

Aktenzeichen: 7 AZR 437/80

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 18. August 1982
- 7 AZR 437/80 -

I. Arbeitsgericht
Oldenburg

Urteil vom 18. April 1980
- 2 Ca 229/80 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 23. Juli 1980
- 4 Sa 45/80 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Beschlußfähigkeit des Betriebsrats; Anwend. d. § 22 BetrVG

Gesetz: BetrVG § 102 Abs. 2, § 22, § 23, § 33 Abs. 2, § 9;
KSchG § 1 Abs. 1

Leitsatz:

Ist ein Betriebsrat für die Dauer der Äußerungsfristen des § 102 Abs. 2 BetrVG beschlußunfähig i. S. des § 33 Abs. 2 BetrVG, weil in dieser Zeit mehr als die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Amtsausübung verhindert ist und nicht durch Ersatzmitglieder vertreten werden kann, so nimmt der Rest-Betriebsrat in entsprechender Anwendung des § 22 BetrVG die Mitbestimmungsrechte des § 102 Abs. 2 BetrVG wahr.

Hinweise des Senats:

Analoge Anwendung des § 22 BetrVG bei zeitweiliger Verhinderung von Betriebsratsmitgliedern.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 437/80

4 Sa 45/80 Niedersachsen

Verkündet am
18. August 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom 18. August 1982 durch den Vorsitzenden Richter Bichler, die Richter Roeper und Dr. Becker sowie die ehrenamtlichen Richter Neumann und Dr. Gentz für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. Juli 1980 – 4 Sa 45/80 – wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer von der Beklagten mit Schreiben vom 12. Januar 1980 ausgesprochenen ordentlichen Kündigung.

Die Klägerin war seit dem 15. Juli 1979 als Buchhalterin gegen ein Bruttomonatsgehalt von zuletzt 2.200,-- DM bei der Beklagten beschäftigt. Am 27. Dezember 1979 teilte der Personalsachbearbeiter dem Betriebsratsvorsitzenden mit, die Beklagte müsse sich wahrscheinlich wegen unzureichender Arbeitsleistungen von der Klägerin trennen. Am 29. Dezember 1979 annoncierte die Beklagte nach einer Ersatzkraft für die Klägerin. Am selben Tag rief die Klägerin den Geschäftsführer der Beklagten an und brachte ihre Verwunderung über die Anzeige zum Ausdruck. Dieser lehnte es ab, die Klägerin am Telefon über die Kündigungsgründe zu unterrichten, erklärte sich aber zu einem persönlichen Gespräch mit ihr bereit. Da die Klägerin bis einschließlich 7. Januar 1980 arbeitsunfähig erkrankt war und an den folgenden Tagen dringende geschäftliche Termine anstanden, wurde ein Gesprächstermin für den 14. Januar 1980 vereinbart. An diesem Tag erschien die Klägerin aber nach der Mittagspause nicht mehr zur Arbeit, da sie erneut arbeitsunfähig erkrankt war, so daß das vereinbarte Gespräch nicht stattfinden konnte. Ebenfalls am 14. Januar 1980 legte der Personalsachbearbeiter dem Betriebsratsvorsitzenden ein an die Klägerin gerichtetes Kündigungsschreiben vom 12. Januar 1980 zur Mitunterzeichnung vor. Nachdem dem Betriebsratsvorsitzenden die Kündigungsgründe nochmals erläutert worden waren, erklärte er, dies seien fachliche Gründe, gegen die er keine Einwendungen geltend machen könne. Anschließend unterzeichnete der Betriebsratsvorsitzende das Kündigungsschreiben und überbrachte es der Klägerin. Der Betriebsrat bei der Beklagten bestand damals aus drei Mitgliedern: Dem Betriebsratsvorsitzenden B., dem als Ersatzmitglied nachgerückten Kraftfahrer M., der am 14. Januar 1980 für mindestens acht weitere Tage im Urlaub war und dem Angestellten Z., der seit Dezember 1979 arbeitsunfähig erkrankt und am 14. Januar 1980 noch nicht im Betrieb war.



Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht und ausgeführt, der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. Es fehle auch an Kündigungsgründen im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Sie könne sich auf das Kündigungsschutzgesetz berufen, da die Beklagte ihr einen Tag vor Ablauf der Wartefrist gekündigt habe, um die Wirkungen des Kündigungsschutzgesetzes zu vereiteln. Die Klägerin hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die mit Schreiben vom 12. Januar 1980 ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst ist, sondern weiter fortbesteht. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Betriebsrat sei schon am 27. Dezember 1979 unter Angabe der einzelnen Kündigungsgründe über die von ihr beabsichtigte Kündigung der Klägerin durch den Personalsachbearbeiter unterrichtet worden. Da der Betriebsrat innerhalb der Wochenfrist keine Stellung genommen habe, sei sie danach zum Ausspruch der Kündigung berechtigt gewesen. Sie habe sich wegen schlechter Arbeitsleistungen der Klägerin schon kurz vor Weihnachten zur Kündigung entschlossen gehabt, so daß von einer treuwidrigen Vereitelung des Kündigungsschutzes nicht die Rede sein könne.

Das Arbeitsgericht hat nach Vernehmung des Betriebsratsvorsitzenden als Zeugen die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12. Januar 1980 am 31. März 1980 beendet worden ist.

I. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam, denn der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Kündigung am 14. Januar 1980 ordnungsgemäß angehört worden.



1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, daß der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG auch anzuhören ist, wenn die beabsichtigte Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen werden soll und daß an diese Anhörung keine geringeren Anforderungen zu stellen sind als an die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, auf die das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist (vgl. BAG 30, 386, BAG 31, 1 und 83 = AP Nr. 17 - 19 zu § 102 BetrVG 1972).

2. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht verneint, daß die Beklagte bereits Ende Dezember 1979 die Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Kündigung eingeleitet hat, denn nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte damals gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden lediglich geäußert, sich wahrscheinlich von der Klägerin trennen zu wollen, dabei aber einen genauen Beendigungszeitraum nicht angegeben (vgl. dazu u. a. BAG 26, 27 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972).

3. Ebenfalls zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß die Beklagte am 14. Januar 1980 das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet hat und nach der von dem Betriebsratsvorsitzenden erklärten Zustimmung die Kündigung noch am selben Tage aussprechen durfte.

a) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte am 14. Januar 1980 dem Betriebsratsvorsitzenden die Gründe für ihre Kündigungsabsicht näher erläutert und durch Vorlage des Kündigungsschreibens auch den Beendigungszeitpunkt mitgeteilt. Mit diesen Angaben hat die Beklagte die ihr im Rahmen des Anhörungsverfahrens obliegenden Mitteilungspflichten erfüllt.

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht die Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden zu der beabsichtigten Kündigung der Klägerin als abschließende Stellungnahme des Betriebsrats angesehen.

aa) Zur Begründung seiner Auffassung hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, der Betriebsrat sei am 14. Januar 1980 zwar nicht beschlußfähig gewesen, wenn man von der nach § 9 BetrVG gesetzlich vorgeschriebenen Zahl der Betriebsratsmitglieder ausgehe. Dies führe häufig dazu, daß trotz Anwesenheit eines Betriebsratsmitgliedes ein handlungsfähiger Betriebsrat nicht

existiere. Da eine sinngemäße Anwendung des § 11 BetrVG allgemein für zulässig erachtet werde, wenn sich trotz einer hinreichenden Zahl wählbarer Arbeitnehmer nicht genügend Arbeitnehmer für ein Betriebsratsamt zur Verfügung stellen wollten, so könne in weiterer entsprechender Anwendung des § 11 BetrVG, der auch der Schutzgedanke von § 102 Abs. 1, § 99 Abs. 1 BetrVG nicht entgegenstehe, angenommen werden, daß bei nicht nur kurzfristiger Verhinderung der übrigen Betriebsratsmitglieder, für die auch keine Ersatzmitglieder nachrücken könnten, eine wirksame Entscheidung des Betriebsrats auch von den verbliebenen Mitgliedern getroffen werden könne, ähnlich wie auch ein Restmandat des Betriebsrats nach Stilllegung des Betriebs in der Rechtsprechung bejaht werde. Diese Auffassung vermeide auch, daß der Arbeitgeber in dieser Situation so handeln könne, als ob kein Betriebsrat existiere. Hierin liege auch keine unzulässige Übertragung von Rechten auf den Betriebsratsvorsitzenden, sondern eine Verlagerung der Aufgaben des Betriebsrats auf ein Mitglied wegen längerer, wenn auch vorübergehender, Abwesenheit der übrigen Betriebsratsmitglieder.

