

Aktenzeichen: 2 AZR 444/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 20. Juni 1985

- 2 AZR 444/84 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 19. Juli 1983

Duisburg

- 1 Ca 652/83 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 7. Mai 1984

Düsseldorf

- 10 Sa 1432/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Beteiligung des Betriebsrats bei außerordentlicher
Kündigung

Gesetz:

BetrVG §§ 103, 102 Abs. 1 und Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 444/84

10 Sa 1432/83 Düsseldorf

Verkündet am
20. Juni 1985

Im Namen des Volkes!

Sürig,

Urteil

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 7. Mai 1984 - 10 Sa 1432/83 - aufge-



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



-2-

hoben.

2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 bei der Beklagten seit dem 13. August 1982 als Lagermeister mit einem Monatsgehalt von 3.300,-- DM brutto beschäftigt.

Mit Schreiben vom 11. März 1983, das dem Kläger am 15. März 1983 zugegangen ist, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. In diesem Schreiben wurde dem Kläger vorgeworfen, vom 7. bis zum 10. März 1983 Tafelwasser (Vittel) aus dem Lager zum persönlichen Verbrauch (Benutzung als Kaffee- wasser) entnommen zu haben, obwohl die Firmenleitung den Gebrauch von Vittel aus unbefugter Lagerentnahme ihm in einem Gespräch im November letzten Jahres untersagt habe. Das Schreiben enthält unter der Unterschrift des Geschäftsführers den Vermerk:

"Mit der Kündigung einverstanden Betriebsrat
(Herr K)"

Mit Schreiben vom 6. April 1983 kündigte die Beklagte erneut fristlos und gleichzeitig fristgerecht. Dieser Kündigung widersprach der Betriebsrat am 8. April 1983 unter Hinweis auf § 103 Abs. 1 BetrVG.



Gegen beide Kündigungen hat sich der Kläger mit seinen Feststellungsklagen vom 23. März 1983 und vom 14. April 1983 gewandt. Ferner hat er das restliche Märzgehalt für die Zeit vom 16. bis 31. März 1983 in Höhe von 1.650,-- DM brutto verlangt. Er hat vorgetragen, die Kündigungen seien schon mangels Zustimmung des Betriebsrates unwirksam. Er, der Kläger, sei stellvertretendes Betriebsratsmitglied und habe am 1. März 1983 an einer Betriebsratssitzung teilgenommen. Zur Kündigung vom 11. März 1983 habe keine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung stattgefunden, denn der Betriebsrat sei beschlußunfähig gewesen, weil die beiden übrigen Betriebsratsmitglieder außer K in Urlaub gewesen seien. Das habe die Beklagte gewußt. Zudem habe er lediglich zu Bruch gegangene Vittel-Flaschen für den privaten Gebrauch benutzt. Dieses sei betriebsüblich.

Der Kläger hat beantragt:

1. festzustellen, daß die Kündigungen vom 11. März und 6. April rechtsunwirksam sind und das Arbeitsverhältnis weiterhin fortbesteht;
2. die Beklagte zur Zahlung von 1.650,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 15. April 1983 zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat vorgetragen, in ihrem Betrieb sei es verboten, Tafelwasser aus angebrochenen Verpackungen zu privaten Zwecken zu verwenden. Vittel-Wasser werde in Plastikflaschen abgefüllt. Sie könnten daher nicht zu Bruch gehen. Flaschen aus beschädigten Kartons seien erneut verkaufsfähig zu verpacken. Auf die bestehenden Verbote



-4-

und Anweisungen sei der Kläger noch im November 1982 hingewiesen worden. Trotzdem habe er zumindest in der Zeit vom 7. März bis 10. März 1983 Vittel aus dem Lager entnommen und verbraucht. Bei den monatlichen Inventuren sei zudem festgestellt worden, daß im Januar 1983 13 und im Februar 1983 acht Kartons Vittel gefehlt hätten. Bruchware aber habe der Kläger für diese Zeit nicht, wie es seine Aufgabe gewesen wäre, in das sogenannte Bruchbuch eingetragen. Die Kündigung vom 6. April 1983 sei wegen der fahrlässigen Verletzung der dem Kläger obliegenden Kontrollpflichten erfolgt, durch die der Diebstahl von insgesamt 90 Kästen Bier möglich gewesen sei. Bezüglich der Vernachlässigung seiner Kontrollpflichten sei der Kläger auch am 6. Dezember 1982 und am 28. Januar 1983 schriftlich abgemahnt worden. Den Betriebsrat habe sie zu beiden Kündigungen ordnungsgemäß angehört. Die Betriebsratsmitgliedschaft des Klägers werde bestritten. Zumindest sei ihr nicht bekannt gewesen, daß der Kläger als Ersatzmitglied tätig geworden sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung der Zeugen K , H , W und Wi das erstinstanzliche Urteil durch Teilurteil abgeändert und festgestellt, daß die mit Schreiben vom 11. März 1983 ausgesprochene Kündigung der Beklagten rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat, sowie dem Zahlungsantrag des Klägers stattgegeben.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen



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



Urteils, soweit darüber in der Berufungsinstanz durch Teil-Urteil entschieden worden ist. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung.

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, aufgrund der Beweisaufnahme stehe fest, daß bei der Beklagten ein dreiköpfiger Betriebsrat aus den Mitgliedern H , W und K bestanden habe. Als Ersatzmitglieder seien der Kläger, B und Sch gewählt worden. K und der Kläger seien von der Gruppe der Angestellten, die übrigen von der Gruppe der Arbeiter gewählt worden. Als der Geschäftsführer Wi dem Zeugen K das Kündigungsschreiben vom 11. März 1983 zur Stellungnahme überreicht habe, hätten sich die Betriebsratsmitglieder H und W - für K unerreikbaar - in Urlaub befunden. Dieses habe K dem Zeugen Wi auch mitgeteilt, als er das Schreiben an dem auf den 11. März 1983 folgenden Montag unterschrieben zurückgegeben habe mit dem Hinweis, Kontaktversuche mit den anderen Betriebsratsmitgliedern seien erfolglos gewesen. Wi habe dann veranlaßt, daß das Kündigungsschreiben dem Kläger am 15. März 1983 zugeing. Nach der glaubwürdigen Aussage des Zeugen H sei der Kläger als Ersatzmitglied des Betriebsrats tätig geworden und habe zumindest an einer Sitzung mit Beschlußfassung teilgenommen. Es sei jedoch



nicht sicher, daß die Beklagte über diese Teilnahme des Klägers unterrichtet gewesen sei.

Angesichts dieses Sachverhaltes sei davon auszugehen, daß eine wirksame Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung nicht vorliege. Die Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG erfordere einen Betriebsratsbeschluß. Es bedürfe einer Sitzung des Betriebsrates. Weder die bloße Stellungnahme im Umlaufverfahren noch die Erklärung eines einzelnen Betriebsratsmitgliedes genüge den Anforderungen des § 103 BetrVG. Die Zustimmung gelte daher vorliegend als verweigert. Für die Beklagte sei auch nicht der Rechtsschein einer Zustimmung gesetzt worden, da der Zeuge Wi gewußt habe, daß K die anderen Betriebsratsmitglieder nicht erreicht habe. Die Kündigung sei nach § 103 Abs. 1 BetrVG nichtig, da der Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung dem durch diese Vorschrift geschützten Personenkreis angehört habe, nämlich als Mitglied des Betriebsrates anzusehen gewesen sei. Das Zustimmungserfordernis des § 103 Abs. 1 BetrVG bestehe auch dann, wenn ein Ersatzmitglied in Vertretung eines zeitweilig verhinderten Betriebsratsmitgliedes tätig gewesen sei und der Vertretene, wie hier, sein Amt wieder übernommen habe. Eine strikte Festlegung auf den Zeitraum des Vertretungsfalles, also der konkreten Amtsausübung, werde der Sachlage nicht gerecht, wenn der Vertretungsfall wieder eintreten könne. Zumindest ein gewisser Zeitraum nach der realisierten Ersatzmitgliedschaft im Betriebsrat, der hier nicht erfüllt erscheine, müsse geeignet sein, den vollen Schutz nach § 103 Abs. 1 BetrVG zu gewährleisten und auszulösen.



