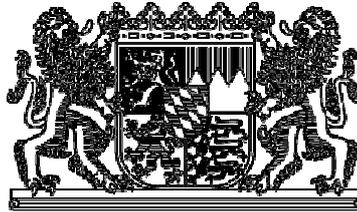


**2 TaBV 44/13**  
2 BV 18/12  
(ArbG Augsburg - Kammer Neu-Ulm -)

Verkündet am: 28.04.2014

Souli  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### **BESCHLUSS**

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. Firma N.

A-Straße, A-Stadt

- Antragstellerin und Beteiligte zu 1 -

Verfahrensbevollmächtigte:

O.  
O-Straße, M-Stadt

2. J.

J-Straße, A-Stadt

- Beteiligter zu 2 und Beschwerdeführer –

Verfahrensbevollmächtigte:

zu 2:  
Rechtsanwälte K.  
K-Straße, K-Stadt

3. L.

L-Straße, L-Stadt

- Beteiligter zu 3 und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte:

zu 3:  
Rechtsanwälte M.  
M-Straße, M-Stadt

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 28. April 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waitz und die ehrenamtlichen Richter Zahn und Hiltner

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Augsburg vom 02.05.2013 – 2 BV 18/12 – abgeändert.**

**Die Anträge der Antragstellerin werden zurückgewiesen.**

- 2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.**

## **Gründe:**

### **A.**

Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 sowie über den Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem Betriebsrat (Hilfsantrag).

Die Arbeitgeberin (Antragstellerin) betreibt in A-Stadt einen Freizeitpark, in dem neben zahlreichen Saisonkräften etwa 200 Mitarbeiter als Stammbesetzung beschäftigt sind.

Der Beteiligte zu 2 ist der dort errichtete Betriebsrat. Der Beteiligte zu 3 ist der Vorsitzende dieses Betriebsrats und freigestellt. Er ist am 07.02.1964 geboren, verheiratet und seit 01.09.2008 als Mechaniker bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag vom August 2008 (Bl. 169 ff d.A.) beträgt der Urlaubsanspruch 30 Arbeitstage pro Jahr und die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit einen Monat zum Monatsende.

Schon vor Oktober 2012 hatte die Gewerkschaft NGG versucht, mit der Arbeitgeberin über den Abschluss eines Tarifvertrages zu verhandeln. Am 29.10.2012 fanden zeitlich versetzt zwei Betriebsversammlungen statt, zu denen der Betriebsrat eingeladen hatte (Einladung Bl. 114 d.A.). Auf diesen Versammlungen trat der Beteiligte zu 3 für den Betriebsrat auf. Außerdem ergriff der NGG – Gewerkschaftssekretär P das Wort.

Am 31.10.2012 fand bei der Arbeitgeberin ein von der Gewerkschaft NGG initiiertes Warnstreik statt. Streikende Mitarbeiter, auch der Beteiligte zu 3, versammelten sich in den Morgenstunden dieses Tages zunächst vor dem Betriebsgelände. Der Beteiligte zu 3 verteilte ein Informationsblatt der NGG (Anlage ASt 42, Bl. 782 d.A.). Zwischen 9:00 Uhr und 9:30 Uhr sprach der Beteiligte zu 3 im Clubhaus auf dem Betriebsgelände mehrere Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Streik an. Der Inhalt seiner Äußerungen ist zwischen den Beteiligten streitig.

Am 15.11.2012 erschien in der Qu Zeitung ein Artikel mit dem Titel „Unruhe im Rparadies“ (Bl.30 d.A.: = Anlage ASt 1).

In diesem Artikel heißt es u.A.:

Auch der Betriebsratsvorsitzende L. zeigt sich entschlossen: „Es wird jetzt Zeit, dass sich die Geschäftsführung mit uns an den Tisch setzt“. L. berichtet, einige Kollegen seien nach dem ersten Warnstreik „ganz massiv“ von Vorgesetzten bedroht worden: „Manche wurden angeschrien, und man hat ihnen gesagt, dass sie nächstes Jahr keinen Vertrag bekommen, wenn sie noch einmal streiken“.

