

Aktenzeichen: 2 AZR 580/99
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 5. April 2001
- 2 AZR 580/99 -

I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 28. November 1996
- 28 Ca 11440/95 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 27. Mai 1999
- 4 Sa 77/97 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung bei fehlender Zustimmung des Betriebsrats zur Wiedereinstellung

Gesetz:

BGB §§ 147, 150, 626; BetrVG §§ 99, 101, 102

Leitsatz:

Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur (Wieder-)Einstellung eines Arbeitnehmers kann für diesen grundsätzlich nur dann ein Leistungsverweigerungsrecht begründen, wenn der Betriebsrat sich auf die Verletzung seines Mitbestimmungsrechts beruft und die Aufhebung der Einstellung verlangt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 580/99
4 Sa 77/97
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. April 2001

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Fischermeier, die ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und Röder für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 27. Mai 1999 - 4 Sa 77/97 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der am 29. Mai 1945 geborene, verheiratete Kläger war bei der Beklagten zunächst vom 1. April 1966 bis zum 31. August 1993 als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Zuletzt war er im Bereich Sicherungstechnik (SI) als Einkaufsleiter, ab 1. April 1992 bis zu seinem Ausscheiden am 31. August 1993 als Fachreferent in der Abteilung SI OI (Organisation, Informationsverarbeitung) tätig; diese Tätigkeiten entsprachen jeweils dem Rang eines Gruppenbevollmächtigten/Fachreferenten der Gehaltsstufe III.

Zum 1. September 1993 trat der Kläger als Leiter des Gemeinschaftseinkaufs in die Dienste der U. GmbH. Zuvor hatte ihm die Beklagte mit Schreiben vom 26. August 1993 eine bis zum 31. August 1998 befristete Wiedereinstellungszusage unter Anrechnung der früheren und der bei der U. GmbH zurückgelegten Beschäftigungszeit erteilt. Für den Fall der Wiedereinstellung des Klägers sollten die im Zeitpunkt des Wiedereintritts gültigen Vertragsbedingungen der Rang- und Gehaltsstufe gelten, der der Kläger zuletzt angehörte. Der Einsatz des Klägers sollte im Rahmen der dann gegebenen Möglichkeiten im Bereich SI erfolgen und hinsichtlich des Verantwortungsbereichs, der Höhe und Zusammensetzung des Einkommens und der Anforderungen seinen Erfahrungen und Leistungen so weit wie möglich entsprechen.

Unter dem 10. März 1994 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der U. GmbH ordentlich zum 30. September 1994. Unter Bezugnahme auf die Wiedereinstellungszusage vom 26. August 1993 forderte er die Beklagte mit Schreiben vom 21. Juli 1994 auf, ihn ab 1. Oktober 1994 wieder zu beschäftigen. Nachdem die Beklagte dies mit Schreiben vom 1. August 1994 abgelehnt hatte, erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 23. August 1994 vor dem Arbeitsgericht München Klage auf Wiedereinstellung (Az.: 29 Ca 12969/94). Durch Urteil vom 12. April 1995 verurteilte das Arbeitsgericht München die Beklagte dazu, den Kläger



gemäß Wiedereinstellungszusage vom 26. August 1993 als Einkaufsleiter im Rang eines Gruppenbevollmächtigten/Fachreferenten der Gehaltsstufe 3 im Bereich Sicherungstechnik oder in vergleichbarer Position zu den derzeit bei S. gültigen Gehältern für übertarifliche Arbeitnehmer, mindestens aber zu einem monatlichen Bruttogehalt von DM 10.600,00 zuzüglich Erfolgsbeteiligung, die sich von einem Grundbetrag von mindestens DM 2.100,00 und einer Zusatzerfolgsbeteiligung in Höhe von DM 175,00, multipliziert mit dem in Deutsche Mark ausgedrückten Dividendenbetrag des vorhergehenden Geschäftsjahres je Aktie ein Nennbetrag von DM 50,00 errechnet, wieder einzustellen unter Anrechnung der zurückgelegten Dienstzeiten bei der Beklagten vom 1. April 1966 bis 31. August 1993 und der Dienstzeiten bei der Firma U. vom 1. September 1993 bis 30. September 1994.

Die dagegen am 1. Juni 1995 eingelegte Berufung der Beklagten wurde durch Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 6. Dezember 1995 (Az.: 7 Sa 547/95) rechtskräftig zurückgewiesen. Schon zuvor hatte die Beklagte nach Erlass des Urteils vom 12. April 1995 dem Kläger mit Schreiben vom 15. Mai 1995 in ihrem Geschäftsbereich Sicherungstechnik eine Stelle in der Abteilung SI Ol 4, eine Stelle in der Abteilung Planung und Auswertung bzw. eine Tätigkeit in der Abteilung Kaufmännische Entwicklung (E KA VÜ) im Bereich der kaufmännischen Vorhabensüberwachung angeboten. Der Kläger ließ mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 19. Mai 1995 zunächst alle drei Stellen mit der Begründung ablehnen, es handele sich um reine Sachbearbeitertätigkeiten ohne Führungsaufgaben. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 29. Mai 1995 angekündigt hatte, das Arbeitsverhältnis wegen Arbeitsverweigerung zu beenden, falls der Kläger nicht spätestens am 6. Juni 1995 eine der angebotenen Aufgaben übernehme und zur Arbeit erscheine, ließ der Kläger mit Schreiben vom 2. Juni 1995 erklären, daß er eine der Stellen vorerst annehme, sich aber vorbehalte, die Stellenadäquanz gerichtlich überprüfen zu lassen. Am 6. Juni 1995 trat der Kläger die angebotene Stelle in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung an. Hierüber setzte der Personalreferent der Beklagten den Betriebsrat mittels einer aus einem Satz bestehenden handschriftlichen Mitteilung am 7. Juni 1995 in Kenntnis.