Darüber hinaus habe die Beklagte auch nicht der Anhörungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG genügt. Bei Zugang der Kündigung am 15. März 1983 sei die Anhörungsfrist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG gemäß § 187 BGB noch nicht beendet gewesen. Der Betriebsrat habe auch nicht den Rechtsschein einer Anhörung gesetzt, nachdem der Vertreter der Beklagten Wi von einer Nichteinschaltung des Betriebsrates durch den Zeugen K gewußt habe. Zwar seien Fehler, die in den Zuständigkeitsbereich des Betriebsrates fielen, für den Arbeitgeber grundsätzlich unschädlich. Ein Fehlverhalten, wie es der Zeuge K gezeigt habe, falle jedoch nicht in den Verantwortungsbereich des Betriebsrates, weil die Beklagte gewußt habe, daß der Betriebsrat sich mit dem Kündigungsfall des Klägers nicht habe befassen können.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien habe daher den 15. März 1983 überdauert und noch am Monatsende bestanden. Die Beklagte habe sich in Annahmeverzug befunden, so daß der Kläger einen Anspruch auf Zahlung von 1.650,-- DM aus § 615 Satz 1 BGB habe.

B. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts kann nicht gefolgt werden.

I. Da die Revision keine Verfahrensrügen erhoben hat, ist der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt gemäß § 561 ZPO zugrunde zu legen.



II. Die dem Kläger am 15. März 1983 zugegangene außerordentliche Kündigung bedurfte nicht der Zustimmung des Betriebsrates.

1. Gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrates, der Jugendvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats, des Wahlvorstands sowie von Wahlbewerbern der Zustimmung des Betriebsrates.

a) Der Kläger war zum Zeitpunkt der Kündigung nicht Mitglied des Betriebsrates im Sinne des § 103 Abs. 1 BetrVG.

Zwar ist er bei der Betriebsratswahl vom 9. Dezember 1982 zum Ersatzmitglied des Betriebsrates gewählt worden. Der besondere Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG gilt für Ersatzmitglieder jedoch nur dann, solange sie stellvertretend für ein verhindertes ordentliches Betriebsratsmitglied dem Betriebsrat angehören (BAG Urteil vom 9. November 1977 - 5 AZR 175/76 - AP Nr. 3 zu § 15 KSchG 1969; BAG vom 6. September 1979 - 2 AZR 548/77 - AP Nr. 7 zu § 15 KSchG 1969, zu II 2 b der Gründe; KR-Etzel, 2. Aufl., § 103 BetrVG Rz 15). Die Vertretung beginnt mit der Arbeitsaufnahme des Ersatzmitgliedes an dem Tage, an dem das ordentliche Mitglied erstmals verhindert ist und dauert so lange, wie der Vertretungsfall gegeben ist (BAG vom 17. Januar 1979 - 5 AZR 891/77 - AP Nr. 5 zu § 15 KSchG 1969).

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger zwar das Betriebsratsmitglied K vertreten und am 1. März 1983 an einer Betriebsratssitzung teilgenommen. Der



Vertretungsfall war jedoch zum Zeitpunkt der Anhörung des Betriebsrats zur beabsichtigten Kündigung des Klägers beendet. Der vom Kläger vertretene Zeuge K hat nämlich am 11. März 1983 in seiner Eigenschaft als stellvertretender Betriebsratsvorsitzender die Bitte der Beklagten um Stellungnahme zur Kündigung entgegengenommen und hatte daher zu diesem Zeitpunkt seine Betriebsrattätigkeit wieder aufgenommen. Da die beiden zum Zeitpunkt der Kündigung verhinderten Betriebsratsmitglieder H und W von der Gruppe der Arbeiter, der Kläger jedoch als Ersatzmitglied von der Gruppe der Angestellten gewählt worden war, kam eine Vertretung der beiden verhinderten Betriebsratsmitglieder durch den Kläger nicht in Betracht, da mehrere Ersatzmitglieder der Arbeitergruppe vorhanden waren (vgl. § 25 Abs. 2, § 10 Abs. 1 BetrVG).

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kommt vorliegend auch keine "Vorverlegung" des besonderen Kündigungsschutzes des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG in Betracht. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß dann, wenn in eine kurze Vertretung oder zu Beginn einer längeren Vertretung eine Betriebsratssitzung fällt, das Ersatzmitglied auch in der Vorbereitungszeit den besonderen Kündigungsschutz genießt, wobei die Vorbereitungszeit, die grundsätzlich jedoch drei Arbeitstage nicht überschreiten soll, in dem Zeitpunkt beginnen soll, in dem das Ersatzmitglied zu der betreffenden Betriebsratssitzung geladen wird (BAG vom 17. Januar 1979 - 5 AZR 891/77 - AP Nr. 5 zu § 15 KSchG 1969, zu 3 der Gründe). Vorliegend hat der Kläger aber nicht vorgetragen, daß er zu einer Betriebsratssitzung in den