Des Weiteren heißt es in dem Artikel:

Betriebsratschef L. kritisiert die Bonuszahlungen scharf: „Das läuft völlig intransparent hinter dem Rücken des Betriebsrats, das kann nicht sein“ Manche bekämen mehr, manche weniger und manche gar nichts. L.: „Bei uns heißt es nur Kumpelbonus“

Zur Aufklärung des Sachverhaltes wandte sich die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 21.11.2012 an den Beteiligten zu 3 (Bl.31/32 d.A. = Anlage ASt 2). Darin heißt es auszugsweise:

„Sehr geehrter Herr L.,

der nachfolgend geschilderte Sachverhalt begründet den Verdacht schwerwiegender arbeitsvertraglicher Pflichtverletzung, wozu Sie hiermit gehört werden.

In dem . . . Artikel ... werden Sie wie folgt . . . zitiert:

(Anm: es folgt das o.g. erste Zitat des Zeitungsartikels)

Diese Behauptung ist weitgehend und enthält massive Vorwürfe gegen Mitarbeiter unseres Unternehmens. Der Geschäftsleitung und der Personalleitung sind keine Vorfälle dieser Art bekannt.

Weiter werden Sie in diesem Artikel wie folgt zitiert (Anm: es folgt das o.g. zweite Zitat zu den Bonuszahlungen)

Diese Behauptung ist unrichtig. . . .

Wir fordern Sie auf, bis zum 26. November 2012 – 15:00 Uhr gegenüber der Geschäftsleitung die Namen derjenigen Vorgesetzten mitzuteilen, die in der von Ihnen gegenüber der Qu Zeitung angegebenen Art und Weise vorgegangen sind. Die Geschäftsleitung kann ein solches Verhalten keinesfalls dulden und müsste, sollten sich die von Ihnen erhobenen Vorwürfe als richtig herausstellen, gegenüber diesen Mitarbeitern in geeigneter Weise reagieren. Insofern ist es auch erforderlich, dass Sie konkret zu den maßgeblichen Situationen Stellung nehmen, damit die Vorwürfe sowohl für die Geschäftsleitung als auch für die Mitarbeiter nachvollziehbar sind.

Zu dieser Auskunft sind Sie bereits aufgrund der arbeitsvertraglichen Treuepflicht dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, insbesondere im Hinblick darauf, dass – sollten sich ihre Vorwürfe als richtig herausstellen – wohl der strafrechtliche Tatbestand der Nötigung erfüllt sein dürfte.

Sollte allerdings die von Ihnen gegenüber der Qu Zeitung vorgenommene Behauptung, Vorgesetzte hätten sich in der in der Qu Zeitung zitierten Weise verhalten, unrichtig sein und sollten Sie sich insoweit auf keinen konkreten Vorfall stützen können, so geben wir Ihnen hiermit Gelegenheit zur Stellungnahme und hören Sie zu diesen Behauptungen und dem Zustandekommen der vorstehend in Bezug genommenen Veröffentlichung an. Dies gilt in jedem Fall auch hinsichtlich der zweiten, vorstehend wiedergegebenen Aussage der Intransparenz der Bonuszahlungen.

Wir weisen bereits an dieser Stelle darauf hin, dass sich die Geschäftsleitung auch Ihnen gegenüber – abhängig von Ihrer Stellungnahme – weitergehende arbeitsrechtliche Schritte vorbehält.“

Wegen einer Arbeitsunfähigkeit des Beteiligten zu 3 am 21. und 22.11.2012 wurde er mit Schreiben vom 22.11.2012 erneut zur Abgabe der Stellungnahme aufgefordert (Bl.33).

Der Beteiligte zu 3 gab zu den Schreiben der Arbeitgeberin keine Stellungnahme ab. Er ließ am 28.11.2012 durch den Gewerkschaftssekretär P gegenüber der Geschäftsleitung mitteilen, dass er sich nicht äußern werde.

Wegen des dringenden Verdachts, dass der Beteiligte zu 3 „gegenüber der Qu Zeitung Unwahrheiten öffentlich verkündet“ hat, bat die Arbeitgeberin den Beteiligten zu 2 mit Schreiben vom 30.11.2012 um Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 (Bl.34 – 36 d.A.).

