

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 8. September 2011
- 2 AZR 388/10 -

I. Arbeitsgericht Wuppertal

Teilurteil vom 24. November 2009
- 7 Ca 1658/09 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 26. April 2010
- 16 Sa 59/10 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Ersatzmitglied des Betriebsrats - besonderer Kündigungsschutz

Gesetz:

KSchG § 15

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 388/10

16 Sa 59/10

Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. September 2011

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

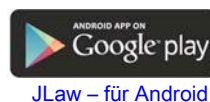
pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Dr. Niebler für Recht erkannt:



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



Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 26. April 2010 - 16 Sa 59/10 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. 1
- Die Beklagte betreibt in W die Verwaltung, den Neubau, die Sanierung und den Verkauf von Immobilien. Sie beschäftigt etwa 100 Arbeitnehmer. Der 1958 geborene Kläger war bei ihr seit dem 1. Juli 1997 als sog. Kleininstandhalter und Außendiensttechniker tätig. 2
- Bei der Beklagten ist ein fünfköpfiger Betriebsrat gewählt. Der Kläger war zuletzt erstes Ersatzmitglied. Am 10. März 2009 wurde er zu einer Betriebsratssitzung herangezogen. 3
- Zu den Arbeitsaufgaben des Klägers gehörte es, Immobilien im Stadtgebiet aufzusuchen, um dort ggf. Abnahmen durchzuführen, Gespräche mit Handwerkern zu führen und sonstige Arbeiten zu erledigen. Die erforderlichen Fahrten führte er mit seinem privaten Pkw durch. Zum Nachweis hatte er ein Fahrtenbuch zu führen. Die Beklagte erstattete ihm für jeden dienstlich gefahrenen Kilometer 0,30 Euro. 4
- Die betriebliche Arbeitszeitregelung sieht eine Kernarbeitszeit von 9:00 Uhr bis 15:00 Uhr vor. Ab 6:00 Uhr können Arbeitszeiten erfasst werden. 5
- Am 3. Februar 2009 beauftragte die Beklagte wegen - aus ihrer Sicht - auffallend hoher Kilometerabrechnungen eine Detektei mit der Beobachtung der Außendiensttätigkeit des Klägers. Die Detektei nahm an vier Tagen Ende Februar 2009 und in der Zeit vom 15. bis 20. März 2009 Observationen vor. Hierfür stellte sie der Beklagten einen Betrag von rund 26.000,00 Euro in Rech- 6



nung. Das Fahrtenbuch für März 2009 legte der Kläger am 3. April 2009 vor. Am 6. April 2009 glich der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die dortigen Eintragungen mit den Feststellungen der Detektei ab. Daraus ging hervor, dass der Kläger für zwei Tage im Februar und drei Tage im März 2009 Fahrtziele eingetragen hatte, die er nicht angefahren hatte. Außerdem ergab sich, dass er an manchen Tagen während der Arbeitszeit private Angelegenheiten verrichtet hatte, im Einzelfall bis zu 20 Minuten.

Am 7. April 2009 wurde die Beklagte in Person ihres Geschäftsführers über das Ergebnis der Beobachtung und des Abgleichs unterrichtet. Mit Schreiben vom selben Tag hörte sie den Betriebsrat zu einer beabsichtigten fristlosen Kündigung des Klägers an. Am 14. April 2009 beschloss der Betriebsrat durch seine ordentlichen Mitglieder, „die Zustimmung“ zur Kündigung zu verweigern. Er war - anders als die Beklagte - der Auffassung, dem Kläger stehe aufgrund früheren Nachrückens in das Gremium der Sonderkündigungsschutz nach § 103 BetrVG zu.

Ebenfalls am 7. April 2009 hörte die Beklagte den Kläger zum Ergebnis ihrer Ermittlungen an. Zugleich stellte sie ihn von der Arbeitsleistung frei und erteilte ihm Hausverbot. Mit Schreiben vom 14. April 2009 räumte der Kläger ein, an zwei Tagen kurzzeitig während der Arbeitszeit private Dinge erledigt zu haben. Einen vorsätzlichen Spesenbetrug bestritt er.

Am 14. April 2009 bewilligte die Beklagte einem ordentlichen Betriebsratsmitglied Erholungsurlaub für den 15. und den 20. April 2009.

Mit Schreiben vom 15. April 2009, das dem Kläger um 10:00 Uhr desselben Tags durch Boten zugestellt wurde, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien unter dem Gesichtspunkt einer Tatkündigung außerordentlich fristlos. Um 16:00 Uhr des Tags nahm das beurlaubte Betriebsratsmitglied - nach telefonischer Abstimmung mit der Betriebsratsvorsitzenden - trotz Urlaubs an einem Beratungsgespräch in einer Rechtsanwaltskanzlei teil. Das Gespräch diente der Abstimmung des weiteren Vorgehens im Fall des Klägers.

