

Aktenzeichen: 2 AZR 136/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 22. September 1983

- 2 AZR 136/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 1. Juni 1981

Elmshorn

- 1c Ca 527/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 8. September 1981

Schleswig-Holstein

- 1 Sa 296/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Erneute Betriebsratsanhörung bei Wiederholung der Kündigung

Gesetz: BetrVG § 102 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3; BGB § 626

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 136/82

1 Sa 296/81 Schleswig-Holstein

Verkündet am
22. September 1983

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. September 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhsler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Strümper und Dr. Wolter für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 8. September 1981 - 1 Sa 296/81 - aufgehoben, soweit es über die Feststellungsklage und die Kosten entschieden hat.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 1. Juni 1981 - 1c Ca 527/81 - teilweise abgeändert, soweit es über die Feststellungsklage hinsichtlich der Kündigung vom 3. März 1981 und die Kosten entschieden hat.
3. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 3. März 1981 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht.
4. Die Kosten der ersten und zweiten Instanz tragen der Kläger zu 1/4 und die Beklagte zu 3/4. Die Kosten der Revision trägt die Beklagte.

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

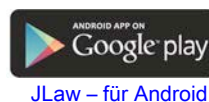
T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 1. November 1979 bei der Beklagten als Verkaufsförderer mit einem monatlichen Bruttogehalt von zuletzt 4.200,-- DM tätig.

Im Januar 1981 unternahm der Kläger zusammen mit einer Bekannten eine Urlaubsreise nach Ostasien. Am Montag, dem 2. Februar 1981 sollte er seine Arbeit bei der Beklagten wieder aufnehmen, kehrte jedoch erst am Abend des 4. Februar 1981 aus Bangkok zurück. Bereits am 4. Februar 1981 hatte der Kläger zwischen 15.00 und 16.00 Uhr der Beklagten telefonisch mitgeteilt, daß er seinen Dienst am folgenden Tag wieder aufnehmen werde. Am Donnerstag, dem 5. Februar 1981 erschien der Kläger jedoch erst gegen 12.30 Uhr im Betrieb. Wegen seiner verspäteten Rückkehr aus dem Urlaub wurde ihm eine vom selben Tage datierte



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



-3-

schriftliche Verwarnung der Personalabteilung ausgehändigt. Als Antwort hierauf verfaßte der Kläger unter dem 8. Februar 1981 einen Brief, in dem er sich u. a. gegen die "unhaltbaren Anschuldigungen" und "böswilligen Verleumdungen" verwahrte, dem "Initiator" der schriftlichen Verwarnung "grobe Fehleinschätzung der Sachlage" vorwarf und dessen Vorgehensweise als eine "hinterhältige Boshaftigkeit" bezeichnete. Dieses Schreiben übergab er am 16. Februar 1981 der Beklagten. Mit Schreiben seines bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 19. Februar 1981 wandte sich der Kläger wegen der Entfernung der Verwarnung aus seinen Personalakten erneut an die Beklagte und ließ mitteilen, daß er es bedauere, im Schreiben vom 8. Februar 1981 in seiner Erregung massiv geworden zu sein und er sich hierwegen ausdrücklich entschuldigen möchte.

Am 24. Februar 1981 fand vormittags im Betrieb der Beklagten ein Gespräch statt, an dem neben dem Kläger, dem Abteilungsleiter R und dem Personalleiter M auch zwei Betriebsratsmitglieder teilnahmen. Am Nachmittag desselben Tages setzten der Kläger, sein Abteilungsleiter und der Personalleiter die Aussprache fort.

Mit Schreiben vom 26. Februar 1981, das dem Kläger am 27. Februar 1981 zuging, kündigte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten das Arbeitsverhältnis der Parteien fristlos. Diese Kündigung wies der Kläger mit dem der Beklagten am 3. März 1981 zugegangenen Schreiben seines Bevollmächtigten vom 2. März 1981 wegen Fehlens einer zur Kündigung berechtigenden Vollmacht zu-



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



rück. Daraufhin sprach die Beklagte mit Schreiben vom 3. März 1981, das dem Kläger am 4. März 1981 zuging, erneut eine fristlose Kündigung mit folgender Begründung aus:

