

Aktenzeichen: 2 AZR 640/93
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 23. Juni 1994
- 2 AZR 640/93 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 20. Mai 1992
- 9 Ca 4527/91 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 27. April 1993
- 9 Sa 963/92 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung in der Probezeit - Sicherheitsfachkraft

Gesetz:

ASiG §§ 5, 6, 16; LPVG NW §§ 72, 74

Leitsätze:

k e i n e

Hinweise des Senats:

Zur Unterscheidung von Einstellung und Bestellung nach §§ 5, 6, 16 ASiG (im Anschluß an Senatsurteil vom 24. März 1988 - 2 AZR 369/87 - BAGE 58, 69 = AP Nr. 1 zu § 9 ASiG)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 640/93

9 Sa 963/92 Köln

Verkündet am
23. Juni 1994

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

Jatz,
Reg.-Sekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1994 durch den Richter

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bitter als Vorsitzenden, die Richter Bröhl und Dr. Fischermeier sowie den ehrenamtlichen Richter Strümper und die ehrenamtliche Richterin Hayser für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 27. April 1993 - 9 Sa 963/92 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1991 aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 5. Oktober 1990 als "Angestellter" mit einem Bruttomonatsgehalt von 4.531,52 DM (VergGr. IV b BAT) bei der Beklagten eingestellt worden. Er hatte sich im Jahre 1990 aufgrund einer Stellenanzeige, in der die Beklagte eine Sicherheitsfachkraft für die Überwachung von zehn Mensen und 19 Wohnheimen suchte, bei der Beklagten beworben. Die Beklagte hielt den Kläger nach einem Vorstellungsgespräch wegen seiner früheren Tätigkeit als Techniker und Sicherheitsfachkraft für geeignet und teilte dem Personalrat mit Schreiben vom 26. September 1990 mit, sie beabsichtige, den Kläger ab 1. Januar 1991 als Sicherheitsfachkraft unbefristet einzustellen. Nach Zustimmung des Personalrats schlossen die Parteien den erwähnten Arbeitsvertrag, der eine Probezeit von sechs Monaten vorsah, in der das Arbeitsverhältnis ohne Angabe von Gründen von jeder Seite mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsschluß gekündigt werden konnte. Angaben über den vorgesehenen Aufgabenbereich sind in diesem Vertrag nicht enthalten. Mit Schreiben vom 17. Juni 1991 teilte die Beklagte dem Personalrat mit, sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis des Klägers



als Sicherheitsfachkraft im K Studentenwerk innerhalb der Probezeit zu kündigen; sie führte dabei als Begründung an, die Arbeitsleistung des Klägers entspreche nicht ihren Vorstellungen, der Kläger beginne viele Projekte, ohne sie im vorgegebenen Zeitrahmen zum Abschluß zu bringen; er besitze nicht das nötige Durchsetzungsvermögen und habe erhebliche Integrationsschwierigkeiten beim vorhandenen Personal. Der Personalrat widersprach dieser Maßnahme mit Schreiben vom 19. Juni 1991, und zwar unter Anführung detaillierter Gründe. Die Beklagte kündigte jedoch mit Schreiben vom 25. Juni 1991 das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 1991.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er sei mit Zustimmung des Personalrats als Fachkraft für Arbeitssicherheit nach dem Arbeitssicherheitsgesetz bestellt worden. Die fehlende Zustimmung des Personalrats zur Abberufung führe zur Unwirksamkeit der Beendigungskündigung, da diese auf Gründe gestützt werde, die sachlich mit der Tätigkeit als Sicherheitsfachkraft in untrennbarem Zusammenhang stünden. Die schriftliche Bestellung zur Sicherheitsfachkraft ergebe sich aus der Tatsache, daß er sowohl im Geschäftsbericht 1990 als auch in einer Veröffentlichung des technischen Notdienstes von der Beklagten als solche bezeichnet werde. Auch in einem Schreiben des stellvertretenden Geschäftsführers vom 12. April 1991 werde er in der Grußformel als "Fachkraft für Arbeitssicherheit" angesprochen. Ebenso werde von der Geschäftsleitung in einem Schreiben vom 10. Januar 1991 an alle Abteilungsleiter mitgeteilt, er, der Kläger, sei als Sicherheitsfachkraft eingestellt worden. Der Kläger hat im übrigen auf eigene Rundschreiben unter dem Titel "Die Sicherheitsfachkraft infor-