Mit Schreiben vom 21. und 22. April 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut jeweils fristlos, diesmal unter dem Gesichtspunkt des Ver-



dachts. Daneben beantragte sie vorsorglich beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer noch auszusprechenden fristlosen Kündigung. Hierüber werden getrennte Verfahren geführt, die derzeit ausgesetzt sind.

Der Kläger hat gegen die Kündigung vom 15. April 2009 rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, er habe seine Arbeitspflichten jedenfalls nicht schwerwiegend verletzt. Im Übrigen sei die Kündigung schon deshalb unwirksam, weil sie ohne die nach § 103 Abs. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats erfolgt sei. Ihm habe bei Zugang der Kündigung Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG zugestanden. Er sei am Morgen des 15. April 2009 für das urlaubsbedingt verhinderte ordentliche Mitglied in den Betriebsrat nachgerückt. Der Annahme eines Verhinderungsfalls stehe nicht entgegen, dass dieses Mitglied am Nachmittag des Tages einen auswärtigen Beratungstermin wahrgenommen habe. Für eine Verhinderung des ordentlichen Mitglieds jedenfalls bis zum Beginn des Beratungstermins spreche auch die - unstreitige - Hinzuziehung eines anderen Ersatzmitglieds zu einer um die Mittagszeit des 15. April 2009 durchgeführten Betriebsratssitzung, an der teilzunehmen er selbst wegen eigener Betroffenheit verhindert gewesen sei.

12

Der Kläger hat beantragt

13

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten vom 15. April 2009 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, widerklagend, den Kläger zu verurteilen, an sie 26.032,38 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. Mai 2009 zu zahlen.

14

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, ein wichtiger Grund iSv. § 626 BGB liege vor. Der Kläger habe einen vorsätzlichen Arbeitszeit- und Spesenbetrug begangen. Damit sei die Kündigung auch unter Berücksichtigung eines ihm aufgrund der Betriebsratstätigkeit vom 10. März 2009 zustehenden

15



nachwirkenden Kündigungsschutzes gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG wirksam. Besonderen Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG könne der Kläger dagegen nicht beanspruchen. Im Kündigungszeitpunkt habe mangels Verhinderung des ordentlichen Betriebsratsmitglieds kein Fall der Stellvertretung vorgelegen. Das ordentliche Betriebsratsmitglied habe sich während seines Urlaubs am Ort des Betriebssitzes aufgehalten. Das indiziere die Bereitschaft, Betriebsratsaufgaben wahrzunehmen. Zudem habe das Mitglied der Betriebsratsvorsitzenden am Vortag zugesagt, trotz seines Urlaubs für Betriebsratstätigkeiten zur Verfügung zu stehen. Unabhängig davon habe ein Kündigungsschutz für den Kläger frühestens mit Beginn der Kernarbeitszeit eingesetzt; das Kündigungsschreiben habe aber bereits um 8:30 Uhr ihren Machtbereich verlassen. Der Kläger habe überdies Betriebsratsaufgaben nicht wahrgenommen. Auch sei er durch die Freistellung und das Hausverbot selbst an der Ausübung des Betriebsratsamts verhindert gewesen. Im Übrigen sei es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen. Er habe sich diesen im kollusiven Zusammenwirken mit dem ordentlichen Betriebsratsmitglied verschafft. Was die mit der Widerklage geltend gemachten Detektivkosten angehe, so sei die Beauftragung einer Detektei zur Aufklärung des Verdachts auf erhebliche Pflichtverletzungen seitens des Klägers erforderlich gewesen.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. 16

Das Arbeitsgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme durch Teilurteil stattgegeben. Über die Widerklage hat es nicht entschieden. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen. 17

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 15. April 2009 nicht aufgelöst worden. Die 18



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



Kündigung ist, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG iVm. § 103 Abs. 1 BetrVG unwirksam, da sie ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats erklärt worden ist.

- I. Das Zustimmungserfordernis ergibt sich nicht schon aus der Betriebsratstätigkeit des Klägers vom 10. März 2009. Der Verhinderungsfall, der dieser Tätigkeit zugrunde lag, bestand im Kündigungszeitpunkt unstreitig nicht mehr. Der Kläger konnte sich wegen seiner früheren Betriebsratstätigkeit demzufolge nur auf den nachwirkenden Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG berufen, ohne dass es zudem einer Zustimmung des Betriebsrats bedurft hätte (vgl. BAG 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - Rn. 22 mwN, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 2 = EzA ArbGG 1979 § 69 Nr. 5; 12. Februar 2004 - 2 AZR 163/03 - Rn. 14 mwN, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 1 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 56). 19
- II. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung war deshalb notwendig, weil der Kläger am 15. April 2009 mit Beginn dieses Arbeitstags für das urlaubsbedingt verhinderte Betriebsratsmitglied erneut in den Betriebsrat nachgerückt war. Ihm stand damit im Kündigungszeitpunkt der besondere Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu. 20
1. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. 21
2. Dieser besondere Kündigungsschutz gilt auch für Ersatzmitglieder, soweit und solange sie ein verhindertes ordentliches Ersatzmitglied im Betriebsrat vertreten. 22
- a) Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 BetrVG rückt ein Ersatzmitglied in den Betriebsrat nach, sofern ein ordentliches Mitglied aus diesem ausscheidet. Das gilt 23



nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG entsprechend für die Dauer der Stellvertretung eines zeitweilig verhinderten ordentlichen Mitglieds.