- "1. Ihre bisher trotz wiederholter Abmahnungen häufigen Unpünktlichkeiten bei Dienstbeginn
2. Fehlen ohne jede ausreichende Entschuldigung am Vormittag des 5. Februar 1981
3. Beleidigungen Ihrer Vorgesetzten durch Ihr Schreiben vom 8. Februar 1981, eingegangen bei meiner Mandantin am 16. Februar 1981
4. Ihre Erklärung, sich für Ihr Schreiben vom 8. Februar 1981 nicht entschuldigen zu wollen anlässlich des Gespräches am 24. Februar 1981
5. die mangelhafte Einsicht, daß für unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit eine Verwarnung durch die Personalleitung ein adäquates disziplinarisches Mittel ist."

Der Kläger, der sich mit der vorliegenden Klage gegen beide Kündigungen wendet, ist der Auffassung, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe seien, soweit sie sich auf den Zeitraum bis Anfang Januar 1981 beziehen, unsubstantiiert und könnten eine außerordentliche Kündigung, die nur als unausweichlich letzte Maßnahme in Betracht komme, nicht rechtfertigen. Die von der Beklagten behaupteten Ermahnungen und das Abmahnungsschreiben vom 5. Februar 1981 entsprächen zudem auch nicht den an eine wirksame Abmahnung zu stellenden Anforderungen. Im übrigen habe er es nicht zu vertreten, daß er im Anschluß an seinen Urlaub seinen Dienst nicht am 2. Februar 1981 wieder habe antreten können. Seine Begleiterin habe, obwohl der Rückflug ordnungsgemäß bestätigt worden sei, aus technischen Gründen für den Rückflug keinen Platz mehr in der Maschine bekommen. Weil er sie nicht in Bangkok



habe allein lassen wollen, habe er keine andere Wahl gehabt, als ebenfalls mit der nächsten Maschine zurückzufliegen. Am 4. Februar 1981 sei er erst gegen 23.00 Uhr aus Bangkok kommend in seiner Wohnung eingetroffen. Da er zu diesem Zeitpunkt seit ca. 60 Stunden unterwegs und völlig übermüdet gewesen sei, habe er am nächsten Morgen nicht um 8.15 Uhr zum Dienst erscheinen können. Als er am 5. Februar 1981 gegen 12.30 Uhr im Betrieb erschienen sei, habe er sich bei seinem Abteilungsleiter für die Verspätung entschuldigt und die näheren Umstände hierfür erläutert. Herr R habe jedoch erwidert, er habe sich denken können, daß er, der Kläger, nicht pünktlich zurückkommen werde. Auch sein Brief vom 8. Februar 1981 rechtfertige die Kündigung nicht. Abgesehen davon, daß die Beklagte die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt habe, stelle dieses Schreiben auch keinen wichtigen Grund dar, weil er es in starker Erregung über die vorgefallenen Ereignisse abgefaßt habe. Das Schreiben vom 8. Februar 1981 habe er erst am 16. Februar bei der Personalabteilung der Beklagten abgegeben, weil er zunächst die Bestätigung des Hamburger Aeroflot-Büros über die aus buchungstechnischen Gründen erfolgte Verzögerung des Abflugs aus Bangkok habe abwarten wollen. Erst als er erfahren habe, daß die Sachbearbeiterin des Aeroflot-Büros erkrankt sei, habe er sich entschlossen, den Brief ohne diese Bestätigung abzugeben. Der Beklagten sei es auch zumutbar, das Arbeitsverhältnis mit ihm fortzusetzen, da er sich mit Schreiben seines Rechtsanwalts vom 19. Februar 1981 für die Äußerungen im Schreiben vom 8. Februar 1981 entschuldigt habe.



In der Aussprache am 24. Februar 1981 sei ihm eröffnet worden, daß es nur darum gehe, eine für beide Seiten akzeptable Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu finden. Er selbst habe deutlich gemacht, daß die gegen ihn erhobenen Vorwürfe unge-rechtfertigt seien. In der Aussprache am Nachmittag habe er auch unmißverständlich dargelegt, zu einer weiteren Zusammenarbeit mit seinem unmittelbaren Vorgesetzten R bereit zu sein. Das Verlangen der Beklagten, sich für seinen Brief vom 8. Februar 1981 zu entschuldigen und die Abmahnung zu akzeptieren, habe er allerdings abgelehnt, da dies bereits durch Schreiben seines An-walts vom 19. Februar 1981 geschehen sei. Auch habe er deutlich gemacht, daß für ihn eine Anerkennung des Abmahnungsschreibens nicht in Betracht komme. Zu beiden Kündigungen sei zudem der Be-triebsrat nicht gemäß § 102 BetrVG gehört worden, so daß auch schon deswegen weder die Kündigung vom 26. Februar 1981 noch die vom 3. März 1981 gerechtfertigt sei.