Der Betriebsrat erteilte die Zustimmung nicht (Schreiben vom 03.12.2012, Bl. 37 d.A. = Anlage ASt 5).

Daraufhin hat die Arbeitgeberin mit Schriftsatz vom 06.12.2012 das vorliegende Zustimmungsersetzungsverfahren eingeleitet.

Mit Schreiben vom 10.12.2012 (Bl. 62 bis 65 d.A.) bat die Arbeitgeberin den Betriebsrat erneut um Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3. In dem Schreiben an den Betriebsrat heißt es, der Betriebsratsvorsitzende sei am 31.10.2012 zwischen 9:00 Uhr und 9:30 Uhr im Clubhaus erschienen und habe die Arbeitnehmer aufgefordert, an dem Streik teilzunehmen. Er habe sich dahingehend geäußert, dass diejenigen Arbeitnehmer, die an dem Streik nicht teilnähmen, für die nächste Saison keinen neuen Vertrag erhalten würden. Dem Schreiben an den Betriebsrat waren Stellungnahmen von fünf Mitarbeitern beigefügt. Mit Schreiben vom 12.12.2012 (Bl. 66 d.A.) teilte der Betriebsrat mit, er habe beschlossen, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung nicht zu erteilen. Daraufhin hat die Arbeitgeberin mit Schriftsatz vom 14.12.2012 die Gründe für die beabsichtigte Kündigung ergänzt um die behaupteten Äußerungen des Beteiligten zu 3 am 31.10.2012.

Im Jahr 2012 hatte der Beteiligte zu 3 insgesamt Anspruch auf 31 Urlaubstage. Hierbei handelte es sich um einen Tag Resturlaub aus dem Jahr 2011 und um 30 Urlaubstage für das Kalenderjahr 2012. Seine gesamten Urlaubstage hatte er bis zum 08.11.2012, einem Urlaubstag, eingebracht (vgl. die Auflistung im Schriftsatz der Antragstellerin vom 17.01.2013 S.2/3 = Bl.153/154 d.A.). Für alle Urlaubstage hatte er Urlaubsanträge ausgefüllt (Anlagen ASt 28 = Bl.174 – 188 d.A.). Die Urlaubsantragsformulare sind als Durchschreibesatz ausgestaltet; die Mitarbeiter erhalten in der Regel den für sie bestimmten Durchschlag.

Am 13.12.2012 war der Beteiligte zu 3 zunächst durch den stellvertretenden Vorsitzenden des Betriebsrats als arbeitsunfähig erkrankt gemeldet. Bei der Arbeitgeberin müssen fest-

angestellte Arbeitnehmer nach einer Betriebsvereinbarung ab dem ersten Tag einer Erkrankung eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abgeben. Nach Arbeitsaufnahme am 14.12.2012 wollte der Kläger rückwirkend für den 13.12.2012 Urlaub nehmen und reichte hierzu einen auf den 12.12.2012 datierten Urlaubsantrag ein (Anlage ASt 29 = Bl.189 d.A.). Frau S, Mitarbeiterin der Personalabteilung, teilte dem Beteiligten zu 3 dann telefonisch mit, dass er seinen Urlaubsanspruch für das Kalenderjahr 2012 bereits am 08.11.2012 ausgeschöpft habe. Am 17.12.2012 sandte sie dem Beteiligten zu 3 eine E-Mail (Anlage ASt 30 = Bl.190 d.A) mit folgendem Inhalt:

„Lieber ,

wie soeben besprochen ist es mir nicht möglich, deinen beantragten Urlaub vom 14.12.2012 für die Tage vom 13.12.2012 und 14.12.2012 zu buchen, da dein Urlaubskontingent von 2012 bereits abgetragen ist. Dein letzter Urlaubstag aus dem Kontingent 2012 war am 08.11.2012. Eine Umwandlung in Überstunden ist ebenfalls nicht möglich, da dein aktueller Saldo 66,12 Minusstunden sowie 5,01 FAZ-Std. beträgt“

Die Gehaltsabrechnungen des Beteiligten zu 3 für November und Dezember 2012 (Anlagen ASt 32 und 33 = Bl. 193/194 d.A.) wiesen als Resturlaub „0,00“ aus.