b) Eine zeitweilige Verhinderung in diesem Sinne liegt vor, wenn ein Betriebsratsmitglied aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, sein Amt auszuüben (*BAG 23. August 1984 - 2 AZR 391/83 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 46, 258*). Diese Voraussetzung ist während des Erholungsurlaubs eines Betriebsratsmitglieds jedenfalls dann erfüllt, wenn es nicht zuvor seine Bereitschaft angezeigt hat, trotz des Urlaubs für Betriebsratstätigkeiten zur Verfügung zu stehen. 24

aa) Die Frage, ob die Gewährung von Erholungsurlaub stets zu einer Verhinderung iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führt, wird unterschiedlich beantwortet. 25

(1) Das Bundesarbeitsgericht hat sich mit der Problematik vornehmlich aus der Sicht des beurlaubten Betriebsratsmitglieds befasst. Zur urlaubsrechtlichen Behandlung freigestellter Betriebsratsmitglieder hat es ausgeführt, die Gewährung von Erholungsurlaub bewirke, dass das Betriebsratsmitglied von seiner betriebsverfassungsrechtlichen Amtstätigkeit suspendiert werde. Daraus folge, dass Urlaub ein Verhinderungsgrund für die Teilnahme an Betriebsratssitzungen iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG sei (*BAG 20. August 2002 - 9 AZR 261/01 - zu I 1 der Gründe, BAGE 102, 251*). In einer älteren Entscheidung (*BAG 24. Juni 1969 - 1 ABR 6/69 - zu D der Gründe, AP BetrVG § 39 Nr. 8 = EzA BetrVG § 39 Nr. 3*) ging es um die Frage, ob einem ordentlichen Betriebsratsmitglied Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten für die Anreise zu einer Betriebsratssitzung zustand, an der es während seines Urlaubs teilgenommen hatte. In diesem Zusammenhang hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, das Betriebsratsmitglied sei zwar wegen seiner urlaubsbedingten Verhinderung nicht verpflichtet gewesen, an der Betriebsratssitzung teilzunehmen, sei dazu aber berechtigt gewesen. 26

(2) Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, die Gewährung von Erholungsurlaub begründe nicht in jedem Fall eine Verhinderung iSv. § 25 27



Abs. 1 Satz 2 BetrVG (*DKK/Buschmann BetrVG 12. Aufl. § 25 Rn. 17; Fitting BetrVG 25. Aufl. § 25 Rn. 21; Stege/Weinspach/Schiefer BetrVG 9. Aufl. § 25 Rn. 4; WPK/Wlotzke BetrVG 4. Aufl. § 25 Rn. 10; Brill BStSozArbR 1983, 177, 179; Uhmman NZA 2000, 576, 579*). Insbesondere dann, wenn sich das Betriebsratsmitglied während des Urlaubs in der Nähe des Betriebssitzes aufhalte, müsse im Rahmen einer Einzelfallbewertung geklärt werden, ob die mit der Urlaubsgewährung verbundene Freistellung von der Arbeitspflicht eine zeitweilige Verhinderung bewirke. Von einer tatsächlichen Verhinderung sei auszugehen, wenn die Amtsausübung dem Betriebsratsmitglied persönlich unzumutbar sei (*AnwK/Kloppenburger 2. Aufl. § 25 BetrVG Rn. 8; Fitting BetrVG 25. Aufl. § 25 Rn. 21; ähnlich wohl Eylert in: Schwarze/Eylert/Schrader KSchG § 15 Rn. 27*).