Nachdem der Kläger die ihm zugewiesenen Aufgaben ca. drei Wochen verrichtet hatte, versuchte er in Gesprächen mit seinem Vorgesetzten Dr. K., der Personalverwaltung und dem Betriebsrat eine Klärung seiner Auffassung zu erreichen, daß die übertragene Stelle nicht der Wiedereinstellungszusage und dem Urteil des Arbeitsgerichts München vom 12. April 1995 entspreche. Eine von ihm ab 3. Juli 1995 ange-



strebte vorläufige Freistellung von der Arbeit lehnte die Beklagte ab. Am 3. Juli 1995 erschien der Kläger nicht zur Arbeit. Zuvor hatte die Beklagte mit Schreiben vom 30. Juni 1995 dem Kläger eine fristlose Kündigung angedroht, falls er ab 3. Juli 1995 seiner Arbeitspflicht nicht mehr nachkomme. Durch Schreiben seines Bevollmächtigten vom 4. Juli 1995 ließ der Kläger die Beklagte erneut auffordern, ihm eine dem Urteil des Arbeitsgerichts München vom 12. April 1995 entsprechende Stelle anzubieten, und mitteilen, daß er die bisherige Tätigkeit nicht fortsetzen werde.

Dem für den Bereich Sicherungstechnik gebildeten Betriebsrat teilte die Beklagte zur beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 4. Juli 1995 folgendes mit:

Herr G. hat uns letzte Woche mitgeteilt, daß er ab Montag, den 3. Juli 1995 bezahlt freigestellt werden wollte. Dieses haben wir in mehreren Gesprächen mit ihm abgelehnt. Er wurde darauf hingewiesen, daß er Urlaub nehmen könnte. Dieses hat er abgelehnt. Wir haben Herrn G. am Freitag, 30. Juni 1995 vorsorglich abgemahnt und ihn auf die Konsequenzen hingewiesen (vergl. Anlage). Seit Montag, 3. Juli 1995 kommt Herr G. den Pflichten aus seinem Arbeitsverhältnis nicht mehr nach. Deshalb beabsichtigen wir, Herrn G. außerordentlich, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Wir bitten um Zustimmung, bzw. uns innerhalb von drei Tagen die Bedenken gegen die Kündigung mitzuteilen.

Der Betriebsrat gab zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung keine Stellungnahme ab. Der beabsichtigten ordentlichen Kündigung widersprach er mit Schreiben vom 12. Juli 1995.

Mit Schreiben vom 10. Juli 1995, dem Kläger per Boten zugeworfen am 11. Juli 1995, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos.

Der Kläger hat mit seiner am 18. Juli 1995 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage die Auffassung vertreten, die fristlose Kündigung sei unwirksam. Er sei berechtigt gewesen, die Arbeit zu verweigern, da die ihm zugewiesene Tätigkeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung als reine Sachbearbeitertätigkeit nicht vertragsgemäß sei. Der Kläger hat ferner geltend gemacht, bei der Wiedereinstellung und der Arbeitszuweisung handele es sich um zustimmungsbedürftige Maßnahmen. Die Beklagte habe beim Betriebsrat hierzu keine Zustimmung beantragt. Mangels Zustimmung des Betriebsrats habe die Beklagte ihm gegenüber eine Arbeitsverpflichtung nicht durchsetzen können. Schließlich hat der Kläger die Betriebsratsanhörung als



nicht ordnungsgemäß gerügt; die Beklagte habe den Betriebsrat nicht vollständig über den Kündigungssachverhalt informiert.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß die außerordentliche Kündigung vom 10. Juli 1995, zugegangen per Boten am 11. Juli 1995, das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet hat.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält die außerordentliche Kündigung für wirksam. Die dem Kläger in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung übertragene Tätigkeit sei vertragsgemäß, weshalb der Kläger kein Recht gehabt habe, die Arbeit zu verweigern. Gemäß einer Absprache mit dem Betriebsrat habe zu der Rückkehr eines Arbeitnehmers aufgrund einer Wiedereinstellungszusage keine Zustimmung eingeholt werden müssen, vielmehr sei die Rückkehr dem Betriebsrat gegenüber lediglich anzeigepflichtig. Jedenfalls berechtige eine fehlende Zustimmung des Betriebsrats den Arbeitnehmer nicht, die Arbeit auf einem ihm zugewiesenen Arbeitsplatz zu verweigern. Auch die Betriebsratsanhörung zur Kündigung sei ordnungsgemäß erfolgt; über den Inhalt der schriftlichen Anhörung hinaus habe sie den Betriebsrat über den Kündigungssachverhalt ergänzend mündlich informiert, ua. anlässlich am 5. und 6. Juli 1995 geführter Gespräche.

Während des Rechtsstreits gliederte die Beklagte den Bereich Sicherungstechnik aus und übertrug diesen mit Wirkung zum 1. November 1997 auf die Firma SI GmbH & Co. KG. Später wurden die Geschäftsanteile dieser Gesellschaft an die D. verkauft und das Unternehmen schließlich mit der D.C.A. AG verschmolzen. Der Kläger hat einem Parteiwechsel auf Beklagtenseite widersprochen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin Klageabweisung.