miert" verwiesen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 25. Juni 1991 nicht zum 31. Juli 1991 beendet werde und die Beklagte verpflichtet sei, ihn über den 31. Juli 1991 hinaus zu unveränderten Bedingungen zu beschäftigen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Ansicht vertreten, für eine wirksame Bestellung als Sicherheitsfachkraft i.S.d. ASiG sei die Überreichung einer Bestellungsurkunde erforderlich gewesen. Der Kläger sei auch nicht als Sicherheitsfachkraft, sondern als "Angestellter" eingestellt worden. Soweit sich der Kläger auf eine konkludente Bestellung zur Sicherheitsfachkraft berufe, widerspreche dies der erforderlichen Form gem. § 125 BGB, §§ 5, 16 ASiG. Auch sei die Berufung des Klägers auf eine konkludente Bestellung als Sicherheitsfachkraft rechtsmißbräuchlich, weil er gewußt habe, daß es zu einer wirksamen Bestellung gem. den Vorschriften des ASiG i.Verb.m. § 1 des Runderrlasses des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. November 1979 der Aushändigung einer Bestellungsurkunde bedurft hätte. Die Beklagte hat insoweit darauf verwiesen, der Kläger habe ihren stellvertretenden Geschäftsführer nach Beginn des Beschäftigungsverhältnisses mehrfach um die Aushändigung der Bestellungsurkunde gebeten, eine solche jedoch nicht erhalten.



Im übrigen sei sie objektiv gar nicht in der Lage, für eine "Abberufung" des Klägers als Sicherheitsfachkraft gem. § 72 Abs. 2 Ziff. 6 LPVG NW zu sorgen, weil sie hieran durch den Spruch einer Einigungsstelle gehindert werde, die mit der Sache nach Ausspruch der Kündigung und verweigerter Zustimmung des Personalrats befaßt worden sei. Die Einigungsstelle habe nämlich am 14. Oktober 1991 entschieden, sie sei nicht zuständig für eine Abberufung des Klägers, weil dieser bisher nicht rechtswirksam als Sicherheitsfachkraft bestellt worden sei.

Das Arbeitsgericht hat nach Abtrennung einer Klageerweiterung auf Zahlung dem obigen Antrag in vollem Umfang entsprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht diese Entscheidung abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die dem Kläger in der Probezeit fristgemäß ausgesprochene Kündigung ist nicht rechtsunwirksam.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung vom 25. Juni 1991 scheitere nicht an einer fehlerhaften Beteiligung des Personalrats nach § 72 Abs. 4 Ziff. 6 LPVG NW, weil der Kläger nicht wirksam zur Sicherheitsfachkraft i.S.d. ASiG bestellt worden sei. Es fehle vorliegend an einer formellen Bestellung nach § 5 ASiG und



einer Übertragung der in § 6 ASiG genannten Aufgaben. Der Arbeitsvertrag der Parteien enthalte insofern keine Angaben zur Bestellung bzw. zur Übertragung der Aufgaben und der Verantwortung eines Sicherheitsbeauftragten. Zwar folge aus dem Schreiben der Beklagten an den Personalrat und aus dem sonstigen Schriftwechsel, daß der Kläger Tätigkeiten ausüben sollte und auch ausgeübt habe, wie sie typischerweise von einer Fachkraft für Arbeitssicherheit wahrgenommen würden. Die für die Bestellung i.S.d. ASiG erforderliche Einigung beinhalte aber darüber hinaus auch den Willen zur Übertragung entsprechender Verantwortlichkeiten, die alsdann den verstärkten Kündigungsschutz des § 72 Abs. 4 Ziff. 6 LPVG NW bedinge. Gerade die mehrfache Zurückweisung des Wunsches nach Aushändigung einer Bestellsurkunde i.S.d. ASiG belege jedoch den fehlenden Willen der Beklagten, dem Kläger bereits vor Ablauf der arbeitsvertraglich vereinbarten Probezeit eine derartige Rechtsstellung einzuräumen.