(3) Ein anderer Teil der Lehre (*GK-BetrVG/Oetker 9. Aufl. § 25 Rn. 17*) und mit ihm einige Instanzgerichte (*LAG Rheinland-Pfalz 9. April 2001 - 7 Sa 54/01 -; ArbG Emden 13. Dezember 1978 - 1 Ca 420/78 - ARST 1979, 132; für das Personalvertretungsrecht: VG Münster 28. August 1986 - 2 PVB 3/86 - ZBR 87, 55*) gehen davon aus, Erholungsurlaub begründe stets eine objektive rechtliche Verhinderung an der Wahrnehmung der Betriebsrattätigkeit. Dem ist das Landesarbeitsgericht im angefochtenen Berufungsurteil mit der Einschränkung gefolgt, eine Verhinderung bestehe jedenfalls so lange, bis das beurlaubte Betriebsratsmitglied seine Bereitschaft zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben positiv anzeige.

bb) Der Senat schließt sich im Ergebnis den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts an. Wird einem Betriebsratsmitglied Erholungsurlaub bewilligt, führt dies nicht nur zum Ruhen seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung, sondern zugleich zur Suspendierung seiner Amtspflichten. Dem Betriebsratsmitglied wird zwar aufgrund des Erholungsurlaubs die Verrichtung seiner Amtspflichten nicht ohne Weiteres objektiv unmöglich, grundsätzlich aber unzumutbar. Das beurlaubte Betriebsratsmitglied gilt zumindest so lange als zeitweilig verhindert, bis es seine Bereitschaft, gleichwohl Betriebsrattätigkeiten zu verrichten, positiv anzeigt.



(1) Zwar handelt es sich bei der Erfüllung von Betriebsratsaufgaben um die Wahrnehmung eines Ehrenamts (§ 37 Abs. 1 BetrVG) und nicht um eine dem Urlaubszweck entgegenstehende Erwerbstätigkeit iSv. § 8 BUrlG. Es widerspräche aber dem auf Erholung ausgerichteten Sinn der Befreiung von der Arbeitspflicht, nicht zugleich von der Betriebsratstätigkeit befreit zu sein. Die Wahrnehmung des Betriebsratsamts während des Urlaubs ist dem Betriebsratsmitglied deshalb, auch wenn sie objektiv möglich sein sollte, typischerweise unzumutbar. Die Rechtslage ist der bei der Elternzeit, für die das Bundesarbeitsgericht angenommen hat, sie führe nicht zwingend zu einer Verhinderung iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG (vgl. BAG 25. Mai 2005 - 7 ABR 45/04 - Rn. 17, AP BetrVG 1972 § 24 Nr. 13 = EzA BetrVG 2001 § 40 Nr. 9), schon deshalb nicht vergleichbar, weil der Arbeitnehmer während der Elternzeit sogar die Möglichkeit hat, einer gewerblichen Tätigkeit - in Teilzeit - nachzugehen. 30

Auch bei der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit kann es Fälle geben, in denen die Erkrankung den Arbeitnehmer zwar außerstande setzt, seine Arbeitspflichten zu erfüllen, nicht aber sein Betriebsratsamt wahrzunehmen (BAG 15. November 1984 - 2 AZR 341/83 - zu B IV 1 der Gründe, BAGE 47, 201). 31

(2) Zudem sprechen Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit dafür, dass mit der Urlaubsgewährung regelmäßig eine Suspendierung der Pflicht zur Wahrnehmung des Betriebsratsamts einhergeht. Hinge die Beurteilung, ob einem Betriebsratsmitglied während des Urlaubs eine Betriebsratstätigkeit persönlich zumutbar ist oder nicht, von den Umständen des Einzelfalls ab, würde dies die Feststellung einer Verhinderung erheblich erschweren. Dies wiederum würde zum einen die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats beeinträchtigen. Zum anderen wären Betriebsratsbeschlüsse, die in Abwesenheit eines beurlaubten Betriebsratsmitglieds gefasst werden, mit einem nicht unerheblichen Risiko der Unwirksamkeit behaftet. Eine Einzelfallbetrachtung liefe zudem darauf hinaus, Umstände zu erforschen, die der privaten Urlaubsgestaltung und damit dem engsten persönlichen Lebensbereich des Betriebsratsmitglieds zuzuordnen sind (vgl. HaKo-BetrVG/Düwell 3. Aufl. § 25 Rn. 9; Richardi/Thüsing BetrVG 12. Aufl. § 25 Rn. 15; WPK/Wlotzke BetrVG 4. Aufl. § 25 Rn. 10). Es 32



bedarf deshalb einfacher, klarer Kriterien für die Feststellung einer zeitweiligen Verhinderung. Diesem Verlangen der Rechtssicherheit ist am ehesten Genüge getan, wenn die Urlaubsgewährung grundsätzlich zur Verhinderung des Betriebsratsmitglieds führt, es sei denn, dieses hätte seine Bereitschaft zur Betriebsrats Tätigkeit positiv, ggf. konkludent angezeigt. Solange eine solche - positive - Anzeige nicht vorliegt, ist das beurlaubte Betriebsratsmitglied iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG als verhindert anzusehen (*im Ergebnis ebenso HaKo-BetrVG/Düwell 3. Aufl. § 25 Rn. 9*).