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Aus der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats zur Wiedereinstellung des Klägers konnte dieser entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kein Zurückbehaltungsrecht herleiten. Mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen läßt sich jedoch nicht abschließend beurteilen, ob die Arbeitsverweigerung des Klägers aus anderen Gründen berechtigt war oder der Beklagten einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von § 626 BGB gab; deshalb war die Sache gemäß § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Unwirksamkeit der streitigen Kündigung folge nicht schon aus § 102 Abs. 1 BetrVG, da die Beklagte dem Betriebsrat nach den Bekundungen der als Zeugen vernommenen Betriebsratsmitglieder über den aus der schriftlichen Anhörung ersichtlichen Sachverhalt hinaus die für die Kündigung maßgebenden Gründe vollständig mitgeteilt und nach der ergänzenden mündlichen Information die dreitägige Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG abgewartet habe. Es fehle aber an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Zwar habe im Zeitpunkt der Arbeitseinstellung am 3. Juli 1995 zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag als Voraussetzung für die Arbeitspflicht des Klägers bestanden. Mit seinem Schreiben vom 21. Juli 1994 habe der Kläger das in der Wiedereinstellungszusage der Beklagten vom 26. August 1993 liegende Vertragsangebot rechtzeitig angenommen, so daß zwischen den Parteien ab 1. Oktober 1994 wieder ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei. Unabhängig davon, ob die Beklagte mit der Übertragung des Arbeitsplatzes in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung die Grenzen ihres Direktionsrechts überschritten habe, scheitere die Wirksamkeit der Arbeitszuweisung aber schon daran, daß sie die hierzu erforderliche Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nicht eingeholt habe. Dabei spiele es keine Rolle, daß der Betriebsrat irrtümlich der Meinung gewesen sei, die Wiedereinstellung aufgrund einer Wiedereinstellungszusage bedürfe nicht seiner Zustimmung. Es sei nämlich Sache des Arbeitgebers, die gesetzlichen Regelungen des § 99 BetrVG zu beachten.

II. Dem folgt der Senat nicht. Die Revision rügt zu Recht eine Verletzung von § 626 BGB, § 99 BetrVG.



1. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte sei passivlegitimiert, obwohl sie den Bereich Sicherungstechnik, in dem der Kläger zuletzt beschäftigt war, während des Rechtsstreits auf die SI GmbH & Co. KG übertragen hat. Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, ist nach ständiger Rechtsprechung für die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der Kündigung auch nach dem Betriebsübergang passivlegitimiert; auf einen Betriebsübergang während des Prozesses sind die §§ 265, 325 ZPO entsprechend anzuwenden (zB BAG 20. März 1997 - 8 AZR 769/95 - BAGE 85, 330, 334; 27. September 1984 - 2 AZR 309/83 - BAGE 47, 13, 19; jeweils mwN). Da der Kläger die nach § 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO erforderliche Zustimmung zu einem Parteiwechsel auf Beklagtenseite nicht erteilt hat, war die Übertragung des Bereichs Sicherungstechnik auf die SI GmbH & Co. KG und deren anschließende Verschmelzung mit der D.C.A. AG somit ohne Einfluß auf den Prozeß (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

2. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt, ist vorrangig Sache des Tatsachengerichts. Es handelt sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, der vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (zB BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 124 = EzA BGB § 626 nF Nr. 179 mwN). Dieser eingeschränkten Überprüfung hält das angegriffene Urteil nicht stand.

a) Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht allerdings zunächst davon aus, daß eine nachhaltige rechtswidrige und schuldhafte Arbeitsverweigerung an sich als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung geeignet ist. Aufgrund seines Weisungsrechts kann der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer einseitig bestimmte Arbeiten unter Beachtung billigen Ermessens iSv. § 315 Abs. 3 BGB zuweisen, soweit das Weisungsrecht nicht durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeits-



vertrag eingeschränkt ist (zB BAG 11. Oktober 1995 - 5 AZR 1009/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 45 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 16; 11. Februar 1998 - 5 AZR 472/97 - AP aaO Nr. 54 = EzA BGB § 315 Nr. 48). Weigert sich der Arbeitnehmer, die ihm im Rahmen einer rechtmäßigen Ausübung des Weisungsrechts zugewiesene Tätigkeit auszuführen, so kann dies, wie der Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, im Falle der sog. beharrlichen Arbeitsverweigerung den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigen (zB BAG 31. Januar 1985 - 2 AZR 486/83 - AP MuSchG 1968 § 8a Nr. 6 = EzA MuSchG § 8a Nr. 5; 21. November 1996 - 2 AZR 357/95 - AP BGB § 626 Nr. 130 = EzA KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50 mwN). Danach setzt die beharrliche Arbeitsverweigerung in der Person des Arbeitnehmers Nachhaltigkeit im Willen voraus; der Arbeitnehmer muß die ihm übertragene Arbeit bewußt und nachhaltig nicht leisten wollen, wobei es nicht genügt, daß er eine Weisung des Arbeitgebers nicht befolgt, vielmehr muß eine intensive Weigerung vorliegen. Das Moment der Beharrlichkeit kann allerdings auch schon darin zu sehen sein, daß der Arbeitnehmer in einem einmaligen Fall eine Anweisung nicht befolgt; das muß dann aber zB durch eine vorhergehende erfolglose Abmahnung verdeutlicht werden.

b) Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht ferner angenommen, im Zeitpunkt der Arbeitsniederlegung am 3. Juli 1995 habe zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag als Voraussetzung der Arbeitspflicht des Klägers bestanden.

Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis bereits mit Wirkung ab 1. Oktober 1994 zustande gekommen, weil die mit Schreiben der Beklagten vom 26. August 1993 erteilte Wiedereinstellungszusage ein Vertragsangebot enthalte, das der Kläger mit Schreiben vom 21. Juli 1994 angenommen habe, steht allerdings in Widerspruch zu dem in Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) erwachsenen Urteil des Arbeitsgerichts München vom 12. April 1995 (- 29 Ca 12969/94 -), das lediglich die Verpflichtung der Beklagten zur Wiedereinstellung des Klägers ausgesprochen hat. Um zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis zu begründen, war es demnach erforderlich, daß die Beklagte das in der Wiedereinstellungsklage liegende Vertragsangebot des Klägers gemäß § 147 BGB annahm oder die Annahmeerklärung gemäß § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO als abgegeben galt. Die Beklagte hat die Annahme des antizipierten Vertragsangebots des Klägers, ihn zu den Bedingungen der Zusage vom 26. August 1993 wieder einzustellen, erklärt, indem sie ihm nach Erlaß des Urteils vom 12. April 1995 mit Schreiben vom 15. Mai 1995 und vom