Tagen nach dem 15. März 1983 geladen worden war bzw. er in diesen Tagen den Zeugen K hätte vertreten müssen. Allein die Aussicht auf einen möglicherweise zukünftig eintretenden Vertretungsfall rechtfertigt es entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht, dem Ersatzmitglied den besonderen Kündigungsschutz zu gewähren. Sonst müßte jedem Ersatzmitglied dieser Schutz gewährt werden, da jedes Ersatzmitglied theoretisch nachrücken bzw. zur Stellvertretung herangezogen werden kann. Dem widerspricht jedoch der eindeutige Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, der auf Mitglieder des Betriebsrates abstellt. Ersatzmitglieder werden aber nur dann ordentliche Mitglieder des Betriebsrates, wenn sie nachrücken bzw. ein Vertretungsfall eintritt (§ 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG).

b) Entgegen der Ansicht des Klägers steht ihm auch nicht der besondere Kündigungsschutz des Wahlbewerbers gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu.

Gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Wahlbewerbers vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlages an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigten und daß die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt. Die Bekanntgabe des Wahlergebnisses erfolgte nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien in der Revisionsinstanz am 10. Dezember 1982, so daß der besondere Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG im März 1983 für den Kläger nicht mehr



bestand (BAG 30, 320 = AP Nr. 4 zu § 15 KSchG 1969, zu D I 1 der Gründe).

2. Dem Kläger stand zum Zeitpunkt der Kündigung allerdings der nachwirkende Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu. Daraus folgt jedoch nicht das Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung.

a) Gemäß § 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG ist die Kündigung innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Nachdem die Bekanntgabe des Wahlergebnisses am 10. Dezember 1982 erfolgt war, bestand für den Kläger zum Kündigungszeitpunkt im März 1983 dieser nachwirkende Kündigungsschutz.

b) Dem steht auch nicht entgegen, daß der Kläger erst im August 1982 bei der Beklagten eingestellt worden ist. Zwar ist gemäß § 8 BetrVG Voraussetzung für die Wählbarkeit in den Betriebsrat grundsätzlich eine sechsmonatige Betriebszugehörigkeit. Somit kommt es auch für den Kündigungsschutz des Wahlbewerbers grundsätzlich darauf an, ob dieser im Zeitpunkt der Betriebsratswahl eine sechsmonatige Betriebszugehörigkeit besitzt (vgl. LAG Hamm vom 21. April 1982 - 3 Sa 188/82 - DB 1982, 2709).

Der Kläger gehörte zwar im Dezember 1982, zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl, noch keine sechs Monate dem Betrieb der Be-



klagten an. Er war aber unstreitig unmittelbar vor Eintritt bei der Beklagten 13 Jahre beim Nestle-Konzern beschäftigt. Nach dem - insoweit nicht bestrittenen - Vortrag des Klägers handelt es sich bei der Beklagten um eine Tochtergesellschaft des Nestle-Konzerns. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 BetrVG werden auf die für die Wählbarkeit erforderliche sechsmonatige Betriebszugehörigkeit Zeiten angerechnet, in denen der Arbeitnehmer unmittelbar vorher einem anderen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns angehört hat.

c) Der nachwirkende Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG beinhaltet jedoch lediglich den Schutz des Wahlbewerbers in den der Bekanntgabe des Wahlergebnisses folgenden sechs Monaten vor einer ordentlichen Kündigung, während dem Wahlbewerber aus wichtigem Grund auch ohne Zustimmung des Betriebsrats gekündigt werden kann (vgl. BAG 30, 320 = AP Nr. 4 zu § 15 KSchG 1969, zu D I 1 der Gründe). Die Zustimmung des Betriebsrates war daher für die vorliegende außerordentliche Kündigung des Klägers keine Wirksamkeitsvoraussetzung.

3. Der Kläger kann sich vorliegend auch nicht auf den nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG berufen. Nach dieser Vorschrift ist die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrates innerhalb eines Jahres, vom Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit an gerechnet, unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.



Auch der nachwirkende Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG schützt das ausgeschiedene Betriebsratsmitglied nämlich nur vor einer ordentlichen Kündigung, während eine außerordentliche Kündigung auch ohne Zustimmung des Betriebsrates ausgesprochen werden kann; diese bedarf vielmehr nur der Anhörung nach § 102 BetrVG (vgl. KR-Etzel, aaO, § 15 KSchG Rz 56; BAG 30, 320, 330 = AP Nr. 4 zu § 15 KSchG 1969).