c) Das Ersatzmitglied erwirbt den Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG für die Dauer der Verhinderung des Betriebsratsmitglieds. Der Schutz hängt nicht davon ab, dass das Ersatzmitglied während der Vertretungszeit tatsächlich Betriebsratsaufgaben erledigt. Er setzt im Urlaubsfall regelmäßig mit dem üblichen Arbeitsbeginn am ersten Urlaubstag des verhinderten Betriebsratsmitglieds ein. 33

aa) Ersatzmitglieder vertreten ordentliche Mitglieder des Betriebsrats nicht nur in einzelnen Amtsgeschäften, wie etwa in der Teilnahme an Betriebsratssitzungen. Sie rücken vielmehr gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für die Dauer der Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds in den Betriebsrat nach (*vgl. BAG 5. September 1986 - 7 AZR 175/85 - zu I der Gründe, BAGE 53, 23; 17. Januar 1979 - 5 AZR 891/77 - zu 2 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 5 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 21*). Der Eintritt des Ersatzmitglieds vollzieht sich automatisch mit Beginn des Verhinderungsfalls. Er hängt nicht davon ab, dass die Verhinderung des ordentlichen Mitglieds dem Ersatzmitglied bekannt ist (*BAG 5. September 1986 - 7 AZR 175/85 - aaO*). 34

(1) Die zeitweilige Verhinderung des ordentlichen Mitglieds erfasst die Wahrnehmung des Betriebsratsamts als solches. Der während dieser Zeit gewährleistete - volle - Sonderkündigungsschutz des Ersatzmitglieds ist dementsprechend nicht auf Zeiten beschränkt, in denen es konkrete Betriebsrats Tätigkeit entfaltet. Der besondere Schutz steht ihm selbst dann zu, wenn während der Vertretungszeit keine Betriebsrats Tätigkeit anfällt (*BAG 5. September 1986 - 7 AZR 175/85 - zu I der Gründe, BAGE 53, 23; 17. Januar 1979 - 5 AZR* 35



891/77 - zu 2 der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 5 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 21). Es genügt die Möglichkeit, dass dem Ersatzmitglied Betriebsratsaufgaben zufallen könnten (so auch ErfK/Koch 11. Aufl. § 25 BetrVG Rn. 8; Fitting BetrVG 25. Aufl. § 25 Rn. 9; HaKo-KSchR/Fiebig 3. Aufl. § 15 Rn. 38; KR/Etzel 9. Aufl. § 103 BetrVG Rn. 48; MünchKommBGB/Hergenröder 5. Aufl. § 15 KSchG Rn. 32; WPK/Wlotzke BetrVG 4. Aufl. § 25 Rn. 23; Uhlmann NZA 2000, 576, 578).

- (2) Die gegenteilige Auffassung, die den besonderen Kündigungsschutz für Ersatzmitglieder auch während einer Vertretung davon abhängig macht, dass das Ersatzmitglied in irgendeiner Form Betriebsratsaufgaben wahrgenommen hat (so Bader/Bram/Dörner § 15 KSchG Rn. 20; Eylert in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG § 15 Rn. 28; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 15 Rn. 31; vermittelnd Schulin Anm. EzA KSchG § 15 nF Nr. 36: kein Kündigungsschutz bei Vertretungszeiten ohne Amtstätigkeit bis zu drei Tagen), wird dem Zweck der Vertretungsregelung und dem durch sie vermittelten besonderen Kündigungsschutz nicht hinreichend gerecht. 36
- (a) Das Nachrücken des Ersatzmitglieds während der zeitweiligen Verhinderung eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds soll im Interesse einer möglichst wirksamen Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Befugnisse eine stets vollzählige und dem Wählerwillen entsprechende Besetzung des Betriebsrats sicherstellen. Es soll nicht nur die Möglichkeit einer wirksamen Beschlussfassung nach § 33 Abs. 2 BetrVG gewährleisten. Vielmehr sollen selbst kurze Unterbesetzungen vermieden werden (BAG 6. September 1979 - 2 AZR 548/77 - zu II 2 e der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 7 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 23; ErfK/Koch 11. Aufl. § 25 BetrVG Rn. 4). 37
- (b) Die außerordentliche Kündigung eines Ersatzmitglieds während eines andauernden Vertretungsfalls berührt damit kollektive Interessen des Betriebsrats und der Belegschaft. Ihnen trägt das Zustimmungserfordernis in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG iVm. § 103 Abs. 1 BetrVG Rechnung. Sie verlangen nach einem nahtlosen Eintritt des Sonderkündigungsschutzes für das zeitweise nachgerückte Ersatzmitglied. Setzte der volle Sonderkündigungsschutz erst bei Ver- 38



richtung konkreter Betriebsratstätigkeit ein, bestünde die Gefahr, dass die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats beeinträchtigt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn außer dem nachgerückten kein weiteres Ersatzmitglied zur Verfügung steht (*ähnlich BAG 9. November 1977 - 5 AZR 175/76 - zu 1 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 3 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 13*).