29. Mai 1995 drei Stellen angeboten und unter Androhung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgefordert hat, spätestens am 6. Juni 1995 zur Arbeit zu erscheinen. Es handelte sich nicht um eine abändernde Annahme der Beklagten, die nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag gilt, da die Beklagte hiermit der Wiedereinstellungszusage bzw. dem Urteil vom 12. April 1995 nachkommen wollte und die angebotenen Stellen ihrer Auffassung nach dem Inhalt der Wiedereinstellungszusage bzw. dem Urteil vom 12. April 1995 entsprachen. Ob diese Auffassung der Beklagten zutreffend ist oder nicht, ist keine Frage der Annahmeerklärung, sondern der vertragsgemäßen Beschäftigung des Klägers. Damit ist der Arbeitsvertrag der Parteien zu den Bedingungen der Wiedereinstellungszusage zustande gekommen. Der Umstand, daß die Beklagte gegen das Urteil vom 12. April 1995 am 1. Juni 1995 Berufung eingelegt hat, steht dem nicht entgegen. In den Schreiben vom 15. Mai 1995 und vom 29. Mai 1995 hat sich die Beklagte insbesondere nicht vorbehalten, den Kläger nur vorläufig zur Abwendung eines Verzugsrisikos beschäftigen und das Urteil vom 12. April 1995 einer Überprüfung durch das Berufungsgericht unterziehen zu wollen. Auch der vom Kläger mit Schreiben vom 2. Juni 1995 erklärte Vorbehalt, die angebotenen Stellen gerichtlich überprüfen zu lassen, ist für den Vertragsschluß unerheblich; er bezieht sich ebenfalls nur auf die Frage, ob diese Stellen inhaltlich den Bedingungen des bereits zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses entsprechen, also vertragsgemäß sind.

c) Der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Arbeitsniederlegung durch den Kläger ab 3. Juli 1995 sei schon deshalb nicht vertragswidrig, weil es an der nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung fehle, folgt der Senat nicht.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat allerdings im Ausgangspunkt zutreffend die Wiedereinstellung des Klägers als mitbestimmungspflichtige Einstellung iSd. § 99 BetrVG gewertet.

(1) Eine Einstellung iSd. Vorschrift liegt dann vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen, ohne daß es dabei auf das Rechtsverhältnis ankommt, in dem diese Personen zum Arbeitgeber als Betriebsinhaber stehen. Maßgebend ist vielmehr die Eingliederung, die Frage also, ob die zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine wei-



sungsgebundene Tätigkeit ist, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes zu dienen bestimmt ist und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muß (vgl. zB BAG 22. April 1997 - 1 ABR 74/96 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 18 = EzA BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 3 mwN; 28. April 1998 - 1 ABR 63/97 - AP aaO Nr. 22 = EzA aaO Nr. 5). Die danach erforderliche betriebliche Eingliederung des Klägers ist mit der Zuweisung der Tätigkeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung am 6. Juni 1995 erfolgt.

(2) Demgegenüber rügt die Revision zu Unrecht, eine mitbestimmungspflichtige Einstellung liege deshalb nicht vor, weil die bis 31. August 1998 befristete Wiedereinstellungszusage faktisch zu einem ruhenden Arbeitsverhältnis geführt habe. Zwar handelt es sich bei der Wiederaufnahme der Arbeit nach einer lediglich tatsächlichen Unterbrechung der Beschäftigung oder im Falle eines ruhenden Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht um eine Einstellung iSd. § 99 BetrVG (Richardi BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 42 f; DKK-Kittner BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 47; Fitting/Kaiser/Heither/Engels BetrVG 20. Aufl. § 99 Rn. 38; GK-BetrVG/Kraft 6. Aufl. § 99 Rn. 33), soweit sich nicht die Umstände der Beschäftigung auf Grund einer neuen Vereinbarung grundlegend ändern (vgl. BAG 28. April 1998 - 1 ABR 63/97 - aaO). Die Parteien haben ihr früheres Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31. August 1993 aber nicht nur tatsächlich unterbrochen bzw. zum Ruhen gebracht, sondern rechtlich beendet, so daß ein neues Arbeitsverhältnis nur durch Vertragsschluß begründet werden konnte. Die Wiedereinstellung, die nach Beendigung eines vorangegangenen Arbeitsverhältnisses durch Neuabschluß eines Arbeitsvertrages erfolgt, stellt jedenfalls dann eine mitbestimmungspflichtige Einstellung dar, wenn dem Arbeitgeber hinsichtlich des Einsatzes des Arbeitnehmers nicht jeglicher Entscheidungsspielraum fehlt (vgl. Richardi aaO Rn. 44; DKK-Kittner aaO Rn. 48; idS auch BAG 25. Juni 1987 - 2 AZR 541/86 - AP BGB § 620 Bedingung Nr. 14 = EzA BGB § 620 Bedingung Nr. 8, zu II 4 b bb der Gründe).