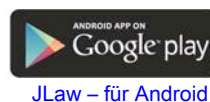
Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die Kündigung vom 26. Februar 1981 noch vom 3. März 1981 aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbe-steht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Sales-Promoter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und vorgetragen, der Kläger habe in der Vergangenheit immer wieder Termine über-zogen, so daß die von ihm nicht termingerecht erledigten Arbeiten von Kollegen hätten erledigt werden müssen. In den Monaten Januar



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



bis Juli 1980 sei er wegen seiner Unpünktlichkeit wiederholt vom Abteilungsleiter ermahnt worden. Am 2. Juni 1980 sei dem Kläger im Hinblick auf seine Arbeitseinteilung, Einhaltung von Vorgabezeiten und Unpünktlichkeit mit Konsequenzen für den Fall der Wiederholung gedroht worden. Im Juli 1980 seien ihm anhand der Stempelkarten für die Vormonate Unpünktlichkeiten nachgewiesen und er nochmals ermahnt worden. Als der Kläger am 4. Februar 1981 telefonisch mitgeteilt habe, er werde am nächsten Tag wieder im Betrieb sein, sei für den Vormittag des 5. Februar 1981 eine Abteilungsleiterbesprechung angesetzt worden. Zu dieser sei der Kläger jedoch nicht erschienen. Gegen 11.30 Uhr habe daraufhin der Abteilungsleiter von der Personalabteilung verlangt, den Kläger schriftlich zu verwarnen. Gegen 12.30 Uhr sei der Kläger an seinem Arbeitsplatz erschienen, ohne sich zu entschuldigen. Der Brief des Klägers vom 8. Februar 1981, den er erst am 16. Februar 1981 übergeben habe, enthalte eine Reihe von Beleidigungen, die es der Beklagten unmöglich machten, ihn weiterzubeschäftigen. Die abschwächende Stellungnahme des Rechtsanwalts des Klägers vom 19. Februar 1981 ändere hieran nichts. Gleichwohl habe das Gespräch am 24. Februar 1981 dazu dienen sollen, Fragen der Zusammenarbeit in der Abteilung zu klären und dem Kläger die Funktion einer Verwarnung zu erläutern. Herr R , der Leiter der Abteilung, habe sich auch zu einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Kläger bereit erklärt, vorausgesetzt, daß der Kläger sich persönlich für seinen Brief entschuldige und die ihm erteilte Verwarnung anerkenne. Zur Abgabe einer solchen Erklärung sei der Kläger jedoch nicht bereit gewesen. Vielmehr habe er, als ihn der Personalleiter M am Ende der Unterredung



hierauf angesprochen habe, wörtlich erklärt: "Das haben Sie prima hingekriegt; so soll das laufen, dies ist der Trick". Hierauf sei das Gespräch abgebrochen worden. Der Betriebsrat sei aufgrund des Gesprächs vom 24. Februar 1981 über den zur Kündigung führenden Sachverhalt informiert gewesen.

Das Arbeitsgericht hat, nachdem es den Personalleiter M und den Abteilungsleiter R als Zeugen vernommen hat, unter Abweisung der Klage im übrigen festgestellt, daß zwischen den Parteien bis zum 4. März 1981 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger ergänzend ausgeführt, die außerordentliche Kündigung vom 3. März 1981 sei bereits nach § 102 BetrVG unwirksam, weil der Betriebsrat zu den Gründen, auf die die Kündigung unter Berücksichtigung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB habe gestützt werden können, nicht angehört worden sei. Über Verlauf und Ausgang des Gesprächs vom 24. Februar 1981 sei mit dem Betriebsrat nicht gesprochen worden. Auch habe vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 3. März 1981 keine weitere Anhörung stattgefunden. Das Schreiben vom 8. Februar 1981 habe, weil gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristet, nicht mehr zur Begründung der Kündigung vom 3. März 1981 herangezogen werden können. Ein bereits verfristeter Kündigungsgrund werde nicht dadurch wieder "zu neuem Leben erweckt", daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordere, sich von dem kündigungsrelevanten Verhalten zu distanzieren oder sich hierfür zu entschuldigen. Auch seine Weigerung, die von der Beklagten ausgesprochene Abmahnung



zu akzeptieren, stelle keinen Kündigungsgrund dar.