(c) Der Gefahr eines Rechtsmissbrauchs auf Seiten des Ersatzmitglieds kann mit Hilfe von § 242 BGB sachgerecht begegnet werden. Danach kann die Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz im Einzelfall ausgeschlossen sein. Davon ist etwa auszugehen, wenn ein Verhinderungsfall kollusiv zu dem Zweck herbeigeführt wurde, dem Ersatzmitglied den besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen (*vgl. BAG 12. Februar 2004 - 2 AZR 163/03 - zu B I 2 der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 1 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 56*). 39

bb) Dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12. Februar 2004 (- 2 AZR 163/03 - AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 1 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 56) ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die Entscheidung betrifft den nachwirkenden Kündigungsschutz eines Ersatzmitglieds, dh. den Bestandschutz nach Beendigung des konkreten Verhinderungsfalls. Die Auffassung des Senats, der Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG stehe dem Ersatzmitglied nur zu, wenn es während der Zeit der Stellvertretung tatsächlich Betriebsratstätigkeit entfaltet hat, beruht auf dem anderen Schutzzweck dieser Regelung. Ihr Zweck besteht darin, eine „Abkühlungsphase“ in der Beziehung von ehemaligem Betriebsratsmitglied und Arbeitgeber zu gewährleisten und erst danach die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung wieder zu eröffnen. Hat das Ersatzmitglied während der Zeit, in der es in den Betriebsrat nachgerückt war, keine konkreten Betriebsratsaufgaben wahrgenommen, fehlt es an einer Situation, in der Konflikte mit dem Arbeitgeber hätten entstehen können; einer durch den nachwirkenden Kündigungsschutz herbeizuführenden „Abkühlung“ bedarf es dann nicht (*vgl. auch BAG 6. September 1979 - 2 AZR 548/77 - zu II 2 e der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 7 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 23; ErfK/Kiel 11. Aufl. § 15 Rn. 13; Richardi/Thüsing BetrVG 12. Aufl. § 25 Rn. 31*). 40



- d) Ausgehend von diesen Grundsätzen liegen im Streitfall die Voraussetzungen des besonderen Kündigungsschutzes aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG für den Kläger vor. Dieser war bei Zugang der Kündigung Mitglied des Betriebsrats iSv. § 15 Abs. 1 KSchG, § 103 Abs. 1 BetrVG, § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. 41
- aa) Der Kläger war für den 15. April 2009 nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in den Betriebsrat nachgerückt. Die Beklagte hatte einem ordentlichen Betriebsratsmitglied am 14. April 2009 für den 15. und den 20. April 2009 Erholungsurlaub bewilligt. Damit war das ordentliche Mitglied an der Wahrnehmung seines Betriebsratsamts am 15. April 2009 verhindert. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, das Mitglied habe der Betriebsratsvorsitzenden am 14. April 2009 nicht etwa eine Zusage gegeben, am nächsten Tag für Betriebsratstätigkeiten zur Verfügung zu stehen. Es habe auch nicht erklärt, sich für telefonische Rückfragen in Betriebsratsangelegenheiten bereit zu halten. Mit dem Ziel der Abstimmung eines Anwaltstermins habe sodann der Betriebsrat am 15. April 2009 frühestens um 10:55 Uhr Kontakt mit dem beurlaubten Mitglied aufgenommen. An diese Feststellungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, ist der Senat gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO). 42
- bb) Der Sonderkündigungsschutz des Klägers begann am Morgen des 15. April 2009 spätestens um 6:00 Uhr. Dies ist der Zeitpunkt, zu dem das verhinderte Betriebsratsmitglied nach den im Betrieb geltenden Arbeitszeitregelungen seine Arbeit aufnehmen konnte (*für die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts vgl. BAG 5. September 1986 - 7 AZR 175/85 - zu I der Gründe, BAGE 53, 23; 6. September 1979 - 2 AZR 548/77 - zu II 2 e der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 7 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 23*). Bei Zugang der Kündigung gegen 10:00 Uhr hat demnach der Sonderkündigungsschutz für den Kläger schon bestanden. Selbst wenn man mit der Beklagten den Beginn der Kernarbeitszeit um 9:00 Uhr für maßgebend hielte, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Für die Beurteilung, ob dem Ersatzmitglied besonderer Kündigungsschutz zusteht, kommt es auf die Verhältnisse bei Zugang und nicht bei Abgabe der Kündigungserklärung an (*statt vieler: Eylert in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG § 15 Rn. 34*). 43



