als sich die Kläger auf diese Handhabung beriefen, erklärte ihnen der Betriebsleiter der Beklagten, wenn sie als Betriebsratsmitglieder das wüßten und duldeten und nicht meldeten, dann sei das noch schlechter. Nachdem der Kläger, sein Arbeitskollege B und der Betriebsleiter der Beklagten die Sitzung des Betriebsrates verlassen hatten, hat der Betriebsrat mit drei Mitgliedern weiter über die beabsichtigten Kündigungen beraten und beschlossen, seine Zustimmung zu erteilen. Nach Mitteilung dieses Beschlusses hat die Beklagte den Kläger und den Kommissionierer B am 4. November 1976 fristlos entlassen. Am 5. November 1976 wurden die in dem Lager der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer darauf hingewiesen, daß die Kommissionierer ihnen nicht zustehende Colli-Etiketten nicht annehmen dürften.

Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 4. November 1976 nicht aufgelöst worden sei. Er hat vorgebracht, die Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung beruhe nicht auf einem ordnungsgemäßen Beschluß, weil keine Ersatzmitglieder herangezogen worden seien. Dieser Mangel habe dem Betriebsleiter der Beklagten nicht verborgen geblieben sein können. Die Kündigung sei auch nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt, weil schon seit Jahren mit Wissen der Betriebsleitung Colli-Etiketten von nicht prämiertenberechtigten Arbeitnehmer an prämiertenberechtigte Kommissionierer weitergegeben worden seien, wenn sie den Kommissionierern geholfen hätten. Anderen Arbeitnehmern sei aber deshalb nicht gekündigt worden, sondern die Betriebsleitung habe sich am 5. November 1976 damit begnügt, die übrigen Arbeitnehmer zu ermahnen. Ihn und seinen Betriebsratskollegen B habe die Beklagte nur entlassen, um zwei unbequeme Mitglieder des Betriebsrates loszuwerden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie sei für etwaige Fehler des Beschlusses des Betriebsrates vom 4. November 1976, die ihr nicht bekannt seien, nicht verantwortlich. Die fristlose Kündigung



sei sachlich gerechtfertigt, weil der Kläger in der Zeit vom Dezember 1975 bis Ende Oktober 1976 seinem Kollegen B in Betrugsabsicht zu Prämien in Höhe von 349,-- DM verholffen habe, indem er ihm unberechtigt Colli-Etiketten zur Verfügung gestellt habe. Als sie am 4. November 1976 beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung des Klägers beantragt habe, sei ihr nicht bekannt gewesen, daß auch andere Arbeitnehmer bei der Abrechnung der Colli-Etiketten unkorrekt gehandelt hätten. Das sei ihrem Betriebsleiter vielmehr erst bei der Erörterung mit dem Betriebsrat mitgeteilt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß die außerordentliche Kündigung vom 4. November 1976 jedenfalls deswegen unwirksam ist, weil sie eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Amtes als Betriebsrat darstellt (§ 78 BetrVG).

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Kündigung bereits wegen Verletzung des § 103 BetrVG unwirksam ist, weil der Betriebsrat am 4. November 1976 zur Beschlußfassung über die beantragte Zustimmung zur Kündigung des Klägers kein Ersatzmitglied herangezogen hat. Der vorliegende Sachverhalt ist zu wenig aufgeklärt, um im Streitfall grundsätzlich darüber entscheiden zu können, wie sich Mängel, die in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrates fallen, auf die Ordnungsmäßigkeit des Zustimmungsverfahrens nach § 103 BetrVG und die Wirksamkeit einer vom Betriebsrat erteilten Zustimmung auswirken. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob am 4. November 1976 ein Ersatzmitglied zur Vertretung des Klägers hätte herangezogen werden können. Es hat auch nicht ge-



klärt, ob der Betriebsleiter der Beklagten wußte oder den Umständen entnehmen konnte, daß der Betriebsrat über die beantragte Zustimmung nur mit drei Mitgliedern entscheiden hatte. Diese Unklarheiten über den tatsächlichen Verlauf schließen es aus, allgemeine Grundsätze für die Anwendung des § 103 BetrVG bei einer fehlerhaften Beschlußfassung des Betriebsrates aufzustellen.