Die Arbeitgeberin erteilte dem Beteiligten zu 3 am 08.01.2013 eine Abmahnung wegen unentschuldigtem Fehlen am 13.12.2012 (Anlage ASt 31 =Bl. 191/192 d.A.).

Vom 24.12.2012 bis einschließlich 02.01.2013 blieb der Beteiligte zu 3 der Arbeit fern. In der Zeiterfassung, an der er trotz seiner Freistellung teilnimmt, sind die Tage als „nicht anwesend“ erfasst. Wegen der Zeitnachweislisten des Beteiligten zu 3 für November 2012 bis Januar 2013, in denen u.a. der Beginn und das Ende der elektronisch erfassten Arbeitszeiten angegeben sind, wird auf Bl. 195 ff d.A. verwiesen.

Die Direktorin Human Resources Frau G. stellte bei Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit am 02.01.2013 das Fehlen des Beteiligten zu 3 fest und forderte ihn mit Schreiben vom gleichen Tag auf, seine Arbeit unverzüglich wieder aufzunehmen und die Gründe für die Fehltage anzugeben (Anlage ASt 35 = Bl.200 d.A.).

Mit Schreiben vom 03.01.2013 (AST 36 = Bl.202 d.A.) antwortete der Beteiligte zu 3 wie folgt:

„Sehr geehrte Frau G.,

da ich am 04. Juli 2012 meinen Urlaubsantrag bei Ihnen im Personalbüro abgegeben habe, ging ich davon aus, dass ich über Weihnachten Urlaub habe.

Bitte prüfen Sie alle abgegebenen Urlaubsanträge und legen Sie mit bitte alle Kopien vor.

Hier kann es sich nur um ein Missverständnis handeln, da ich diesen Antrag sogar unter Zeugen abgegeben habe.“

Die Geschäftsleitung der Arbeitgeberin hörte den Beteiligten zu 3 am 08.01.2013 in Anwesenheit des Geschäftsführers, von Frau G., Frau S und des Betriebsratsmitglieds I. zu dieser Angelegenheit an. Hierbei wurden dem Beteiligten zu 3 seine Urlaubsanträge 2012, eine Aufstellung über seine genommenen Urlaubstage, der stornierte Urlaubsantrag für die Tage 13. und 14.12.2012 und eine Kopie der E-Mail vom 17.12.2012 übergeben. Im Rahmen der Unterredung wurde der Beteiligte zu 3 darauf hingewiesen, dass der Verdacht eigenmächtiger Selbstbeurlaubung bestehe. Der Beteiligte zu 3 wandte daraufhin ein, er habe den Urlaub mit dem Betriebsratsgremium am 04.07.2012 besprochen und den Antrag in Anwesenheit eines Zeugen, den er nicht benennen wolle, zusammen mit Anhörungsunterlagen des Betriebsrats abgegeben. Auf Nachfrage des Geschäftsführers nach einer Kopie seines Antrages oder eines Durchschlages antwortete der Beteiligte zu 3, dass er dies prüfen werde und bis zum nächsten Tag Bescheid geben wolle.

Der Beteiligte zu 3 meldete sich am 09.01.2013 nicht, worauf Frau G. am 10.01.2013 telefonisch beim Beteiligten zu 3 nachfragte. Dieser antwortete, er werde den Durchschlag suchen.

Nachdem er sich bis zum Vormittag des 14.01.2013 nicht gemeldet hatte, hörte der Geschäftsführer den Beteiligten zu 3 im Beisein einer Mitarbeiterin der Personalabteilung und der Betriebsratsmitglieder I. und F. nochmals zum Verdacht der Selbstbeurlaubung an und fragte ihn nach dem Durchschlag des Antrages. Der Beteiligte zu 3 erwiderte, dass er ihn weiterhin suchen werde und nicht gedacht habe, dass er diesen noch einmal

benötigen werde. Auf die nochmalige Frage nach dem Zeugen sagte er, dass er sich mit seinem Anwalt beraten wolle.