Die Beklagte hat erwidert, der Betriebsrat sei am 25. Februar 1981 vom Personalleiter M über den Ausgang des Gesprächs am Vortag informiert worden. Dem Betriebsrat sei hierbei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Im übrigen stelle die Kündigung vom 3. März 1981 nur die Wiederholung der außerordentlichen Kündigung vom 26. Februar 1981 dar. Einer erneuten Information des Betriebsrates habe es daher nicht bedurft, weil beide Kündigungen auf dieselben Gründe gestützt worden seien. Die Kündigungsgründe seien auch nicht deshalb verfristet, weil sie sich zunächst um einen Ausgleich bemüht habe, anstatt ihm nach Erhalt des Schreibens vom 8. Februar 1981 sofort fristlos zu kündigen.

Das Landesarbeitsgericht hat den Personalleiter M als Zeugen vernommen und sodann die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen.

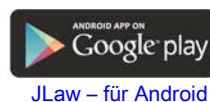
Mit der durch Senatsbeschluß vom 25. Februar 1982 zugelassenen Revision (2 AZN 472/81) verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 3. März 1981 nicht aufgelöst ist, sondern fortbesteht, weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

A. Die Revision ist zulässig. Der Kläger hat zwar weder in



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



seiner Revisionsschrift noch in seiner Revisionsbegründungsschrift einen ausdrücklichen Revisionsantrag gestellt. Das hat er erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist in der mündlichen Verhandlung am 22. September 1983 nachgeholt. Gleichwohl ist die Revision deswegen nicht unzulässig, da sich aus den Ausführungen der Revisionsbegründung, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Zulassungsbeschlusses vom 25. Februar 1982 (2 AZN 472/81) eindeutig ergibt, daß der Kläger mit der Revision allein seinen Feststellungsantrag weiterverfolgen will. Die Revisionsbegründung genügt damit auch ohne einen ausdrücklichen Revisionsantrag den Anforderungen des § 554 Abs. 3 ZPO (BAG 11, 225; 17, 313; BGH LM § 546 ZPO Nr. 14; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 42. Aufl., § 554 Anm. 4; Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl., § 554 Rz 5; Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl., § 519 Anm. 3; Zöllner, ZPO, 13. Aufl., § 554 Anm. III 1 a).

B. Die Revision ist auch begründet. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist durch die fristlose Kündigung vom 3. März 1981 nicht beendet worden.

I. Das Landesarbeitsgericht hat sich den Gründen des erstinstanzlichen Urteils angeschlossen und ergänzend ausgeführt, entgegen der Auffassung des Klägers sei der Betriebsrat zu der außerordentlichen Kündigung vom 3. März 1981 ordnungsgemäß angehört worden. Der Zeuge M habe bekundet, daß er den Betriebsratsvorsitzenden vor der beabsichtigten Kündigung informiert habe. Von der damit gegebenen Möglichkeit, innerhalb von drei Tagen eventuell gegen die Kündigung bestehende Bedenken ge-