III. Die dem Kläger am 15. März 1983 zugegangene außerordentliche Kündigung ist entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch nicht wegen Verletzung des Anhörungsgebotes gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam.

1. Die Beklagte hat am 11. März 1983 das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Geschäftsführer der Beklagten dem stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden K am 11. März 1983 das Kündigungsschreiben, das eine umfassende Darstellung des Kündigungssachverhaltes enthält, mit der Bitte um Stellungnahme übergeben. Damit hat die Beklagte ihrer Mitteilungspflicht bei der Einleitung des Anhörungsverfahrens genügt. Da der damalige Betriebsratsvorsitzende H am 11. März 1983 urlaubsbedingt abwesend war, war der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende K gemäß § 26 Abs. 3 Satz 2 BetrVG der richtige Adressat für die Aufforderung zur Stellungnahme.



2. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, wann die dem Kläger am 15. März 1983 zugegangene außerordentliche Kündigung den Machtbereich der Beklagten verlassen hat. Fest steht insoweit nur, daß die Beklagte die Kündigung erst aus der Hand gegeben hat, nachdem der Zeuge K namens des Betriebsrates die Zustimmung zur Kündigung erteilt hat.

Da die Beklagte das Anhörungsverfahren am 11. März 1983 ordnungsgemäß eingeleitet hat, hat die 3-Tages-Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG mit Ablauf des 14. März 1983 (Montag) geendet (§ 187 BGB). Für den Fall, daß die Beklagte das Kündigungsschreiben erst am 15. März 1983 abgeschickt bzw. dem Kläger übergeben hat, liegt schon wegen des Ausspruchs der Kündigung nach Fristablauf eine ordnungsgemäße Anhörung vor. Das hat das Landesarbeitsgericht verkannt, indem es in falscher Berechnung der Frist angenommen hat, sie sei auch am 15. März 1983 noch nicht beendet gewesen.

3. Doch auch wenn die Kündigung vor Ablauf der 3-Tages-Frist den Machtbereich der Beklagten verlassen hat, führt das nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, da der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende jedenfalls vor Absenden der Kündigung im Namen des Betriebsrates die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erklärt hat (BAG 40, 42 = AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972, zu I 3 c der Gründe).

a) Zwar lag der von K im Namen des Betriebsrates abgegebenen Zustimmungserklärung kein rechtswirksamer Betriebsrats-



beschluß zugrunde. Der Zeuge K hat keine Betriebsrats-sitzung einberufen (§ 29 BetrVG), da die beiden übrigen ordentlichen Betriebsratsmitglieder urlaubsbedingt abwesend waren. Für zeitweilig verhinderte Mitglieder des Betriebsrates sind jedoch ihre Ersatzmitglieder zu laden (Galperin/Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 33 Rz 5). Das hat der Zeuge K nicht getan; stattdessen hat er lediglich alleine zur Kündigung Stellung genommen und dieser zugestimmt. Das ist ein Mangel im Anhörungsverfahren.

b) Der bei der Anhörung vorliegende Mangel wirkt sich vorliegend jedoch nicht auf die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aus.

aa) Mängel bei der Anhörung, die in den Zuständigkeitsbereich und Verantwortungsbereich des Betriebsrats fallen, berühren die Ordnungsmäßigkeit des Anhörungsverfahrens im Sinne von § 102 Abs. 1 BetrVG nicht und wirken sich daher auch nicht auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung aus, selbst wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder vermuten kann, daß die Behandlung der Angelegenheit durch den Betriebsrat nicht fehlerfrei gewesen ist (BAG 27, 209, 213 f. = AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972, zu III der Gründe; BAG Urteil vom 2. April 1976 - 2 AZR 513/75 - AP Nr. 9 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 40, 42 = AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972, zu I 3 c der Gründe und BAG Urteil vom 23. August 1984 - 2 AZR 391/83 - AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972, zu B II 1 a der Gründe).



bb) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß Fehler des Betriebsrates die Wirksamkeit der Anhörung nicht berühren, könnte dann gegeben sein, wenn die Beklagte durch ihr unsachgemäßes Verhalten Mängel bei der Beteiligung des Betriebsrates veranlaßt hätte (vgl. BAG Urteil vom 2. April 1976, aaO, zu I 4 der Gründe; BAG Urteil vom 19. Mai 1983 - 2 AZR 454/81 - nicht veröffentlicht, zu B 2 b bb der Gründe). Das ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