Nach einer Betriebsvereinbarung darf das Überstundenkonto maximal 80 Minusstunden ausweisen. Beim Beteiligten zu 3 war es zum Jahresende 2012 mit 77,44 Stunden belastet und der Minussaldo hätte unter Einbeziehung der Fehltag 109,23 Stunden betragen.

Nachdem der Beteiligte zu 3 auf Nachfrage des Geschäftsführers am 15.01.2013 abschließend mitgeteilt hatte, dass er den Zeugen erst im Gerichtstermin benennen werde, beschloss der Geschäftsführer, die Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 wegen des Verdachts der eigenmächtigen Selbstbeurlaubung einzuholen.

Mit Schreiben vom 15.01.2013 (Bl. 206 bis 212 d.A.) bat die Arbeitgeberin deshalb den Betriebsrat erneut um Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3. Der dringende Verdacht einer unrechtmäßigen Eigenbeurlaubung stelle einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB dar. Es bestehe der dringende Verdacht, dass der Beteiligte zu 3 weder einen Urlaubsantrag abgegeben habe, noch dass es dafür einen Zeugen gebe.

Nachdem der Betriebsrat am 16.01.2013 erneut die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung verweigert hatte, hat die Arbeitgeberin mit Schriftsatz vom 17.01.2013 ihren Sachvortrag zur Begründung des Zustimmungsersetzungsantrags um die Vorfälle in Verbindung mit dem angenommenen Verdacht der Selbstbeurlaubung ergänzt.

Die Arbeitgeberin hat schon in erster Instanz die Auffassung vertreten, es liege ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3 vor. Dessen in der Qu Zeitung wiedergegebene Äußerungen würden die Arbeitgeberin in der Öffentlichkeit verleumden. Es bestehe der dringende Verdacht, dass der Beteiligte zu 3 die zitierte Aussage in Bezug auf Äußerungen von Vorgesetzten gegenüber Mitarbeitern getätigt habe. Das darin den Vorgesetzten unterstellte Verhalten stelle eine Nötigung i.S.v. § 240 StGB dar. Die zitierte Äußerung stelle nicht nur eine Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Amtspflichten dar, sondern auch einen Verstoß gegen für alle Arbeitnehmer glei-

chermaßen geltende Verpflichtungen. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt, da sie erst am 28.11.2012 durch den Gewerkschaftssekretär P erfahren habe, dass sich der Beteiligte zu 3 nicht äußern werde.

Der Beteiligte zu 3 sei am 31.10.2012 zwischen 9:00 Uhr und 9:30 Uhr vor dem bzw. im Clubhaus erschienen und habe die Arbeitnehmer aufgefordert, an dem Streik teilzunehmen. Außerdem habe er gegenüber mehreren Arbeitnehmern geäußert, dass diejenigen Arbeitnehmer, die an dem Streik nicht teilnähmen, für die nächste Saison keinen Vertrag erhalten würden. Auch dieses Verhalten stelle einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 dar. Es erfülle den Tatbestand der Nötigung und sei besonders verwerflich, da der Beteiligte zu 3 als Betriebsratsvorsitzender aufgetreten sei und damit seine Machtstellung im Hinblick auf die Zustimmung zur Einstellung von Saisonmitarbeitern missbraucht habe. Auch insoweit sei die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt, denn die Arbeitgeberin habe frühestens am 04.12.2012 vollständige Kenntnis von den ausschlaggebenden Umständen erlangt.

Schließlich sei die außerordentliche Kündigung auch wegen des dringenden Verdachts der eigenmächtigen Beurlaubung gerechtfertigt. Der sich ergebende dringende Verdacht sei nicht ausgeräumt worden und belaste das Arbeitsverhältnis so gravierend, dass dessen Fortsetzung unzumutbar sei.