genüber der Beklagten geltend zu machen, habe der Betriebsrat keinen Gebrauch gemacht. Die Beklagte habe zwar nur den Betriebsratsvorsitzenden unterrichtet, der erkennbar keine Gelegenheit gehabt habe, hierüber zu beraten. Dies spiele aber keine Rolle, weil die Kündigung vom 26. Februar 1981 unwirksam gewesen sei, und zwar nicht wegen der Verletzung von Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes. Demgemäß habe der Betriebsrat vor Ausspruch der zweiten Kündigung ausreichend Zeit und Gelegenheit gehabt, sich hierüber mit den Gründen für die immer noch nicht wirksam ausgesprochene Kündigung zu beschäftigen. Nach Ablauf von drei Tagen, mithin mit Ablauf des 29. Februar 1981, sei seine Zustimmung als erteilt anzusehen gewesen. Dabei sei es ohne Bedeutung, ob die Beklagte sich bereits vor der Mitteilung der Kündigungsabsicht an den Betriebsrat eine abschließende Meinung gebildet und in einer - allerdings unwirksamen - Kündigung zum Ausdruck gebracht habe. Für die Beklagte habe kein Anlaß bestanden, den Betriebsrat über die Unwirksamkeit der ersten Kündigung zu unterrichten, da sich der Sachverhalt nicht verändert habe. Die somit auch formal wirksam ausgesprochene Kündigung vom 3. März 1981 sei daher aus den von der Beklagten genannten Gründen zu Recht erfolgt. Darauf, ob sich der Kläger durch das Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 19. Februar 1981 entschuldigt habe, komme es nicht an, weil er im Gespräch vom 24. Februar 1981 immer noch auf seinem Standpunkt beharrt habe. Auf dieser Grundlage sei der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aber nicht zuzumuten gewesen. Der Kläger habe in einem gewissen Umfange eine Vertrauensstellung innegehabt, die in besonderem Maße eine reibungslose Zusammenarbeit mit den ein-



zelnen Abteilungsleitern erfordert habe.

II. Diese Auffassung des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand; ihr kann weder in der Begründung noch im Ergebnis zugestimmt werden.

1. Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Dabei hat ihm der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Eine Kündigung kann demnach erst dann wirksam ausgesprochen werden, d. h. die Kündigung kann dem Arbeitnehmer gegenüber erst dann mündlich erklärt werden bzw. bei schriftlicher Kündigung darf das Kündigungsschreiben den Machtbereich des Arbeitgebers erst dann verlassen (BAG 27, 331, 335), wenn das Anhörungsverfahren vom Arbeitgeber nicht nur ordnungsgemäß eingeleitet, sondern auch ordnungsgemäß abgeschlossen worden ist. Ordnungsgemäß eingeleitet ist das Anhörungsverfahren dann, wenn der Arbeitgeber die in § 102 Abs. 1 BetrVG vorgesehene Unterrichtung des Betriebsrates rechtzeitig und vollständig vorgenommen hat; erforderlich ist, daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat u. a. die Art der beabsichtigten Kündigung und die Gründe mitteilt, die für seinen Kündigungsent-schluß maßgebend sind (BAG 26, 27; 30, 176). Abgeschlossen ist das Anhörungsverfahren dann ordnungsgemäß, sobald dem Arbeitgeber eine endgültige Stellungnahme des Betriebsrates zur beabsichtigten Kündigung vorliegt oder, falls sich der Betriebsrat nicht äußert, die Fristen des § 102 Abs. 2 Satz 1 und 3 BetrVG abgelaufen sind (BAG 27, 273; 28, 81).



2. Aus der Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall folgt, daß vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 3. März 1981 keine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung durch die Beklagte stattgefunden hat.

a) Unstreitig ist bezüglich der außerordentlichen Kündigung vom 3. März 1981 in der Zeit vom 26. Februar bis zum 3. März 1981 kein Anhörungsverfahren eingeleitet worden. Entgegen der Ansicht der Beklagten und des Landesarbeitsgerichts hat aber auch vor dem 26. Februar 1981 kein ordnungsgemäßes Anhörungsverfahren stattgefunden. Nach dem durch die Aussagen des Zeugen M bestätigten Vortrag der Beklagten hat diese zwar am 25. Februar 1981 den gemäß § 26 Abs. 3 Satz 2 BetrVG zur Entgegennahme solcher Erklärungen zuständigen Betriebsratsvorsitzenden H über den Ausgang des Gesprächs der Parteien am 24. Februar 1981 und über die hieraus zu ziehenden Konsequenzen, nämlich das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos aufzulösen, unterrichtet und damit das Anhörungsverfahren eingeleitet. Zum Zeitpunkt der ersten (unwirksamen) außerordentlichen Kündigung am 26. Februar 1981 war jedoch das Anhörungsverfahren noch nicht ordnungsgemäß abgeschlossen, da weder eine endgültige Stellungnahme des Betriebsrats vorlag noch die Drei-Tages-Frist gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG abgelaufen war. Eine endgültige Stellungnahme des Betriebsrates kann insbesondere auch nicht in der im unmittelbaren Anschluß an die Unterrichtung vom Betriebsratsvorsitzenden H gegenüber dem Zeugen M gemachte Äußerung "dann kann man ja nicht mehr helfen, dann muß es bei der Kündigung bleiben" gesehen werden. Denn die Beklagte wußte, daß der unstreitig aus minde-