Die Berufung der Beklagten auf die mangelnde Form der Bestellung verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn - wie hier - beide Parteien Kenntnis vom Formverstoß gehabt hätten. Im übrigen sei es auch im Hinblick auf die nicht unerhebliche Übertragung persönlicher Verantwortlichkeit nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte während der Probezeit von einer Bestellung des Klägers als Sicherheitsfachkraft abgesehen habe, um sich zunächst ein Bild über die Kenntnisse und Fähigkeiten des Klägers zu verschaffen.

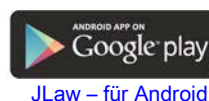
II. Dem folgt der Senat. Eine rechtsfehlerhafte Beurteilung durch das Landesarbeitsgericht liegt nicht vor; insbesondere ist



die dem Kläger ausgesprochene Kündigung nicht deshalb rechtsunwirksam, weil etwa der Personalrat fehlerhaft beteiligt worden wäre.

1. Mangels Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes - die im Streit stehende Kündigung vom 25. Juni 1991 ist innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen worden (§ 1 Abs. 1 KSchG) - käme eine Unwirksamkeit der Kündigung nur in Betracht, wenn ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 72 Abs. 4 Ziff. 6 LPVG NW vorläge. Nach dieser Vorschrift hat der Personalrat mitzubestimmen über die Bestellung und Abberufung von Vertrauens- und Betriebsärzten und Sicherheitsfachkräften. Unstreitig hat zwar die Beklagte ein formelles Abberufungsverfahren des Klägers als Sicherheitsfachkraft aus Anlaß der Kündigung vom 25. Juni 1991 gemäß § 72 Abs. 4 Ziff. 6 LPVG NW nicht eingeleitet, sondern sie hat den Personalrat lediglich gemäß § 74 LPVG beteiligt. Der Kläger war jedoch nicht zur Sicherheitsfachkraft "bestellt".

a) Der Senat hat bereits im Urteil vom 24. März 1988 (- 2 AZR 369/87 - BAGE 58, 69 = AP Nr. 1 zu § 9 ASiG) aus Anlaß der Kündigung einer Betriebsärztin zu dem Nebeneinander der Abberufung nach § 9 Abs. 3 Satz 1 ASiG und der Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers Stellung genommen. Er hat dazu ausgeführt (BAGE 58, 69, 76 f. = AP, aaO, zu C I 1 der Gründe), die kollektivrechtliche Zustimmung des Betriebsrats (hier des Personalrats) zur Abberufung eines Betriebsarztes (hier einer Sicherheitsfachkraft) sei als Wirksamkeitsvoraussetzung auch für den individualrechtlichen Gestaltungsakt der Kündigung nicht unmittelbar § 9



Abs. 3 ASiG zu entnehmen. Denn es sei grundsätzlich zwischen dem Zustimmungsrecht nach § 9 Abs. 3 Satz 1 ASiG und den Beteiligungsrechten bei den personellen Einzelmaßnahmen – hier §§ 72 Abs. 4 Ziff. 6, 74 LPVG NW – zu unterscheiden.

Für die Beendigungskündigung, die die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und das Ausscheiden aus dem Betrieb bewirken soll, sieht § 74 LPVG NW für die Kündigung während der Probezeit nur vor, dem Personalrat Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies ist hier geschehen. Für die Abberufung, mit der die Entbindung von den Aufgaben einer Sicherheitsfachkraft erreicht werden soll, ist jedoch in § 9 Abs. 3 Satz 1 ASiG und § 72 Abs. 4 Ziff. 6 LPVG NW ein Zustimmungsrecht vorgesehen. Da hier die Beklagte mit der Beendigungskündigung zugleich den Zweck verfolgte, den Kläger endgültig aus dem Betrieb zu entfernen, was einer Abberufung gleich käme, wäre das Mitbestimmungsrecht des Personalrats verletzt und damit auch eine Unwirksamkeit der Kündigung indiziert, wenn der Kläger Sicherheitsfachkraft im Sinne des Arbeitssicherheitsgesetzes gewesen wäre.