(3) Der Einwand der Revision, mit der Rückkehr des Klägers habe jederzeit gerechnet werden müssen, da es allein am Kläger gelegen habe, von der Zusage vom 26. August 1993 Gebrauch zu machen und seine Wiedereinstellung so zu bewirken, als wäre das Arbeitsverhältnis nie beendet worden, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (zB 14. November 1989 - 1 ABR 87/88 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 76 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 85, zu B III 2 der Gründe; 18. Februar 1986 - 1 ABR 27/84 - BAGE 51, 151, 163) besteht zwar bei der Rückkehr nach einer Abordnung innerhalb des Unternehmens kein Mitbestim-



mungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Einstellung iSd. § 99 BetrVG, gleichgültig, ob der Rückkehrzeitpunkt des abgeordneten Mitarbeiters von vornherein feststeht oder - zB im Falle einer zeitlich unbestimmten Vertretung - zunächst unbestimmt ist, die Rückkehr des betreffenden Arbeitnehmers aber festgestanden hat. Abgesehen davon, daß die Tätigkeit des Klägers für die U. GmbH keine Abordnung innerhalb des Unternehmens darstellte, war jedoch vorliegend nicht nur der Zeitpunkt der Rückkehr des Klägers ungewiß, es stand vielmehr überhaupt nicht fest, ob sich der Kläger auf die Wiedereinstellungszusage berufen, also jemals in den Betrieb SI der Beklagten zurückkehren würde. Die bloße Möglichkeit der Rückkehr des Klägers schließt eine Beteiligung des Betriebsrats unter dem Gesichtspunkt der Einstellung nicht aus. Diese ist nach Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts - Schutz der kollektiven Interessen der Belegschaft bei Einstellungen - schon deshalb geboten, weil im Zeitpunkt des Ausscheidens des Klägers am 31. August 1993 noch nicht endgültig feststand, welcher konkrete Arbeitsbereich dem Kläger im Falle der Wiedereinstellung zugewiesen würde.

(4) Schließlich macht die Revision auch ohne Erfolg geltend, das Verfahren nach § 99 BetrVG habe nicht durchgeführt werden müssen, weil die Beklagte aufgrund des Urteils im Vorprozeß verpflichtet gewesen wäre, den Kläger weiterzubeschäftigen. Dieses Argument kann bereits deshalb nicht greifen, da die Beklagte durch das Urteil vom 12. April 1995 nicht zur Beschäftigung des Klägers, sondern zur Wiedereinstellung bzw. Abgabe einer Willenserklärung verurteilt worden ist. Im übrigen war die - erneute - Entstehung des Arbeitsverhältnisses vor der Rechtskraft dieses Urteils nicht von einem Willensentschluß der Beklagten unabhängig, sie setzte vielmehr eine Vertragserklärung der Beklagten voraus. Die Wiedereinstellung des Klägers beruhte daher nicht auf dem Urteil vom 2. April 1995, sondern auf der Wiedereinstellungszusage.

bb) Rechtsfehlerfrei ist ferner die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß nach § 99 Abs. 1 BetrVG beteiligt, weshalb die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 BetrVG nicht ausgelöst worden sei. Nach den in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils enthaltenen, nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen hat die Beklagte dem Betriebsrat lediglich mit einem handschriftlichen Text von einem Satz am 7. Juni 1995 mitgeteilt, daß der Kläger am 6. Juni 1995 eine Tätigkeit bei E KA VÜ aufgenommen habe. Diese Mitteilung enthält weder erforderliche Informationen über die Auswirkungen der personellen Maßnahme (§ 99 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BetrVG) noch eine Beschreibung des zugewiesenen Arbeitsplatzes (§ 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Nicht zu beanstanden ist



auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, aus dieser Mitteilung sei für den Betriebsrat nicht erkennbar gewesen, daß die Beklagte überhaupt ein Zustimmungsverfahren nach § 99 BetrVG habe einleiten wollen. Zwar muß die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme vom Arbeitgeber nicht ausdrücklich beantragt werden, vielmehr reicht es grundsätzlich aus, daß die Absicht des Arbeitgebers, ein Zustimmungsverfahren einzuleiten, für den Betriebsrat aus den Umständen erkennbar ist. Hierfür genügt jedoch die bloße Anzeige der Arbeitsaufnahme ohne konkretisierende Angaben zum Arbeitsplatz und zu den Auswirkungen der Maßnahme nicht. Dies wird letztlich auch von der Revision nicht anders gesehen, die geltend macht, es habe eine generelle Absprache mit dem Betriebsrat bestanden, daß im Falle einer Wiedereinstellungszusage bei der Rückkehr des Arbeitnehmers überhaupt keine Zustimmung des Betriebsrats eingeholt zu werden brauche, sondern eine Anzeige der Rückkehr des betreffenden Arbeitnehmers ausreiche.

cc) Die Frage, ob eine solche Absprache der Betriebsparteien wirklich getroffen war und ob sie ggf. überhaupt zulässig wäre, kann jedoch dahinstehen. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich unabhängig davon zu Unrecht angenommen, der Kläger sei allein aufgrund der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats berechtigt gewesen, die Arbeit zu verweigern.

(1) Bei der Bestimmung der Rechtsfolgen einer fehlenden bzw. nicht ordnungsgemäß erfolgten Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen gemäß § 99 BetrVG ist zwischen der individualrechtlichen und der kollektiven Ebene zu unterscheiden. Ein Zustimmungserfordernis führt zunächst nur dann automatisch zur Unwirksamkeit der individualrechtlichen Maßnahme, wenn diese wie bei der Zustimmung zu Kündigungen gemäß §§ 102, 103 BetrVG selbst Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist. Bei den personellen Einzelmaßnahmen iSd. § 99 BetrVG ist dies nicht der Fall. Die Durchführung einer personellen Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrats stellt zunächst nur einen Pflichtverstoß gegenüber dem Betriebsrat dar, die Maßnahme ist betriebsverfassungsrechtlich unwirksam. Eine gleichzeitige individualrechtliche Unwirksamkeit kommt lediglich in Betracht, wenn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ein Durchschlagen der Rechtswidrigkeit von der kollektiven auf die individualrechtliche Ebene zwingend erfordern (*vgl. Raab Individualrechtliche Auswirkungen der Mitbestimmung gemäß §§ 99, 102 BetrVG ZfA 1995, 515 f.*). Ob eine ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Einzelmaßnahme unwirksam ist, kann daher nicht einheitlich beantwortet werden, vielmehr ist für die Entscheidung dieser Frage

vom Schutzzweck des jeweils betroffenen Mitbestimmungsrechts auszugehen (*BAG 26. Januar 1988 - 1 AZR 531/86 - BAGE 57, 242, 255 f.; DKK-Kittner BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 215; Richardi BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 281*).

