



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn B. L., L. berg 17, X.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. C. & Kollegen,
Q. str. 16, S.,

g e g e n

die X. T. GmbH & Co. KG, diese vertreten durch die T. GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführerin N.-M. L., U. 6 - 8,
S.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte F. & L.,
X. 39, X.,

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 24.06.2009
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Plüm als Vorsit-
zenden sowie den ehrenamtlichen Richter Franzen und den ehrenamtlichen
Richter Schemberg

für R e c h t erkannt:

**Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Wuppertal vom 26.02.2009 wird kostenfällig zurückgewiesen.**

Die Revision wird zugelassen.

GRÜNDE:

1. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Der Kläger war seit 1985 als Lagerleiter bei der Beklagten, die ein Autohaus in S. betreibt, beschäftigt.

Am 19.06.2008 wählte die Belegschaft erstmals einen Betriebsrat. Das Wahlergebnis des siebenköpfigen Betriebsrats wurde in einem der vier Betriebsteile am 19.06.2008, in den übrigen Betriebsteilen am 20.06.2008 bekanntgemacht. Am 20.06.2008 erhielt die Arbeitgeberin auch eine Abschrift der Wahl Niederschrift. Die konstituierende Sitzung des siebenköpfigen Betriebsrats fand am 26.06.2008 statt.

Am 23.08.2008 erfuhr die Beklagte, dass der Kläger und der Betriebsleiter K. seit dem Jahr 2003 mittels fingierter Kundengutschriften Kassenauszahlungen veranlassten und selbst vereinnahmten. Der Kläger gab die „Barentnahmen“, von der Beklagten auf insgesamt € 138.840,42 beziffert, dem Grunde nach gegenüber der Beklagten zu, wobei er geltend machte, die Beträge meistens an den K. weitergeleitet zu haben. Weiterhin räumte er ein, mehrfach seinen Privatwagen und den seiner Ehefrau an der firmeneigenen Tankanlage betankt zu haben sowie aus dem Betrieb Artikel wie Toilettenpapier und Küchenrollen mitgenommen zu haben. Schließlich wirft die Beklagte dem Kläger vor, auf Firmenkosten bei Lieferanten lieferscheinmäßig anders ausgewiesene, jedoch für ihn und den K. privat bestimmte Waren im Wert von € 77.008,00 bestellt zu haben. Zu der Bestellung der Ferrari-Reifen trägt der Kläger vor, von K. angewiesen worden zu sein, die Reifen für dessen Privatfahrzeug zu bestellen.

Mit Schreiben vom 23.06.2008, am 24.06.2008 zugegangen, erklärte die Beklagte daraufhin die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Mit der am 04.07.2008 beim Arbeitsgericht Wuppertal eingereichten Kündigungsschutzklage hat der Kläger gerügt, dass, was unstreitig ist, der am 19.06.2008 gewählte Betriebsrat nicht zur Kündigung angehört worden sei, und sich zur Anhörungspflicht auf das BAG-Urteil vom 28.09.1983 – 7 AZR 266/82 – EzA Nr. 56 zu § 102 BetrVG 1972 bezogen. Die Beklagte hat ihrerseits unter Hinweis auf das BAG-Urteil vom 23.09.1984 – 6 AZR 520/82 – EzA Nr. 59 zu § 102 BetrVG 1972 eine Anhörungspflicht negiert und seither davon abgesehen, unter Anhörung des Betriebsrats vorsorglich dem Kläger erneut zu kündigen.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 26.02.2009 die Klage abgewiesen. Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift der Kläger das Urteil, auf das hiermit zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, allein mit dem Einwand an, dass die Kündigung mangels vorheriger Betriebsratsanhörung unwirksam sei. Er beantragt die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Stattgabe der Klage. Die Beklagte verteidigt das Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze mit den hierzu überreichten Anlagen Bezug genommen.

2. Die Berufung hat keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die Klage abgewiesen. Die Kammer macht sich gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG die zutreffenden Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils zu eigen. Auf die Angriffe der Berufung ist lediglich das Folgende anzufügen.