Der Geschäftsführer Wi der Beklagten hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dem stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden K mehrere Tage Zeit zur Stellungnahme belassen und ihn somit auch nicht gedrängt, eine alleinige Stellungnahme ohne Einschaltung der übrigen Betriebsratsmitglieder abzugeben. Zwar wußte er, daß die Betriebsratsmitglieder H und W urlaubsbedingt abwesend waren; er konnte jedoch davon ausgehen, daß K für die verhinderten Betriebsratsmitglieder Ersatzmitglieder heranzieht.

cc) Der Kläger kann sich entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch nicht auf die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Februar 1974 (- 2 AZR 455/73 - BAG 26, 27 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972) und vom 28. März 1974 (- 2 AZR 472/73 - BAG 26, 102 = AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG 1972) berufen. Nach diesen Entscheidungen ist die im unmittelbaren Anschluß an die Mitteilung der Kündigungsabsicht abgegebene Erklärung des Betriebsratsvorsitzenden bzw. eines anderen Betriebsratsmitglieds, er stimme der Kündigung zu, rechtlich ohne



Bedeutung. In diesem Fall wisse der Arbeitgeber, daß der aus mehreren Mitgliedern bestehende Betriebsrat sich noch nicht mit dem Kündigungsfall befaßt haben könne. Der Arbeitgeber müsse dann mit der Möglichkeit rechnen, daß dieser Erklärung des einzelnen Betriebsratsmitglieds noch eine Stellungnahme des zuständigen Gremiums folgen könnte. Das Anhörungsverfahren des § 102 Abs. 1 BetrVG sei daher noch nicht abgeschlossen.

Der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt liegt hier jedoch anders. Der Geschäftsführer der Beklagten hat vorliegend die Zustimmung des Zeugen K im Namen des Betriebsrates nicht spontan erhalten, sondern erst am letzten Tag der Anhörungsfrist, am Montag, dem 14. März 1983, nachdem der Zeuge K sich bemüht hatte, die übrigen Betriebsratsmitglieder zu erreichen. Zwar hat K dem Geschäftsführer Wi mitgeteilt, er habe kein anderes Betriebsratsmitglied erreichen können. Gerade aufgrund dieser Erklärung brauchte dieser jedoch nicht damit zu rechnen, daß der Zustimmung des Zeugen K noch eine Stellungnahme des Gremiums folgen könnte. Vielmehr konnte er nach dieser Erklärung davon ausgehen, daß auch die Ersatzmitglieder verhindert waren. In diesem Fall hätte der Zeuge K als allein Anwesender die Geschäfte des Betriebsrates während der Verhinderung der anderen Betriebsratsmitglieder alleine weiterführen dürfen, so daß die Zustimmung auf einem ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschuß beruht hätte (vgl. BAG 40, 42 = AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972). Aufgrund der Erklärung des Herrn K brauchte der Geschäftsführer der Beklagten daher nicht davon auszugehen, daß der Betriebsrat als Gremium sich



überhaupt nicht mit dem Kündigungsfall befaßt hatte. Es ist daher von einem ordnungsgemäßen Anhörungsverfahren gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG auszugehen.

IV. Der Rechtsstreit war an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, weil das Landesarbeitsgericht - von seinem Standpunkt zu Recht - nicht darüber befunden hat, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vom 11. März 1983 vorgelegen hat. Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um dem Senat eine abschließende Beurteilung darüber zu ermöglichen, ob die fristlose Kündigung nach § 626 BGB wirksam ist oder nicht. Insbesondere ist entscheidungserheblich und bedarf daher einer weiteren Sachverhaltsaufklärung durch das Landesarbeitsgericht, ob es bei der Beklagten betriebsüblich ist bzw. war, zu Bruch gegangene Vittel-Flaschen privat zu verbrauchen. Beide Parteien haben für ihre in diesem Zusammenhang erhobenen Behauptungen Zeugen benannt.

Da der von dem Kläger geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Restgehalt für März 1983 in Höhe von 1.650,-- DM vom Bestand des Arbeitsverhältnisses über den 15. März 1985 hinaus abhängig ist, war der Rechtsstreit auch insoweit zurückzuverweisen.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Jansen

Dr. Bächle



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