b) Das Landesarbeitsgericht hat hier angenommen, der Kläger sei nicht zur Sicherheitsfachkraft bestellt worden. Es hat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Senats vom 24. März 1988 (BAGE 58, 69, 91 = AP, aaO, zu C II 2 der Gründe) ausgeführt, die nach § 5 ASiG erforderliche Voraussetzung einer (schriftlichen) Bestellung sei nicht erfüllt, weil keine Erklärung des Arbeitgebers vorliege, den Kläger als Sicherheitsfachkraft zur Durchführung der im Gesetz genannten Aufgaben zu verpflichten, und zwar unter genauer

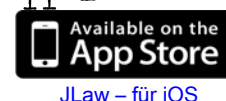


Beschreibung der zu übertragenden Aufgaben (§ 6 ASiG) und der Annahme dieser Verpflichtung durch die Sicherheitsfachkraft. Das Landesarbeitsgericht hat dies unter Auswertung des Arbeitsvertrages der Parteien und der vom Kläger vorgelegten Urkunden geschlossen, woran der Senat gemäß § 561 ZPO gebunden ist. Ob die Parteien den Willen hatten, außer der Einstellung des Klägers als Arbeitnehmer auch dessen Bestellung zur Sicherheitsfachkraft vorzunehmen, ist eine Tatsachenfrage im Zusammenhang mit der Auslegung von Willenserklärungen (vgl. dazu BAG Urteile vom 16. Mai 1964 - 5 AZR 534/63 - und vom 27. Oktober 1964 - 5 AZR 117/64 - AP Nr. 1 und 2 zu § 157 BGB). Eine solche Tatsachenfeststellung bindet das Revisionsgericht, sofern dagegen keine zulässigen und begründeten Revisionsangriffe erhoben sind (§ 561 Abs. 2 ZPO).

c) Gegen diese tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Revision indessen keine begründeten Revisionsrügen im Sinne von § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO erhoben. Sie beschränkt sich im Grunde genommen auf die pauschale Argumentation (Revisionsbegründung Seite 7), an der Bestellung des Klägers zur Sicherheitsfachkraft könne "ein ernsthafter Zweifel nicht bestehen"; gestritten werden könne lediglich darüber, ob die Bestellung gegebenenfalls wegen Nichteinhaltung von Formvorschriften unwirksam sei. Insofern bezieht sich die Revision auf die bereits vom Landesarbeitsgericht ausgewerteten, eben mit anderem Ergebnis gewürdigten Urkunden. Dabei setzt die Revision lediglich ihre Würdigung an die Stelle derer des Berufungsgerichts, was jedoch im Hinblick auf § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO nicht genügen kann. Bei dem vom Kläger vorgelegten Urkundenmaterial (Veröffentlichung des



technischen Notdienstes, Schreiben vom 12. April 1991, Geschäftsbericht 1990) handelt es sich um nichttypische Erklärungen, die vom Revisionsgericht ohnehin nur daraufhin überprüft werden können, ob die Auslegung des Berufungsgerichts mit den Denkgesetzen oder dem Wortlaut vereinbar ist, ob anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt sind oder ob wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist (BAGE 4, 360 = AP Nr. 15 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAGE 5, 221 = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tarifloohnerhöhung; BAGE 22, 424 = AP Nr. 33 zu § 133 BGB). Die Revision zeigt aber nicht auf, was an der Auslegung der erwähnten Schriftstücke falsch sein soll. Das gilt auch im Hinblick auf das von der Revision jetzt zitierte Rundschreiben des Abteilungsleiters der Beklagten vom 10. Januar 1991, mit dem sich das Berufungsgericht zwar nicht expressiv verbis auseinandergesetzt hat, das aber im Wortlaut inhaltlich auf dasselbe hinausläuft, was das Landesarbeitsgericht auch anhand der Bezeichnung des Klägers im Geschäftsbericht 1990/91 und der Mitteilung über den technischen Notdienst ausgeführt hat, nämlich daß hier immer nur davon die Rede sei, der Kläger sei als Sicherheitsfachkraft "eingestellt". Das Landesarbeitsgericht hat dies zusammenfassend dahin gewürdigt, die vom Kläger überreichten Unterlagen ließen zwar erkennen, daß er Tätigkeiten einer Fachkraft für Arbeitssicherheit wahrgenommen habe, ohne daß daraus indessen zu entnehmen sei, die Beklagte habe darüber hinaus den Willen gehabt, den Kläger zur Durchführung der im Gesetz genannten Aufgaben gemäß §§ 5, 6 ASiG in Form einer Bestellung zu verpflichten. Dagegen spreche die mehrfache Zurückweisung des Wunsches des Klägers nach Aushändigung einer Bestellungsurkunde im Sinne des Arbeitssicherheits-