Hilfsweise, für den Fall, dass die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 nicht ersetzt wird, begehrt die Arbeitgeberin den Ausschluss des Betriebsratsvorsitzenden aus dem Betriebsrat. Zur Begründung hat sie sich zunächst auf die behauptete Bedrohung von Mitarbeitern durch den Beteiligten zu 3 am 31.10.2012 sowie auf seine zitierte Äußerung in der Qu Zeitung bezogen. Außerdem hat sie vorgetragen, der Beteiligte zu 3 habe die Betriebsversammlungen am 29.10.2012 zur Streikwerbung genutzt und versucht, die Belegschaft gegen die Arbeitgeberin aufzubringen. Er habe Vorgänge im Zusammenhang mit dem geplanten Konzept „Wash@home“, bei dem es um die Reinigung und Pflege der Mitarbeiter–Arbeitskleidung gehe, falsch dargestellt. Dasselbe gelte hinsichtlich des Projekts „Telekom-Telefonkosten“, bezüglich dessen der Beteiligte zu 3 fälschlicherweise behauptet habe, die Arbeitgeberin beabsichtige, das Telefonverhalten der Mitarbeiter zu kontrollieren.

Die Beteiligten zu 2 und 3 haben in erster Instanz beantragt, die Anträge auf Zustimmungsersetzung sowie hilfsweise auf Ausschluss aus dem Betriebsrat zurückzuweisen.

Der Beteiligte zu 2 hat die Auffassung vertreten, die Vorwürfe in Verbindung mit dem Zeitungsartikel seien unrichtig und unsubstantiiert. Der Zeitungsredakteur habe den Artikel anlässlich einer Veranstaltung der NGG am 31.10.2012 verfasst. Hier habe sicherlich eine etwas aufgeheizte Stimmung geherrscht, welche der Redakteur in seinem Artikel habe wiedergeben wollen. Die Arbeitgeberin habe sich nicht mit Streikteilnehmern, die Aufklärung hätten bringen können, befasst. Der Betriebsratsvorsitzende könne sich wie jeder Arbeitnehmer auf sein nach Artikel 5 GG garantiertes Recht auf Meinungsfreiheit berufen. Er habe anwesenden Streikteilnehmer mitgeteilt, dass er sich darum kümmern werde, dass Mitarbeiter, die zum Streik gehen, nicht bedroht würden. In seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer und Streikteilnehmer habe der Beteiligte zu 3 darauf hingewiesen, die Arbeitnehmer sollten sich keine Sorgen über irgendwelche Konsequenzen machen, da ihnen das Streikrecht zustehe. Er habe aber auch darauf hingewiesen, dass sich Streikteilnehmer beim Vorgesetzten abzumelden hätten und ausstempeln müssten. Mehrere Beschäftigte hätten nach der Streikteilnahme erhebliche Probleme gehabt.

Die Vorwürfe bezüglich der behaupteten Bedrohung von Mitarbeitern, sie würden ohne Teilnahme am Streik keinen neuen Vertrag erhalten, habe der Betriebsrat so nicht erkennen können. Der Betriebsratsvorsitzende sei nicht in der Lage, Verträge abzuschließen oder dies zu verhindern.

Der Vorwurf der Selbstbeurlaubung sei unzutreffend, da der Betriebsratsvorsitzende glaubhaft angegeben habe, bereits am 04.07.2012 einen Urlaubsantrag für Weihnachten 2012/13 abgegeben zu haben. Die Urlaubsanträge mehrerer Mitarbeiter seien beim Antritt der jeweiligen Urlaube nicht mehr vorhanden gewesen. In solchen Fällen seien die betreffenden Mitarbeiter gebeten worden, die Urlaubsanträge nachzureichen. Im Übrigen sei vom 24.12.2012 bis einschließlich 06.01.2013 Betriebsruhe gewesen (siehe Mitteilung des Bereichs Front Office vom 14.12.2012, Bl. 254 d.A.). Schließlich sei der Betriebsratsvorsitzende freigestellt und die Arbeitgeberin hätte darlegen müssen, dass dieser in seiner Abwesenheit keiner Betriebsratsarbeit nachgegangen sei.