bb) Der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Im einzelnen gilt folgendes: Die dem Arbeitgeber gemäß § 102 BetrVG obliegende Verpflichtung, den Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören, setzt das Vorhandensein eines Betriebsrats voraus. Im Schrifttum wird überwiegend angenommen, eine Anhörung des Betriebsrats sei entbehrlich, wenn er z. B. wegen urlaubsbedingter Abwesenheit funktionsunfähig sei (vgl. Barwasser, DB 1976, 914; Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rz 29; Kamann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 102 Rz 16; Meisel, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 4. Aufl., S. 26; Stege/Weinspach, BetrVG, 4. Aufl., § 102 Rz 43 c und KR-Etzel, § 102 BetrVG Rz 24). Entscheidend kommt es auf diese Frage im vorliegenden Fall nicht an: Funktionsunfähig ist der Betriebsrat insbesondere dann, wenn alle Betriebsrats- und Ersatzmitglieder nicht nur kurzfristig, d. h. nicht nur für wenige Tage, an der Ausübung ihres Amtes verhindert sind (vgl. KR-Etzel, aaO). Der Betriebsrat wird allerdings noch nicht



dadurch funktionsunfähig, daß ein Teil seiner Mitglieder ausgeschieden oder zeitweilig verhindert ist, da in diesem Fall gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ein Ersatzmitglied nachrückt. Sind aber Ersatzmitglieder nicht mehr vorhanden, die für die ausgeschiedenen oder verhinderten Betriebsratsmitglieder in den Betriebsrat nachrücken können, so kann dies dazu führen, daß der Betriebsrat gemäß § 33 Abs. 2 BetrVG nicht mehr beschlußfähig ist, wenn nicht mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Beschlußfassung teilnimmt (zum Begriff der Mitgliederzahl vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 13. Aufl. 1981, § 33 Rz 9).

Für diesen Fall ist § 22 BetrVG entsprechend anzuwenden. Diese Vorschrift sieht u. a. vor, daß der Rest-Betriebsrat die Geschäfte weiterführt, bis ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekanntgegeben ist, wenn die Gesamtzahl der Betriebsratsmitglieder auch nach Eintreten sämtlicher Ersatzmitglieder unter die nach §§ 9, 11 BetrVG vorgeschriebene Zahl gesunken ist. In diesem Fall ist für die Beschlußfähigkeit des Betriebsrats von der Zahl der noch vorhandenen Betriebsratsmitglieder auszugehen, und der Betriebsrat ist beschlußfähig, wenn mindestens die Hälfte der noch vorhandenen Mitglieder an der Beschlußfassung teilnimmt (vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl. 1981, § 33 Rz 5; Fitting/Auffarth/Kaiser, aaO; GK-Wiese, BetrVG, § 33 Rz 7).

Ist ein Betriebsrat vorübergehend beschlußunfähig (vgl. § 33 Abs. 2 BetrVG), weil ein Teil der Betriebsratsmitglieder zeitweilig verhindert ist, so kommt eine Neuwahl, die nur bei dauerndem Wegfall von Betriebsratsmitgliedern durchzuführen ist, nicht in Betracht (vgl. Dietz/Richardi, aaO, § 13 Rz 21; Fitting/Auffarth/Kaiser, aaO, § 13 Rz 25; Meisel, aaO, S. 26). In entsprechender Anwendung des § 22 BetrVG sind aber die verbleibenden Mitglieder als befugt anzusehen, während der Zeit der Verhinderung die Geschäfte des Betriebsrats weiterzuführen (vgl. Meisel, aaO). Demgemäß ist für die Beschlußfähigkeit des Betriebsrats von der Zahl der die Geschäfte weiterführenden Betriebsratsmitglieder auszugehen und der Betriebsrat beschlußfähig, wenn mindestens die Hälfte der verbleibenden Betriebsratsmitglieder an der Beschlußfassung teilnimmt (vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, aaO, § 33 Rz 9).



Dieser analogen Anwendung des § 22 BetrVG steht nicht entgegen, daß es sich bei § 22 BetrVG um eine Ausnahmebestimmung handelt (vgl. Galperin/Löwisch, BetrVG, Bd. 1, 6. Aufl. 1982, § 22 Rz 2), denn in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmegesetzgebung ist eine Analogie statthaft. Mit der Regelung des § 22 BetrVG soll gewährleistet werden, daß die Belegschaft auch dann durch den Betriebsrat vertreten bleibt und die dem Betriebsrat obliegenden Aufgaben und Rechte, insbesondere die ihm eingeräumten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte, wahrgenommen werden können, wenn die Gesamtzahl der Betriebsratsmitglieder sich verringert hat. Diesem Grundgedanken entspricht nicht nur der gesetzlich geregelte Fall, bei dem die Gesamtzahl der Betriebsratsmitglieder nach Eintreten sämtlicher Ersatzmitglieder wegen Ausscheidens von Betriebsratsmitgliedern gesunken ist, er hat auch zu gelten, wenn der Betriebsrat zeitweilig beschlußunfähig ist, weil ein Teil der Betriebsratsmitglieder an der Amtsausübung zeitweilig verhindert ist und keine Ersatzmitglieder mehr zur Verfügung stehen. Allerdings ist die Weiterführung der Betriebsratsgeschäfte durch die restlichen Betriebsratsmitglieder im Bereich des § 102 BetrVG nur dann erforderlich, wenn die Verhinderung der abwesenden Betriebsratsmitglieder bis nach Ablauf der Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG andauert.