(2) Das Mitbestimmungsrecht bei der Versetzung dient auch dem Schutz des von der Versetzung betroffenen Arbeitnehmers (vgl. § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG). Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats hat daher zur Folge, daß die Versetzung auch individualrechtlich unwirksam ist und der Arbeitnehmer das Recht hat, die Arbeit zu den geänderten Bedingungen zu verweigern (*BAG 26. Januar 1988 - 1 AZR 531/86 - aaO; Richardi BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 289; DKK-Kittner BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 218; MünchArbR/Matthes 2. Aufl. § 354 Rn. 27; jeweils mwN*).

Demgegenüber steht das Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung dem Betriebsrat zum Schutz der kollektiven Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft zu (*BAG 2. Juli 1980 - 5 AZR 1241/79 - BAGE 34, 1, 8; Richardi BetrVG 7. Aufl. Rn. 27; MünchArbR/Matthes 2. Aufl. § 352 Rn. 8*). Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG, der allein der Wahrung der Interessen des betroffenen Arbeitnehmers dient, kommt grundsätzlich nur bei Versetzungen, nicht bei Einstellungen in Betracht (*BAG 26. Januar 1988 - 1 AZR 531/86 - BAGE 57, 242, 256; idS auch BAG 6. Oktober 1978 - 1 ABR 51/77 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 10 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 24, zu II 1 b der Gründe; MünchArbR/Matthes 2. Aufl. § 352 Rn. 80; Richardi BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 218; offengelassen von BAG 28. März 2000 - 1 ABR 16/99 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 6, zu II 4 der Gründe; aa DKK-Kittner 7. Aufl. § 99 Rn. 193 mwN; Fitting/Kaiser/Heither/Engels BetrVG 20. Aufl. § 99 Rn. 179*). Dies verdeutlicht auch der vorliegende Fall. Die (Wieder-)Einstellung entsprach gerade dem Wunsch des Klägers. Er kann nicht durch die Einstellung als solche benachteiligt sein, sondern allenfalls durch die Konditionen, zu denen er eingestellt wurde (*BAG 28. März 2000 - 1 ABR 16/99 - aaO*). Auf die Vertragsbedingungen erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aber nicht.

(3) Da sich das Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung auf die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers bezieht, ist der Arbeitsvertrag auch dann wirksam, wenn die Einstellung ohne Zustimmung des Betriebsrats erfolgt; allerdings führt die mitbestimmungswidrige Einstellung zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbot (*BAG 2. Juli 1980 - 5 AZR 1241/79 - BAGE 34, 1, 8 f.; Richardi BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 282; DKK-Kittner 7. Aufl. § 99 Rn. 216; jeweils mwN*). Nach § 101



Satz 1 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, daß der Arbeitgeber die ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Maßnahme wieder aufhebt. Für den Fall der Einstellung kann der Betriebsrat deshalb verlangen, daß der betreffende Arbeitnehmer im Betrieb nicht beschäftigt wird. Eine etwa aufgenommene tatsächliche Beschäftigung muß der Arbeitgeber rückgängig machen. Unterbleibt so die Beschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers, ist dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts Genüge getan (*BAG 2. Juli 1980 - 5 AZR 1241/79 - aaO*).

Auch ein betriebsverfassungsrechtliches Beschäftigungsverbot greift in die individualrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber insofern ein, als es die Erfüllung eines aus dem Arbeitsverhältnis fließenden Beschäftigungsanspruchs des Arbeitgebers ausschließt (*BAG 3. Mai 1994 - 1 ABR 58/93 - BAGE 77, 1, 9*). Eine gerichtliche Anordnung nach § 101 BetrVG kann sich ihrer Natur nach nicht auf die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat beschränken. Die Gestaltungsakte, deren Aufhebung dem Arbeitgeber vom Gericht aufgegeben wird, haben nämlich immer das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gegenstand (*BAG 3. Mai 1994 - 1 ABR 58/93 - aaO*). Daraus folgt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts allerdings nur, daß der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer keinen durchsetzbaren Beschäftigungsanspruch mehr hat und der Arbeitnehmer dementsprechend im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, wenn der Betriebsrat die Aufhebung der mitbestimmungswidrigen Einstellung nach § 101 BetrVG tatsächlich verlangt (*aA MünchArbR/Matthes 2. Aufl. § 354 Rn. 26*).

Die weitergehende Frage, ob der Arbeitnehmer auch dann berechtigt ist, die Arbeit zu verweigern, wenn der Betriebsrat die Aufhebung der mitbestimmungswidrigen Einstellung überhaupt nicht betreibt, ist unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm zu beurteilen. Die Mitbestimmung bei Einstellungen dient dem Schutz der kollektiven Interessen, nicht der Interessenswahrnehmung des betroffenen Arbeitnehmers (*vgl. oben II 2 c cc (2)*). Dieser Schutzzweck, dem durch das Verfahren nach § 101 BetrVG Genüge getan ist (*BAG 2. Juli 1980 - 5 AZR 1241/79 - aaO*), erfordert es nicht, dem Arbeitnehmer ein Recht zur Arbeitsverweigerung auch dann zuzugestehen, wenn der Betriebsrat ein Verfahren nach § 101 BetrVG nicht eingeleitet hat. Der Arbeitnehmer kann sich auf das betriebsverfassungsrechtliche Beschäftigungsverbot vielmehr nur berufen, wenn der Betriebsrat selbst die Aufhebung der Einstellung betreibt (*vgl. auch MünchArbR/Matthes aaO und DKK-Kittner BetrVG 7. Aufl. § 99 Rn. 216*). Daran fehlt es vorliegend.



d) Ein Recht zur Arbeitsverweigerung kann sich für den Kläger allerdings ergeben, wenn die Zuweisung der Stelle unter Überschreitung des Direktionsrechts erfolgte (*BAG 12. April 1973 - 2 AZR 291/72 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 24 = EzA BGB § 611 Nr. 12*). Das Landesarbeitsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - nicht geprüft, ob die dem Kläger übertragene Tätigkeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung vertragsgemäß war, die Beklagte ihm somit diese Stelle in Ausübung ihres Direktionsrechts zuweisen konnte. Diese Prüfung wird nach der Zurückverweisung nachzuholen sein. Schließlich hat das Landesarbeitsgericht, soweit das Direktionsrecht gewahrt sein sollte, eine abschließende Interessenabwägung vorzunehmen.