Die Vorwürfe betreffend die Betriebsversammlungen vom 29.10.2012 seien unzutreffend. Außerdem würden Äußerungen zu den Themen Mindestlohn, Wash@home und Telefonkosten der Meinungsfreiheit unterliegen und zu den Aufgaben des Betriebsrats gehören.

Der Beteiligte zu 3 hat in erster Instanz zu dem Artikel in der Qu Zeitung vorgetragen, er habe sicher nicht gesagt, dass Nachteile erst beim nächsten Streik drohen. Vielmehr hätten Vorgesetzte schon für die Streikteilnahme im vorliegenden Fall gedroht, dass Beschäftigte keinen Anschlussvertrag erhalten werden. Im Übrigen sei er nicht ordnungsgemäß angehört worden, denn Gegenstand der Anhörung sei es nicht gewesen, ob er richtig zitiert worden sei. Tatsächlich habe er sich nicht so gegenüber der Presse geäußert.

Es bestehe weiter kein Verdacht der eigenmächtigen Selbstbeurlaubung. Sein Urlaub für die Zeit vom 24.12.2012 bis 02.01.2013 sei in der Betriebsratssitzung vom 04.07.2012 besprochen worden und der Antrag sei dann am selben Tag zusammen mit anderen Unterlagen des Betriebsrats im Personalbüro abgegeben worden. Danach habe er keine Rückmeldung erhalten. Für ihn existiere die Sonderregelung, dass er seinen Urlaubsantrag in der Personalabteilung einreichen müsse. Dort seien schon Urlaubsanträge verlorengegangen, wie etwa ein Antrag des Herrn T. Dieser habe für den 21.12.2012 einen Urlaubsantrag gestellt, der dann verlorengegangen sei. Über Weihnachten sei der Freizeitpark geschlossen und von den Festangestellten seien maximal 30 Personen anwesend. Die E-Mail vom 17.12.2012 habe er so verstanden, dass der am 04.07.2012 beantragte Urlaub bei der Aussage, er würde über keinen Urlaub mehr verfügen, bereits mit eingerechnet gewesen sei.

Die Behauptung, er habe Mitarbeiter für den Fall der Nichtteilnahme an dem Streik bedroht, sei unzutreffend.

Schließlich seien die Behauptungen in Bezug auf die Betriebsversammlungen unwahr. Er habe die Betriebsversammlungen nicht zur Streikwerbung benutzt. Es gebe also keinen Grund für einen Ausschluss aus dem Betriebsrat.

Mit Beschluss vom 02.05.2013 hat das Arbeitsgericht nach Vernehmung mehrerer Zeugen zum Komplex „Selbstbeurlaubung“ dem Hauptantrag der Arbeitgeberin stattgegeben und die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 gemäß § 103 BetrVG ersetzt.

Die Arbeitgeberin könne die beabsichtigte außerordentliche Kündigung auf den dringenden Verdacht stützen, der Beteiligte zu 3 habe vom 24.12.2012 bis 02.01.2013 eigenmächtig Urlaub genommen und hierzu keine vorherige Genehmigung eingeholt. Auch der dringende Verdacht einer Verletzung von erheblichen arbeitsvertraglichen Pflichten könne einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen. Vorliegend bestehe der dringende Verdacht, dass sich der Beteiligte zu 3 eigenmächtig beurlaubt und damit seine Hauptpflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt habe. Es stehe fest, dass der Beteiligte zu 3 vom 24.12.2012 bis zum 02.01.2013 nicht im Betrieb erschienen sei. Er habe keinen Urlaubsanspruch mehr für das Kalenderjahr 2012 besessen. Weiter sei unstrittig, dass die Lohnabrechnungen für November und Dezember 2012 keinen Resturlaub für das Jahr 2012 mehr auswiesen, ebenso der Inhalt der E-Mail von Frau S vom 17.12.2012 (Anlage ASt 30 – Bl. 190 d.A.). Den damit bestehenden Verdacht habe der Beteiligte zu 3 nicht entkräften können. Die Aussagen der Betriebsratsmitglieder I. und F. hätten die Kammer nicht davon überzeugt, dass der Beteiligte zu 3 am 04.07.2012 einen Urlaubsantrag abgegeben habe. Diese Zeugen hätten keine nachvollziehbare Erklärung dafür abgeben können, weshalb sie den vom Beteiligten zu 3 erhobenen Einwand der Arbeitgeberin nicht schon früher mitteilten. Gegen die Abgabe eines Urlaubsantrags würden die Aussagen der übrigen Zeuginnen sprechen. Sie hätten bekundet, dass der Betriebsratsvorsitzende bis Ende 2012 seine Urlaubsanträge alleine und nicht im Beisein einer anderen Person im Personalbüro abgegeben habe.