cc) Dem Kündigungsschutz steht nicht entgegen, dass sich das beurlaubte Betriebsratsmitglied noch am 15. April 2009 bereit erklärt hat, einen Termin bei dem den Betriebsrat beratenden Rechtsanwalt wahrzunehmen. Es ist schon fraglich, ob damit seine Verhinderung entfiel. Selbst wenn dies anzunehmen sein sollte, wäre damit für den Kläger nicht der nachträgliche Wegfall des zuvor erworbenen Kündigungsschutzes verbunden gewesen. Der besondere Schutz aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG steht dem Ersatzmitglied unabhängig von der Dauer des Verhinderungsfalls und damit auch bei nur kurzzeitiger Verhinderung zu. Dass sich die Kündigungsbeschränkung in solchen Fällen, zumal wenn es nicht zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben durch das Ersatzmitglied gekommen ist, selten auswirken mag, steht dem nicht entgegen (*BAG 9. November 1977 - 5 AZR 175/76 - zu 1 d der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 3 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 13; Brill BStSozArbR 1983, 177, 178; Uhmann NZA 2000, 576, 578*). Ob freilich überhaupt eine Verhinderung vorliegt, wenn der Ausfall eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds von vornherein allenfalls für wenige Stunden zu erwarten steht - etwa wegen eines kurzzeitigen Arztbesuchs - und der Betriebsrat sich darauf einstellen kann, braucht nicht entschieden zu werden. Im Fall des - und sei es wie hier nur eintägigen - Erholungsurlaubs ist eine Verhinderung gegeben, soweit sich das ordentliche Betriebsratsmitglied nicht von vornherein zur Erledigung von Betriebsratstätigkeit bereit erklärt hat.

44

e) Der Sonderkündigungsschutz scheitert nicht daran, dass der Kläger wegen seiner Freistellung und der Erteilung eines Hausverbots im maßgebenden Zeitpunkt selbst iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG an einer Mitwirkung im Betriebsrat gehindert gewesen wäre.

45

aa) Bei der Freistellung des Klägers handelte es sich um eine einseitige Maßnahme der Beklagten, die die betriebsverfassungsrechtliche Position des Klägers unberührt ließ. Anders als beim Erholungsurlaub, der auf einen Freistellungswunsch des Arbeitnehmers zurückgeht, ist bei einseitiger Suspendierung der Arbeitspflicht durch den Arbeitgeber nicht zugleich von persönlicher Unzumutbarkeit der Wahrnehmung des Betriebsratsamts auszugehen. Der Umstand,

46



dass im Streitfall der Kläger gegen die Freistellung keine rechtlichen Schritte unternommen hat, ändert hieran nichts.

bb) Ein vom Arbeitgeber ausgesprochenes Hausverbot lässt die Befugnis des Arbeitnehmers, das Betriebsratsbüro zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit aufzusuchen, im Regelfall unberührt. Da der Arbeitgeber Personen, die eine Funktion in der Betriebsverfassung wahrnehmen, zu denen auch Ersatzmitglieder zählen, nach § 78 Satz 1 BetrVG bei ihrer Amtsausübung nicht behindern darf (vgl. *Fitting BetrVG 25. Aufl. § 78 Rn. 2; Richardi/Thüsing BetrVG 12. Aufl. § 78 Rn. 7*), wäre das Verbot andernfalls grundsätzlich unwirksam. Im Einzelfall sind zwar Ausnahmen denkbar. Hier hat die Beklagte jedoch kein besonderes schutzwürdiges Interesse daran dargetan, dem Kläger den Zutritt zum Betrieb selbst zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben verweigern zu können.

47

cc) Der Sonderkündigungsschutz wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass am 15. April 2009 im Betriebsrat Beschlüsse gefasst oder Gespräche in Bezug auf einen Gegenstand geführt wurden, von dem der Kläger möglicherweise selbst betroffen war. Dies erfolgte in jedem Fall nach Zugang der Kündigung. Zwar steht einem Ersatzmitglied bei einer eigenen zeitweiligen Verhinderung der besondere Kündigungsschutz nur zu, wenn die Dauer dieser Verhinderung im Vergleich zur Gesamtdauer der Vertretungszeit verhältnismäßig gering ist (*BAG 6. September 1979 - 2 AZR 548/77 - zu II 2 b bb der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 7 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 23*). Dies gilt aber nicht für die Verhinderung eines Ersatzmitglieds, die auf eigener Betroffenheit beruht. In diesem Fall verbleibt stets die Möglichkeit, dass weitere Betriebsratsaufgaben anfallen, an deren Erledigung das Ersatzmitglied nicht gehindert wäre.