cc) Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den Streitfall ergibt, daß der Betriebsratsvorsitzende befugt war, für den Betriebsrat am 14. Januar 1980 zu der Kündigungsabsicht der Beklagten allein Stellung zu nehmen, denn nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts waren die beiden anderen Mitglieder des dreiköpfigen Betriebsrats wegen Krankheit von unbestimmter Dauer und Urlaubs über die Wochenfrist hinaus verhindert, an der Beschlußfassung über die Stellungnahme des Betriebsrats teilzunehmen. Die verhinderten Betriebsratsmitglieder konnten auch durch Ersatzmitglieder nicht vertreten werden; der Betriebsratsvorsitzende war bei der Durchführung des Anhörungsverfahrens das einzige Betriebsratsmitglied im Betrieb.



Wenn die Revision meint, die Beklagte hätte dem Betriebsratsvorsitzenden Gelegenheit geben müssen, binnen der Wochenfrist des § 102 BetrVG noch eine Entscheidung des ganzen Betriebsrats herbeizuführen, verkennt sie, daß nicht die Beklagte, sondern der Betriebsratsvorsitzende als einziges im Betrieb bei Einleitung des Anhörungsverfahrens anwesendes Betriebsratsmitglied darüber zu befinden hatte, ob er bereits vor Ablauf der Wochenfrist zu der Kündigungsabsicht für den Betriebsrat abschließend Stellung nehmen will.

c) Teilt der Betriebsrat vor Ablauf der Wochenfrist dem Arbeitgeber mit, er stimme der beabsichtigten Kündigung zu, so ist das Anhörungsverfahren abgeschlossen und der Arbeitgeber kann die Kündigung aussprechen, ohne den Ablauf der Wochenfrist abwarten zu müssen (ständige Rechtsprechung, vgl. u. a. BAG 28, 81 = AP Nr. 8 zu § 102 BetrVG 1972 und KR-Etzel, § 102 BetrVG Rz 103). Die Beklagte konnte daher ohne Verletzung des § 102 BetrVG im Anschluß an die von dem Betriebsratsvorsitzenden erklärte Zustimmung zur Kündigung der Klägerin die Kündigung aussprechen, denn der allein anwesende Betriebsratsvorsitzende war befugt, die Geschäfte des Betriebsrats während der Verhinderung der anderen Betriebsratsmitglieder weiterzuführen.

Selbst wenn aber dem Betriebsratsvorsitzenden im vorliegenden Fall im Anhörungsverfahren Fehler unterlaufen sein sollten, so fielen derartige Fehler doch in den Verantwortungsbereich des Betriebsrats und nicht in den des Arbeitgebers (vgl. BAG 27, 209, 213 = AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972, zu II der Gründe, mit zustimmender Anmerkung von Meisel), weil dem Arbeitgeber bekannt war, daß die zwei anderen Betriebsratsmitglieder infolge Erkrankung und Urlaubs verhindert waren. Dies folgt aus dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 23. Juli 1980, auf den das Landesarbeitsgericht auf S. 6 seines Urteils Bezug genommen hat. Dieser Fall liegt daher anders als die Fälle, in denen der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden eines beschlußfähigen Betriebsrats eine beabsichtigte Kündigung mitteilt und spontan die Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden erhält (vgl. BAG 26, 27 = AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972). Dann kann und muß der Arbeitgeber erkennen,



daß eine Beratung und Beschlußfassung des Betriebsrats nicht stattgefunden haben konnte.

d) Die Ansicht, daß während der Beschlußunfähigkeit des Betriebsrats wegen Verhinderung seiner Mitglieder eine Kündigung nicht möglich sei, wird, soweit ersichtlich, nicht vertreten. Der Senat hält, wie unter I 3 b ausgeführt, eine analoge Anwendung des § 22 BetrVG für angebracht.