Der Rechtsstreit ist nicht, wie die Revision meint, zu Lasten des Klägers entscheidungsreif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Ob die Tätigkeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung der Wiedereinstellungszusage bzw. dem Urteil des Arbeitsgerichts München vom 12. April 1995 und damit dem Arbeitsvertrag entspricht, ist streitig geblieben; Feststellungen hierzu hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Eine hierzu ursprünglich beabsichtigte Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen R. und K. wurde nicht durchgeführt, da es nach der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts auf diese Frage letztlich nicht ankam. Ob die Tätigkeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung vertragsgemäß war, ist auch entscheidungserheblich; ein arbeitsvertragliches Recht des Klägers, die Arbeit zu verweigern, kann nämlich nicht mit der Begründung verneint werden, der Kläger habe sich auf diese Tätigkeit ungeachtet dessen eingelassen, ob diese unter Überschreitung des Direktionsrechts zugewiesen wurde. Einen solchen Erklärungswert hat das Schreiben des Klägers vom 2. Juni 1995 nicht. Bei diesem Schreiben handelt es sich zwar um eine atypische Willenserklärung, deren Auslegung gem. § 133 BGB grundsätzlich Sache der Tatsacheninstanz ist; da das Landesarbeitsgericht eine Auslegung aber unterlassen hat, kann der Senat sie selbst vornehmen (*vgl. BAG 28. Februar 1990 - 7 AZR 143/89 - BAGE 64, 220, 227 mwN; Germelmann/Matthes/Prütting ArbGG 3. Aufl. § 73 Rn. 17*). Mit seinem Schreiben vom 2. Juni 1995 hat der Kläger erklärt, daß er eine der angebotenen Stellen vorerst annehme, sich aber vorbehalte, die Stellenadäquanz gerichtlich überprüfen zu lassen. Indem er anschließend am 6. Juni die Arbeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung aufnahm, hat er sich nicht festgelegt, diese Tätigkeit bis zu einer abschließenden gerichtlichen Klärung auszuüben. Mit einer Annahme unter Vorbehalt iSd. Sonderregelung des § 2 KSchG, die dazu führt, daß der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist während des Änderungsschutzprozesses vorläufig verpflichtet ist,



seine Arbeitsleistung zu den geänderten Bedingungen zu erbringen, ist die Erklärung des Klägers nicht vergleichbar. Der Beklagten war es erkennbar, daß der Kläger die Erklärung vom 2. Juni 1995 unter dem Druck der mit Schreiben vom 29. Mai 1995 erfolgten Ankündigung einer Kündigung abgegeben hatte. Zu diesem Zeitpunkt standen ihm lediglich allgemein gehaltene Aufgabenbeschreibungen zur Verfügung, eine konkretisierende Beschreibung der Stelle hat die Beklagte erst am 6. Juli 1995 erstellt. Ob die vorerst angenommene Stelle in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung aus seiner Sicht vertragsgemäß war, konnte der Kläger abschließend erst nach Aufnahme der Tätigkeit beurteilen. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte die Erklärung vom 2. Juni 1995 nicht als Verzicht auf ein evtl. Recht verstehen, die zugewiesene Arbeit zu verweigern.

3. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Entgegen der Auffassung des Klägers ist es der Beklagten im vorliegenden Kündigungsschutzprozeß nicht deshalb verwehrt, sich auf die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 10. Juli 1995 zu berufen, weil das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 12. April 1995 (- 29 Ca 12969/94 -) nach Zurückweisung der Berufung durch Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 6. Dezember 1995 (- 7 Sa 547/95 -) in Rechtskraft erwachsen ist. Danach ist die Beklagte zwar verpflichtet, den Kläger gemäß Wiedereinstellungszusage vom 26. August 1993 wieder einzustellen, also das antizipierte Angebot des Klägers anzunehmen. Die nach dem Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung vom 12. April 1994 von der Beklagten abzugebende bzw. gemäß § 894 Abs. 1 ZPO mit Eintritt der Rechtskraft als abgegeben geltende Annahmeerklärung der Beklagten, liegt aber zeitlich erst nach Kündigungszugang. Eine durch die Kündigung vom 10. Juli 1995 evtl. bewirkte Beendigung des zwischen den Parteien im Mai 1995 zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses und eine ggf. mit dem späteren Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 12. April 1995 erfolgte erneute Begründung des Arbeitsverhältnisses der Parteien schließen sich gegenseitig nicht aus. Soweit der Kläger sich darauf beruft, die Beklagte habe im Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht München (- 7 Sa 547/95 -) nicht eingewandt, daß sie die Wiedereinstellungsverpflichtung erfüllt und daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 10. Juli 1995 geendet habe, betrifft dies die vorliegend nicht zu entscheidende Frage, ob die Beklagte diese Einwendungen gegenüber der rechtskräftigen Wiedereinstellungsverpflichtung noch zulässig geltend machen könnte, zB wenn der Kläger auf der



Grundlage des Urteils vom 12. April 1995 einen Beschäftigungsanspruch gerichtlich durchzusetzen versucht.