stens zwei weiteren Mitgliedern (Frau W und Herrn Mä) bestehende Betriebsrat zu diesem Zeitpunkt noch keine Gelegenheit gehabt hatte, sich mit der gerade erst eingeleiteten Anhörung zu befassen. Wie der Beklagten eindeutig erkennbar war, handelte es sich bei der am 25. Februar 1981 abgegebenen "Stellungnahme" des Betriebsratsvorsitzenden nur um dessen persönliche, nicht aber durch einen entsprechenden Beschluß des zuständigen Gremiums gedeckte Ansicht. Die Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden war demnach auch nicht geeignet, das Anhörungsverfahren wirksam abzuschließen. Die Beklagte mußte vielmehr mit der Möglichkeit rechnen, daß der Betriebsrat innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG noch eine Stellungnahme zu der von ihr beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger abgeben würde (BAG 26, 27; 26, 102; 27, 273). Die vor Ablauf der Drei-Tages-Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG am 26. Februar 1981 erfolgte außerordentliche Kündigung ist daher auch deswegen (nicht nur nach § 174 BGB, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben) unwirksam (BAG 27, 273; 27, 331; 28, 81).

b) Den Vorinstanzen ist darin zu folgen, daß die am 26. Februar 1981 ausgesprochene fristlose Kündigung, die der Kläger wegen fehlender Vollmachtsvorlage unverzüglich zurückgewiesen hat, auch nach § 174 BGB unwirksam ist. Entgegen der Auffassung der Beklagten und des Landesarbeitsgerichts folgt daraus aber nicht, daß das am 25. Februar 1981 von der Beklagten eingeleitete Anhörungsverfahren ungeachtet des Ausspruchs der unwirksamen außerordentlichen Kündigung über den 26. Februar 1981 hinaus



"weitergelaufen" ist. Mit der, wenn auch unwirksamen außerordentlichen Kündigung vom 26. Februar 1981 hat die Beklagte ihren Kündigungswillen verwirklicht und damit das Anhörungsverfahren im Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung des § 102 Abs. 1 BetrVG einseitig abgebrochen. Das Anhörungsverfahren ist gegenstandslos geworden, und die Stellungnahme des Betriebsrats zu der auszusprechenden außerordentlichen Kündigung hat sich, weil die Kündigung bereits verwirklicht, erübrigt. Ausgehend von dem Zweck der Anhörung, nämlich dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme zu der beabsichtigten Kündigung und den mitgeteilten Gründen gegenüber dem Arbeitgeber abzugeben, damit dieser die Möglichkeit hat, die vom Betriebsrat geäußerten Bedenken vor Ausspruch der Kündigung zu berücksichtigen, ist vorliegend eine Stellungnahme des Betriebsrates objektiv auch gar nicht mehr möglich gewesen. Der entscheidende Gesichtspunkt ist, ob der Betriebsrat auf die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers zumindest potentiell noch Einfluß nehmen kann (BAG 27, 331, 335 f.). Deswegen kommt es bei objektiver Betrachtungsweise nicht darauf an, ob der Betriebsrat von dem durch die Absendung des Kündigungsschreibens vom 26. Februar 1981 an den Kläger erfolgten einseitigen Abbruch des Anhörungsverfahrens durch die Beklagte Kenntnis erlangt hat. Schon aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit kann es nicht auf die subjektive Kenntnis des Betriebsrates (die Kenntnis einzelner Betriebsratsmitglieder steht der Kenntnis des Betriebsrates gleich) von einer zwischenzeitlich erfolgten und den Abbruch des Anhörungsverfahrens bewirkenden Kündigung ankommen. Die Frage, ob das Anhörungsverfahren vorzeitig abgebrochen worden ist oder nicht und gegebenen-



falls Grundlage für eine weitere Kündigung abgeben kann, würde dann allein davon abhängen, ob der dafür darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber (BAG 27, 218) nachweisen kann, daß der Betriebsrat vor Ablauf der Anhörungsfrist keine Kenntnis von der zwischenzeitlich erfolgten, aber nichtigen Kündigung erhalten hat. Die Entscheidung darüber, ob eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung erfolgt ist, wäre dann zudem weitgehend von Zufälligkeiten abhängig. Diese Rechtsunsicherheit kann nur vermieden werden, wenn auf den objektiven Geschehensablauf abgestellt wird.