gesetzes; gerade dies zeige nach Ansicht des Gerichtes den fehlenden Willen der Beklagten auf, dem Kläger bereits vor Ablauf der arbeitsvertraglich vereinbarten Probezeit eine derartige Rechtsstellung einzuräumen.

Eben diese Festellungen werden von der Revision nicht mit revisionsrechtlich erheblichen Rügen angegriffen. Soweit die Revision nunmehr geltend machen will, der Kläger habe eine schriftliche Bestellung als Sicherheitsfachkraft nicht angemahnt, sondern lediglich die Aushändigung einer Legitimationsurkunde über die erfolgte Bestellung, wird damit die tatsächliche Feststellung des Landesarbeitsgerichts, zu einer derartigen Bestellung sei es nicht gekommen, nicht entkräftet. Das Berufungsgericht hat im übrigen darauf hingewiesen, es sei im Hinblick auf die mit der Bestellung als Sicherheitsfachkraft verbundene Übernahme einer nicht unerheblichen persönlichen Verantwortlichkeit nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte während der Probezeit von einer Bestellung des Klägers als Sicherheitsfachkraft abgesehen habe, um sich zunächst ein Bild über die Kenntnisse und Fähigkeiten des Klägers zu verschaffen. Dies ist zutreffend; anderenfalls würde die ausdrückliche, von den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Probezeitvereinbarung weitgehend wirkungslos.

d) Soweit die Revision rügt, es könne allenfalls darüber gestritten werden, ob die Bestellung wegen Nichteinhaltung von Formvorschriften unwirksam sei, kommt es darauf nach dem vorher Gesagten nicht mehr an. Liegt schon keine Bestellung i. S. der Vorschriften des Arbeitssicherheitsgesetzes vor, ist die Frage der Einhaltung von Formvorschriften nicht mehr relevant. Das Lan-



des Arbeitsgericht hatte seine Entscheidung auf den Formgesichtspunkt auch nur mit einer alternativen Hilfsbegründung (... darüber hinaus folgt die Unwirksamkeit der Bestellung auch aus der Nichteinhaltung bestehender Formvorschriften) gestützt. Demnach ist auch die weitere Revisionsrüge unerheblich, die Berufung der Beklagten auf die mangelnde Form verstoße entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts gegen Treu und Glauben.

e) Soweit anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem Senat der Kläger auf die Regelung in § 1 Abs. 2 Unterabs. 4 der Richtlinie für den betriebsärztlichen u. sicherheitstechnischen Dienst in den Verwaltungen und Betrieben des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. Februar 1979 hinweisen ließ, führt auch dies in der Sache nicht weiter, weil dort nur die Erfüllung der Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers entsprechend den Anforderungen gemäß § 16 ASiG angesprochen ist. Dabei ist im übrigen wiederum ausdrücklich davon die Rede, die Verpflichtung zur Bestellung einer Arbeitssicherheitsfachkraft werde entweder durch die Einstellung einer eigenen Fachkraft, einer solchen in freier Mitarbeit oder durch Anschluß an einen sicherheitstechnischen Dienst erfüllt. Damit wird also das Erfordernis einer Bestellung nicht außer Kraft gesetzt.

Bitter

Dr. Fischermeier

(zugleich für den
urlaubsabwesenden
Richter Bröhl)

Strümper

Hayser



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)