b) Die außerordentliche Kündigung vom 10. Juli 1995 ist ferner nicht mangels einer einschlägigen Abmahnung unwirksam. Unterstellt, die dem Kläger zugewiesene Tätigkeit in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung entsprach der Wiedereinstellungszusage vom 26. August 1993, war die Erteilung einer Abmahnung nach der Arbeitsniederlegung am 3. Juli 1995 nicht erforderlich. Der Kläger hat nicht nur in einem einmaligen Fall eine Anweisung der Beklagten nicht befolgt, indem er ab 3. Juli 1995 nicht mehr zur Arbeit erschien, sondern sich, wie er mit Schreiben vom 4. Juli 1995 erklärt hat, endgültig geweigert, diese Tätigkeit fortzusetzen. Aufgrund dieser intensiven Weigerung des Klägers konnte die Beklagte eine Verhaltensänderung des Klägers nicht erwarten. Diese negative Prognose war jedenfalls deshalb gerechtfertigt, weil die Beklagte dem Kläger bereits mit Schreiben vom 30. Juni 1995 im Sinne einer vorweggenommenen Abmahnung (vgl. *LAG Hamm 12. September 1996 - 4 Sa 486/96 - LAGE BGB § 626 Nr. 105; KR-Fischermeier 5. Aufl. § 626 BGB Rn. 280 mwN*) für den Fall, daß er ab 3. Juli 1995 seinem Arbeitsplatz fernbleibe, den Ausspruch einer fristlosen Kündigung angedroht hatte.

c) Schließlich ist die außerordentliche Kündigung auch nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

Eine Kündigung ist nicht erst dann nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, wenn eine Unterrichtung des Betriebsrats ganz unterblieben, sondern schon dann, wenn diese nicht ordnungsgemäß erfolgt ist. Nach dem Grundsatz der subjektiven Determinierung ist der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Gründe mitgeteilt hat. Der Arbeitgeber hat die von ihm für maßgeblich erachteten Kündigungsgründe bei der Anhörung so zu umschreiben, daß der Betriebsrat ohne eigene Nachforschungen deren Stichhaltigkeit prüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig werden kann. Zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Information des Betriebsrats gehört auch die Unterrichtung über dem Arbeitgeber bekannte und von ihm als für eine Stellungnahme des Betriebsrats möglicherweise bedeutsam erkannte Tatsachen, die den Arbeitnehmer entlasten und gegen den Ausspruch einer Kündigung sprechen (*BAG 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - BAGE 78, 39*). Umstände, die dem Betriebsrat bereits vor Einleitung des Anhörungsverfahrens auf andere Weise bekannt geworden sind, muß der Arbeitgeber nicht nochmals mitteilen (*BAG 20. Mai 1999 - 2 AZR 532/98 - BAGE 91, 341*).



Vor Ausspruch der Kündigung kann der Arbeitgeber unzureichende Informationen gegenüber dem Betriebsrat jederzeit ergänzen. Nachträgliche Informationen können allerdings dazu führen, daß insoweit die Frist für die Stellungnahme des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG neu zu laufen beginnt (*BAG 6. Februar 1997 - 2 AZR 265/96 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 85 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 96*).

Soweit das Landesarbeitsgericht aufgrund der Vernehmung der Betriebsratsmitglieder L. und Ki. die Überzeugung gewonnen hat (§ 286 Abs. 1 ZPO), die Beklagte habe den Betriebsrat vor Ausspruch der fristlosen Kündigung ordnungsgemäß angehört, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe aufgrund der Aussagen der Betriebsratsmitglieder noch nicht beurteilen dürfen, ob die Anhörung umfassend erfolgt sei, sondern noch den Vorgesetzten des Klägers und die Personalreferentin vernehmen müssen, ist unbegründet. Der Kläger setzt lediglich seine Meinung an die Stelle der Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die keine Widersprüche bzw. Rechtsfehler erkennen läßt.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht nicht ausschließlich auf den Inhalt der schriftlichen Anhörung vom 4. Juli 1995 abgestellt, vielmehr auf den Kenntnisstand des Betriebsrats nach dem am 6. Juli 1995 geführten Gespräch, bei dem die Beklagte dem Personalausschuß des Betriebsrats ergänzende mündliche Informationen über die Kündigungsgründe erteilt hatte. Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG unterliegt keiner bestimmten Form; auch eine - ggf. ergänzende - mündliche Unterrichtung des Betriebsrats ist ausreichend (*BAG 6. Februar 1997 - 2 AZR 265/96 - aaO*). Nach den Angaben der Zeugen war der Betriebsrat am 6. Juli 1995 darüber informiert, weshalb der Kläger seine Tätigkeit nicht fortsetzen wollte, sowie über die Gründe, aus denen die Beklagte die Stelle in der kaufmännischen Vorhabensüberwachung für vertragsgemäß hielt. Dem Betriebsrat lagen am 6. Juli 1995 nicht nur die allgemeine Aufgabenbeschreibung für die Dienststelle Vorhabensüberwachung vor, sondern auch die vom 6. Juli 1995 datierende Beschreibung des Arbeitsplatzes des Klägers, die schriftliche Abmahnung vom 30. Juni 1995 und eine Kopie des Urteils des Arbeitsgerichts München vom 12. April 1995. Unabhängig davon, ob die Kenntnis des Betriebsrats vom Inhalt dieser Unterlagen überhaupt zur vollständigen Unterrichtung nach § 102 BetrVG erforderlich war, war der Betriebsrat jedenfalls am 6. Juli 1995 über alle für die Kündigungsabsicht der Beklagten maßgeblichen Gründe informiert, konnte deren Stichhaltigkeit prüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig werden. Da die Beklagte die Kündigungserklärung dem Kläger erst am Dienstag, den 11. Juli 1995 per Boten



übermittelt hat, war im Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung auch die dreitägige Stellungnahmefrist nach § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG abgelaufen.

Rost Bröhl Fischermeier

Bensinger Röder



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)