48

III. Die Beklagte hat die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung des Klägers nicht eingeholt. Dies führt zur Unwirksamkeit der Kündigung. Dem Kläger ist es nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, es fehle an hinreichenden Anhaltspunkten für einen Rechtsmissbrauch, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

49



1. Das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung. Welche Einschränkungen sich daraus für die Ausübung einer erworbenen Rechtsposition ergeben, hängt von einer umfassenden Bewertung der gesamten Fallumstände ab. Diese Bewertung vorzunehmen ist zunächst Sache des Tatrichters und in der Revisionsinstanz nur auf mögliche Rechtsfehler hin zu überprüfen (*BGH 8. Mai 2003 - VII ZR 216/02 - zu III 2 der Gründe, NJW 2003, 2448*). 50
2. Solche Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf. Das Berufungsgericht hat geprüft, ob das ordentliche Betriebsratsmitglied den Urlaub für den 15. und 20. April 2009 zu dem Zweck beantragt haben könnte, dem Kläger den besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen. Es hat dies auf der Grundlage des Ergebnisses der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme verneint. Dabei hat es durchaus die Kurzfristigkeit des erst am 14. April 2009 förmlich gestellten Urlaubsantrags in den Blick genommen. Es hat dieser deshalb kein entscheidendes Gewicht beigemessen, weil das ordentliche Mitglied seinen Urlaubswunsch für die beiden Tage, an deren Vorabenden Fußballländerspiele übertragen wurden, schon längere Zeit zuvor mündlich angebracht habe. Die Revision macht nicht geltend, das Landesarbeitsgericht habe sonstige Gesichtspunkte, die für eine kollusive Herbeiführung des Kündigungsschutzes sprechen könnten, übersehen. 51
- IV. Die Revision ist nicht deshalb begründet, weil das Arbeitsgericht über die Wirksamkeit der Kündigung nicht durch Teilurteil nach § 301 Abs. 1 ZPO hätte entscheiden dürfen. 52
1. Soweit die Vorinstanzen aus tatsächlichen Erwägungen von einer mangelnden Entscheidungsreife des Streits über die Widerklageforderung ausgegangen sind, ist dies revisionsrechtlich nicht zu überprüfen. 53
2. § 301 Abs. 1 ZPO setzt neben der Teilbarkeit des Streitgegenstands voraus, dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist; das Schlussurteil darf dem Teilurteil in keinem Fall widersprechen können (*BAG 23. März 2005 - 4 AZR 243/04 - zu I der Gründe mwN*, 54



BAGE 114, 194). Widersprüchlichkeit bestünde nicht erst im Fall eines Rechtskraftkonflikts, sondern schon bei unterschiedlicher Beurteilung von Urteilelementen, auch wenn diese weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden (*vgl. BAG 23. März 2005 - 4 AZR 243/04 - aaO; BGH 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10 - Rn. 13, NJW 2011, 2736; 19. November 2008 - VIII ZR 47/07 - Rn. 15, NJW-RR 2009, 494; 5. Dezember 2000 - VI ZR 275/99 - zu II der Gründe, NJW 2001, 760; 27. Mai 1992 - IV ZR 42/91 - zu I 2 der Gründe mwN, NJW-RR 1992, 1053; Musielak ZPO 8. Aufl. § 301 Rn. 11*). Ein Teilurteil kommt schon dann nicht in Betracht, wenn es eine Vorfrage entscheidet, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren noch einmal stellt. Das gilt grundsätzlich auch im Verhältnis von Klage und Widerklage (*vgl. BGH 26. September 1996 - X ZR 48/95 - NJW 1997, 453; 12. Januar 1994 - XII ZR 167/92 - zu 4 der Gründe, NJW-RR 1994, 379*).

3. Nach der Begründung, auf die das Arbeitsgericht seine Entscheidung im Teilurteil gestützt und der sich das Landesarbeitsgericht im Ergebnis angeschlossen hat, ist die Gefahr einer Widersprüchlichkeit nicht zu erkennen. Beide Vorinstanzen haben die Kündigung vom 15. April 2009 bereits aus den formellen Gründen des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG für unwirksam erachtet. Aus ihrer Sicht kam es auf das Vorbringen der Beklagten zur materiell-rechtlichen Rechtfertigung der Kündigung, das teilweise zugleich ihre Widerklageforderung stützt, nicht an (*zur möglichen Widersprüchlichkeit in einem solchen Fall vgl. Reichold in Thomas/Putzo ZPO 32. Aufl. § 301 Rn. 3*). Zwar kann sich die Gefahr einer Widersprüchlichkeit auch aus der bloßen Möglichkeit abweichender Beurteilung im Rechtsmittelverfahren ergeben (*BAG 23. März 2005 - 4 AZR 243/04 - zu I der Gründe, BAGE 114, 194; BGH 4. November 2002 - II ZR 287/01 - BGHReport 2003, 284; aA wohl Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 69. Aufl. § 301 Rn. 6*). Ob im Streitfall von einer solchen Gefahr auszugehen war, kann offenbleiben. Wie aufgezeigt, sind die Ausführungen der Vorinstanzen zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 15. April 2009 revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das schließt die Gefahr einer abweichenden Beurteilung für die Zukunft aus. Ein etwaiger Mangel des Teilurteils wäre damit jedenfalls geheilt.

55



V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

56

Kreft

Schmitz-Scholemann

Berger

Grimberg

Niebler



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)