Wie sich daraus für den Streitfall ergibt, konnte das vorzeitig abgebrochene Anhörungsverfahren keine Grundlage mehr für die am 3. März 1981 erklärte außerordentliche Kündigung sein; ein Ablauf der Anhörungsfrist gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, der die Beklagte berechtigt hätte, die Kündigung jedenfalls aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht rechtswirksam auszusprechen, konnte als Folge des Abbruchs des Anhörungsverfahrens nicht eintreten. Abgesehen davon widerspräche es auch der Schutzfunktion des Anhörungsverfahrens, wenn die Anhörung auch wirksam zu einer Kündigung erfolgen könnte, für die es gar nicht eingeleitet worden ist (BAG 27, 273 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 17, mit insoweit kritischen Anmerkungen von Schlüter).

c) Inwieweit und unter welchen Voraussetzungen bei Wiederholung einer Kündigung entgegen dem in § 102 Abs. 1 BetrVG aufgestellten Grundsatz von einer erneuten Anhörung des Betriebsrates abgesehen werden darf, ist ungeklärt. So wird die Auffassung vertreten, daß es einer neuen Anhörung des Betriebsrates dann nicht



bedarf, wenn sich die nach Ablauf der Fristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG oder nach Abgabe der abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats erfolgte neue Kündigung im Sinne des § 141 BGB lediglich als eine Bestätigung der früher, vor Fristablauf oder Stellungnahme des Betriebsrates erfolgten und deshalb unwirksamen Kündigung darstellt (Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 183, unter Hinweis auf BAG 27, 331 = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 20). Dabei wird aber übersehen, daß durch die erste Kündigung das Anhörungsverfahren vorzeitig abgebrochen worden ist und demgemäß, jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat keine Stellungnahme mehr abgibt, auch im Zusammenhang mit der zweiten Kündigung nicht von einem ordnungsgemäß abgeschlossenen Anhörungsverfahren bzw. von einer unterstellten Zustimmung zur Kündigung nach § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ausgegangen werden kann. Ferner soll, wie der Senat im Urteil vom 28. Februar 1974 - 2 AZR 455/73 - (BAG 26, 27 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972, mit kritischen Anmerkungen von Richardi = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 8, mit zust. Anm. v. Kraft) erwogen hat, die nachträgliche Stellungnahme des Betriebsrates zu einer nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksamen Kündigung je nach den Umständen geeignet sein können, das Anhörungsverfahren für eine neue Kündigung zu ersetzen. Schon in der Entscheidung vom 18. September 1975 - 2 AZR 594/74 - (BAG 27, 273 = AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 17, mit kritischen Anmerkungen von Schlüter) hat der Senat diese seinerzeit erwogene Möglichkeit allerdings wieder verworfen. Unter Berufung auf die kollektive Schutzfunktion der gesetzlichen Regelung hat der Senat u. a. auch darauf hingewie-



sen, daß selbst dann, wenn der Arbeitgeber zu einer beabsichtigten neuen Kündigung dem Betriebsrat den gleichen Sachverhalt und die gleichen Kündigungsgründe vortragen würde, auch bei gleicher Besetzung des Betriebsrats ein anderes Votum zur Kündigung aufgrund neuer im kollektiv- oder individualrechtlichen Schutzbereich liegender Überlegungen nicht auszuschließen sei.

d) Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit von einer erneuten Anhörung des Betriebsrates ausnahmsweise abgesehen werden kann. Der Streitfall gibt keine zwingende Veranlassung, diese teilweise unterschiedlich beurteilte und auch keineswegs ausdiskutierte Frage abschließend zu entscheiden. Denn selbst wenn die Möglichkeit, in Ausnahmefällen von einer erneuten Anhörung des Betriebsrates absehen zu können, ernsthaft in Betracht käme, dann nur unter den strengen Voraussetzungen, daß die Rechte des Betriebsrates gewahrt bleiben und der Zweck des Anhörungsverfahrens erfüllt ist und sich ein erneutes Anhörungsverfahren somit lediglich als eine überflüssige Förmerei darstellen würde. Abgesehen davon, daß die Beklagte einseitig, nämlich durch die Kündigung vom 26. Februar 1981, das Anhörungsverfahren vorzeitig abgebrochen und damit die Rechte des Betriebsrats verletzt hat, setzt dies aber ferner nicht nur einen nahen und unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen beiden Kündigungen voraus, sondern auch einen unverändert gleichen Kündigungssachverhalt. An der letzteren Voraussetzung fehlt es jedoch hier. Auch wenn davon abgesehen wird, daß auch bei gleichem Kündigungssachverhalt eine unterschiedliche Beurteilung durch den Betriebsrat nicht auszuschließen ist (BAG 27, 273), ist im Hinblick auf die Ausschluß-



frist des § 626 Abs. 2 BGB im Streitfall eine wesentliche Änderung des zur Beurteilung anstehenden Kündigungssachverhalts eingetreten. Denn die Kündigungsgründe, auf die die Beklagte ihre außerordentliche Kündigung vom 26. Februar 1981 gestützt hat, insbesondere die beleidigenden Äußerungen in dem der Beklagten am 16. Februar 1981 ausgehändigten Schreiben des Klägers vom 8. Februar 1981, waren im Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung vom 3. März 1981 im wesentlichen gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristet und daher nicht mehr geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Die Beklagte konnte die dem Kläger am 4. März 1981 zugegangene fristlose Kündigung vom 3. März 1981 somit allenfalls auf dessen Verhalten anlässlich der Aussprache am 24. Februar 1981 stützen. Unabhängig davon, ob dieses Verhalten des Klägers vom 24. Februar 1981 überhaupt eine fristlose Kündigung rechtfertigen konnte, hätte daher die Beklagte wegen dieser wesentlichen Änderung des Kündigungssachverhaltes in jedem Falle den Betriebsrat vorher erneut anhören müssen.

e) Die Beklagte hat vorgetragen, in der Unterredung am 25. Februar 1981 habe sie dem Betriebsratsvorsitzenden gegenüber zum Ausdruck gebracht, nunmehr die Kündigung aussprechen zu wollen, die sie gemeinsam mit dem Betriebsrat vorher für den Fall erwogen habe, daß eine Bereinigung der Verhältnisse zum Kläger nicht erfolgen könne. Soweit die Beklagte damit erstmals behaupten will, bereits vor dem 25. Februar 1981 habe eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung stattgefunden und der Betriebsrat habe unter der Voraussetzung des Scheiterns der Unterredung am 24. Februar 1981 bereits seinerzeit vorsorglich einer außerordentlichen Kün-



digung zugestimmt, handelt es sich um einen in der Revisionsinstanz unzulässigen neuen Tatsachenvortrag. Mit diesem Vortrag könnte die Beklagte, selbst wenn er zulässig wäre, aber auch deswegen nicht gehört werden, weil es sich auch in diesem Falle nicht um eine wirksame Anhörung im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG gehandelt hätte. Eine wirksame Anhörung des Betriebsrates setzt nämlich voraus, daß der Arbeitgeber den Ausspruch einer Kündigung wirklich beabsichtigt und diese Absicht nicht vom Ausgang eines noch mit dem Arbeitnehmer zu führenden Gespräches abhängig machen will. Eine Anhörung ohne Kündigungsabsicht, d. h. eine "Anhörung auf Vorrat", ist unzulässig (BAG Urteil vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Urteil vom 19. Januar 1983 - 7 AZR 514/80 - AP Nr. 28 zu § 102 BetrVG 1972).

III. Nach alledem ist somit die außerordentliche Kündigung vom 3. März 1981 unwirksam, weil keine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG stattgefunden hat. Ohne auf die materielle Berechtigung der außerordentlichen Kündigung einzugehen, war daher auf die Revision des Klägers mit der Kostenfolge aus §§ 91, 92, 97 ZPO wie geschehen zu entscheiden.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Dr. Weller

Strümper

Dr. Wolter



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)