Nach herrschender Meinung (BAG 23.09.1984, a.a.O., LAG Hamm 20.05.1999, 4 Sa 1989/98, ZinsO 1999, 362 f., Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 102 Rn. 7 Wlotzke/Preis, BetrVG, 3. Aufl., § 102 Rn. 12, Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl., § 102 Rn. 1, TLL/Thüsing, KSchG, § 102 BetrVG Rn 10, Etzel, HzA, Gruppe 19, Rn. 821, Heither, AR-Blattei SD 530.143, Rn. 532) beginnt die Anhörungspflicht erst mit Konstituierung des Betriebsrats: Bis zu diesem Zeitpunkt sei der

Betriebsrat funktionsunfähig. Ohne Vorsitzenden und Vertreter fehle es an einem Absender und Adressat von Erklärungen gemäß § 26 Abs. 2 BetrVG. Die Obliegenheit, das Gremium als Ganzes zu unterrichten, stoße auf unüberwindliche rechtliche und praktische Probleme.

Letzteres will eine Mindermeinung (Wiese, Anm. EzA Nr. 58 zu § 102 BetrVG 1972, APS/L., 3. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 45, DKK/Kittner/Bachner, BetrVG, 10. Aufl., § 102 Rn. 30, Nägele, HaKo-KSchR, 3. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 13) zur Vermeidung einer gesetzlichen Schutzlücke nicht gelten lassen: Nach § 21 Satz 2 BetrVG beginne die Amtszeit des Betriebsrats mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses bzw. Ablauf der Amtszeit des vorherigen Betriebsrats; das Gremium als Ganzes sei ab diesem Zeitpunkt auch handlungsfähig.

Die Kammer folgt dem Gesetzesverständnis der vorherrschenden Rechtsmeinung. Richtig ist, dass hiernach zwar eine „Schutzlücke“ zwischen Amtsbeginn (§ 21 Satz 2 BetrVG) und konstituierender Sitzung (§ 29 Abs. 1 BetrVG) entstehen kann. Jedoch ist diese Lücke, die sich insbesondere im Fall der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats auf tun kann, gesetzesimmanent, weil der Arbeitgeber bzw. die zu seiner Vertretung berechtigten Personen nach § 26 Abs. 2 BetrVG auf Seiten des Betriebsrats ebenfalls zur Vertretung berufene Personen vorfinden sollen. In der Praxis kann im übrigen die Schutzlücke dadurch minimiert werden, dass der Wahlvorstand die konstituierende Sitzung unmittelbar der Bekanntgabe des Wahlergebnisses nachfolgen lässt (DKK/Wedde, § 29 Rn. 6). Die Konstituierung liegt in der Sphäre des Betriebsrats bzw. Wahlvorstandes, denen es überantwortet ist, rechtzeitig für einen funktionsfähigen Betriebsrat zu sorgen (SPV/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rn 360).

Dem Arbeitgeber wird betriebsverfassungsgesetzlich nicht abverlangt, die Konstituierung des Betriebsrats abzuwarten, um diesen vor einer beabsichtigten Kündigung anzuhören. Abgesehen von der Erwägung, dass ein Zuwarten mit der Kündigung hinsichtlich der Wahrung der Ausschlussfrist des § 626 BGB oder des nächstmöglichen Kündigungstermins untunlich sein kann, und von der Ungewissheit, ob bzw. wann es zu einer erfolgreichen Konstituierung des

Betriebsrats kommt, würde sich der Arbeitgeber, der zur fristlosen Kündigung berechtigt ist, durch Abwarten (Verzugs)Lohnansprüchen aussetzen.

Ob er Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 BetrVG in Ausnahmefällen gehalten sein kann, die konstituierende Sitzung abzuwarten, bedarf hier keiner Klärung. Es liegen keine Umstände vor, die es der Beklagten als geboten erscheinen lassen mussten, sich zunächst mit etwaigen Einwänden des Betriebsrats auseinanderzusetzen, bevor sie die Kündigung aussprechen würde.

3. Die Kosten der Berufung hat nach § 97 Abs. 1 ZPO der Kläger zu tragen.

Die Kammer hat der entscheidungserheblichen Rechtsfrage nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher für den Kläger die Revision an das Bundesarbeitsgericht zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann vom Kläger

REVISION

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Plüm

Franzen

Schemberg