II. Die ordentliche Kündigung der Beklagten ist auch nicht gemäß § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam, denn das Kündigungsschutzgesetz ist nicht anwendbar. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin hat am 15. Juli 1979 begonnen und hat bei Zugang der Kündigung am 14. Januar 1980 noch nicht länger als sechs Monate bestanden (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG). Der Nichteintritt des Kündigungsschutzes ist von der Beklagten auch nicht treuwidrig vereitelt worden.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß es für den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht in jedem Fall auf die Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit ankommt, sondern ausnahmsweise in entsprechender Anwendung des § 162 BGB der Arbeitnehmer so zu behandeln ist, als wäre die Wartezeit bereits erfüllt, wenn der Arbeitgeber die Kündigung nur ausspricht, um entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes zu vereiteln. Zu berücksichtigen bleibt aber, daß nach dem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 1 KSchG der Arbeitgeber während der gesamten Wartefrist frei kündigen kann. Im Interesse der Rechtssicherheit muß eine gesetzlich festgelegte Frist genau beachtet werden (vgl. BAG 4, 306, 309 f. = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG, unter I der Gründe; BAG 31, 83, 86 f. = AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972, unter I 1 der Gründe; Hueck, KSchG, 10. Aufl. 1980, § 1 Rz 25; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 51; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, Rz 453). Nicht schon jede kurz vor Erfüllung der Wartezeit ausgesprochene Kündigung kann daher als treuwidrige Vereitelung des Eintritts des Kündigungsschutzes angesehen werden. Der Rechtsgedanke des § 162 BGB greift nicht schon dann



ein, wenn der Arbeitgeber bereits während der Wartezeit kündigt, obwohl dies zur Wahrung der nach Gesetz oder Vertrag zu beachtenden Kündigungsfrist nicht erforderlich gewesen wäre. Eine analoge Anwendung des § 162 BGB kommt erst dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Kündigung nur deshalb vor Ablauf der sechsmonatigen Wartefrist erklärt, um den Eintritt des Kündigungsschutzes zu verhindern und wenn dieses Vorgehen unter Berücksichtigung der im Einzelfall gegebenen Umstände gegen Treu und Glauben verstößt (vgl. BAG 4, 306 = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG; BAG 31, 83 = AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972, aaO; KR-Becker, aaO; Stahlhacke, aaO). Kündigt der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Wartefrist, um z. B. einen Rechtsstreit über die etwaige Sozialwidrigkeit der Kündigung zu vermeiden, so liegt hierin noch kein Verstoß gegen Treu und Glauben, der Arbeitgeber übt lediglich die ihm gemäß § 1 Abs. 1 KSchG eingeräumte Kündigungsfreiheit aus (vgl. BAG 31, 83 = AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972, unter I 1 der Gründe). Um eine kurz vor Ablauf der Wartefrist ausgesprochene Kündigung als treuwidrig erscheinen zu lassen, müssen daher weitere Umstände gegeben sein.

2. Zwar hat die Beklagte erst unmittelbar vor Ablauf der Wartezeit, und früher als zur Wahrung der Kündigungsfrist nötig, gekündigt. Dies allein reicht aber, wie bereits ausgeführt, für eine entsprechende Anwendung des § 162 BGB noch nicht aus. Wenn das Landesarbeitsgericht hier ein treuwidriges Verhalten der Beklagten deshalb verneint hat, weil sie bereits Ende Dezember 1979 eine Nachfolgerin für die Klägerin gesucht habe und nicht ersichtlich sei, daß die erst kurz vor Ablauf der Wartefrist ausgesprochene Kündigung lediglich den Zweck verfolgt habe, das Inkrafttreten des Kündigungsschutzes zu vereiteln, so ist diese Würdigung nicht zu beanstanden. Eine treuwidrige Vereitelung des Kündigungsschutzes kann entgegen der Auffassung der Revision auch nicht darin gesehen werden, daß die Beklagte den Betriebsrat erst kurz vor Ablauf der Wartefrist gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG angehört hat. Wenn es nur von untergeordneter Bedeutung ist, wieviel Zeit vor Ablauf der Wartefrist die Kündigung ausgesprochen wird (vgl. BAG 31, 83 = AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972), so kann für die Anhörung des Betriebsrats vor einer beabsichtigten Kündigung aus den gleichen Erwägungen nichts anderes gelten. Andere Umstände,



- 11 -

die die Kündigung als treuwidrig erscheinen lassen könnten,
sind hier aber weder vorgetragen noch ersichtlich.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Bichler

Roeper

Dr. Becker

Neumann

Dr. Gentz