Der Senat hält es allerdings für geboten, darauf hinzuweisen, daß es bedenklich ist, im Regelungsbereich des § 103 BetrVG auf Mängel, die dem Verantwortungsbereich des Betriebsrates zuzurechnen sind, ohne weiteres die Grundsätze zu übertragen, die beim Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG für die Abgrenzung zwischen dem Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrates und des Arbeitgebers gelten (vgl. dazu BAG AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972; auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt und BAG AP Nr. 12 zu § 102 BetrVG 1972). Zwischen dem Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG und dem Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG bestehen gewichtige sachliche Unterschiede. Für das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG gilt kein positives Konsensprinzip im Sinne eines Zustimmungserfordernisses. Es ist noch nicht einmal eine Stellungnahme des Betriebsrates erforderlich, sondern der Arbeitgeber ist lediglich verpflichtet, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, ihm seine Überlegungen zur Kündigungsabsicht mitzuteilen (BAG AP Nr. 9 zu § 102 BetrVG 1972; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Demgegenüber bedarf es nach § 103 BetrVG einer ausdrücklichen Zustimmung des Betriebsrates die dann, wenn sie verweigert wird, vom Arbeitsgericht ersetzt werden muß. Die im Schrifttum wohl überwiegende Ansicht lehnt aus diesen Gründen eine entsprechende Anwendung der für das Anhörungsverfahren entwickelten Grundsätze auf das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG ab (Bieback, ArbuR 1977, 321 [323]; Hanau, AR-Blattei, [D] Betriebsverfassung IX, Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder, zu B II 2 und Klebe-Schumann, DB 1978, 1591 mit weiteren Nachweisen; a.A.: Bleistein, Betriebsverfassung in der Praxis, 3. Aufl., Anm. 540;



Galperin-Löwisch, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., § 103 Anm. 15 und Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rz 511). Für eine sachdienliche Lösung sind methodisch zwei Wege denkbar: Es könnte erwogen werden, ob nicht Betriebsratsbeschlüsse mit einer "Außenwirkung" einen gesteigerten Bestandsschutz verdienen und nur bei ganz groben oder offensichtlichen Verletzungen von Verfahrensvorschriften oder Zuständigkeitsgrenzen des Betriebsrates unwirksam sind (vgl. zum gegenwärtigen Meinungsstand: Fitting-Auffarth-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl., § 33 Rz 32 bis 36; Galperin-Löwisch, aaO, § 33 Rz 17 bis 21 und Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., § 33 Rz 26 bis 34). Als andere mögliche Lösung bietet es sich an, das Erfordernis eines wirksamen Betriebsratsbeschlusses im Rahmen des § 103 BetrVG durch einen Vertrauensschutz für den Arbeitgeber zu ergänzen, der allerdings - anders als im Regelungsbereich des § 102 BetrVG - voraussetzen würde, daß der Arbeitgeber nach den Umständen des jeweiligen Falles keinen Zweifel an einem ordnungsgemäßen Beschluß haben konnte (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 33 Anm. 20; GK-Wiese, Betriebsverfassungsgesetz, § 26 Anm. 34; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 26 Anm. 31; Galperin-Löwisch, aaO, § 26 Anm. 31 und Klebe-Schumann, DB 1978, 1594).

2. Im Streitfall kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß die Zustimmung des Betriebsrates auf einem wirksamen Beschluß beruht oder die Beklagte sich auf einen Vertrauensschutz berufen kann. Das angefochtene Urteil wird jedenfalls von der weiteren Begründung getragen, die Kündigung sei unwirksam, weil die Beklagte nur den Kläger und Herrn B als weiteres Mitglied des Betriebsrates aus den übrigen Arbeitnehmern, die bei der Prämienabrechnung ebenfalls nicht korrekt gehandelt hatten, herausgegriffen und ihr Verhalten wegen der Zugehörigkeit zum Betriebsrat mit einem strengeren Maßstab gemessen habe, als das der übrigen im Lager tätigen Arbeitnehmer.

a) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht mit dieser Begründung nicht rechtsfehlerhaft den Gleichbehandlungsgrundsatz auf Kündigungen angewendet. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

kann die Unwirksamkeit einer Kündigung nicht unmittelbar aus einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes hergeleitet werden. Dieser Grundsatz ist mit dem Gebot, bei der Prüfung des wichtigen Grundes die Umstände des jeweiligen Einzelfalles umfassend abzuwägen, nur beschränkt zu vereinbaren (BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [zu 3 der Gründe]; BAG AP Nr. 27 zu § 66 BetrVG). Eine nur mittelbare Auswirkung auf die Interessenabwägung kann der Gleichbehandlungsgrundsatz allerdings dann haben, wenn der Arbeitgeber bei gleicher Ausgangslage (gleichartige Pflichtverletzungen) nicht allen beteiligten Arbeitnehmern kündigt und daraus zu schließen ist, daß es für ihn zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis auch mit den gekündigten Arbeitnehmern fortzusetzen (BAG AP Nr. 3 zu § 13 KSchG).

b) Das Landesarbeitsgericht hat nicht nur eine solche mittelbare Auswirkung des Gleichbehandlungsgebotes angenommen, sondern der Beklagten darüber hinaus angelastet, daß sie mit der Kündigung des Klägers gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG verstoßen hat. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Nach den von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und damit für den Senat nach § 561 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen hat die Beklagte trotz Hinweises darauf, daß auch in anderen Fällen von anderen Arbeitnehmern Kommissionierern Colli-Etiketten überlassen worden sind, nur den Kläger und seinen Betriebsratskollegen B fristlos entlassen. Das ist deswegen geschehen, weil ihr Betriebsleiter es bei Mitgliedern des Betriebsrates als eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung gewertet hat, daß sie an der beanstandeten Übung mitgewirkt, sie geduldet und nicht gemeldet haben.

Die Beklagte hat durch die Maßregelung des Klägers durch die fristlose Entlassung nicht nur gegen den bei der Interessenabwägung zu beachtenden Grundsatz verstoßen, daß die Betriebsratseigenschaft nicht das Gewicht einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers erhöht (BAG AP Nr. 3 zu § 13 KSchG). Ihre Kündigung verstößt vielmehr zugleich

auch gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG. Wenn ein Arbeitnehmer beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person mehrerer Arbeitnehmer nur einem oder mehreren Betriebsratsmitgliedern kündigt, dann spricht das dafür, daß die gekündigten Arbeitnehmer wegen ihrer Betriebsrattätigkeit benachteiligt worden sind (Galperin-Löwisch, aaO, § 78 Anm. 19). Diese tatsächliche Vermutung ist im Streitfall nicht nur unwiderlegt geblieben, sondern sie wird durch die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts voll bestätigt. Der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung des Klägers und seinem Amt als Betriebsrat wird entgegen der Auffassung der Revision nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Betriebsleiter die "vielfach praktizierten Ausnahmen und Unkorrektheiten anderer Arbeitnehmer bei der Prämienabrechnung" noch nicht bekannt waren, als er beim Betriebsrat die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung beantragte. Da die Erörterung der Kündigungsgründe mit dem Betriebsrat und dem Kläger den Zweck hatte, auf den Kündigungsentschluß des Arbeitgebers einzuwirken und ihm eine richtige und vollständige Interessenabwägung zu ermöglichen (BAG AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt), ist es zu einer Benachteiligung des Klägers wegen seines Betriebsratsamtes dadurch gekommen, daß der Betriebsleiter trotz Kenntnis der veränderten Sachlage an seiner Kündigungsabsicht festgehalten hat.

c) Da die vom Kläger angegriffene Kündigung schon wegen Verletzung des Benachteiligungsverbotes des § 78 BetrVG unwirksam ist, erübrigt es sich darauf einzugehen, ob die Weiterbeschäftigung des Klägers der Beklagten deshalb zumutbar ist, weil sie es unterlassen hat, ihn vor der Kündigung abzumahnern, sich an die unklar gefaßte Prämienregelung zu halten. Es ist deshalb auch unerheblich, ob dem Kläger eine Pflichtverletzung im sog. Leistungsbereich (bei der grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich ist) oder im sog. Vertrauensbereich vorzuwerfen ist (vgl. dazu BAG 11, 278 [287] = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung; BAG 19, 351 = AP Nr. 1 zu § 124 GewO und BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB).



3. Die Revision war demgemäß mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

gez.: Hillebrecht -

Triebfürst

zugleich für den wegen
Urlaub an der Unter-
schrift verhinderten
Vorsitzenden Richter
Dr. Gröninger

Zeilinger

Dr. Kirchner