Weiter bestehe der dringende Verdacht, dass sich der Beteiligte zu 3 gegenüber einem Reporter der Qu Zeitung in der im Artikel vom 15.11.2012 wiedergegebenen Art geäußert habe. Damit habe der Beteiligte zu 3 seine Treuepflicht verletzt, denn seine Äußerungen seien geeignet, die Arbeitgeberin in der Öffentlichkeit zu diskreditieren. Es komme nicht darauf an, ob die Aussage zutreffend ist. Der dringende Verdacht, der Beteiligte zu 3 habe sich so geäußert, wie er zitiert wurde, sei als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung geeignet.

Zu beiden Vorwürfen sei der Beteiligte zu 3 ordnungsgemäß angehört worden. Ihm sei ausreichend Gelegenheit gegeben worden, zu dem aus Sicht der Arbeitgeberin bestehenden dringenden Verdacht Stellung zu nehmen.

Schließlich habe die Arbeitgeberin in Bezug auf die beiden genannten Kündigungsgründe die Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Die eigenmächtige Urlaubsnahme sei ein Dauertatbestand, bei dem die Ausschlussfrist des erst beginne, wenn der Arbeitnehmer wieder im Betrieb erscheint. Hinsichtlich des Verdachts in Bezug auf den Artikel in der Qu Zeitung habe die Arbeitgeberin die Erklärung des Gewerkschaftssekretärs P, der Beteiligte zu 3 werde nicht äußern, abwarten können.

Die beabsichtigte außerordentliche Verdachtskündigung sei bei Abwägung der wechselseitigen Interessen gerechtfertigt. Wie ausgeführt habe der Beteiligte zu 3 den Verdacht der Selbstbeurlaubung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht ausräumen können. Er habe das für eine ungestörte Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderliche Vertrauen zerstört. Sein Einwand, er sei davon ausgegangen, dass er den Urlaub nehmen könne, sei insbesondere wegen der E-Mail vom 17.12.2012 unglaubwürdig. Bezüglich des Artikels in der Qu Zeitung seien die besondere Situation und der Zeitpunkt der Äußerung zu Lasten des Beteiligten 3 zu berücksichtigen. Es sei nicht hinzunehmen, dass sich ein Arbeitnehmer gegenüber der Presse mit Äußerungen hervortue, die erhebliche Vorwürfe gegen Mitarbeiter seines Arbeitgebers enthalten. Bei einer Gesamtabwägung überwiege das Interesse der Arbeitgeberin an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Maßgebend hierfür sei der Verdacht der Selbstbeurlaubung, während der Verdacht in Bezug auf die Äußerung gegenüber einem Journalisten in den Hintergrund trete.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Beteiligten sowie der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

Gegen diesen den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 und 3 am 28.05.2013 und 31.05.2013 zugestellten Beschluss richten sich die Beschwerden dieser Beteiligten vom 11.06. und 20.06.2013, die am 03.07.2013 und 20.06.2013 begründet worden sind.

Während des Beschwerdeverfahrens wurde der Betriebsrat im Sommer 2013 neu gewählt. Der Beteiligte zu 3 wurde erneut in den Betriebsrat gewählt. Er ist weiterhin Betriebsratsvorsitzender.

Der Beteiligte zu 3 weist darauf hin, dass er NGG-Mitglied sei. Er sei in die gewerkschaftliche Tarifkommission gewählt worden und eine treibende Kraft hinter der Forderung nach einem Haustarifvertrag gewesen. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts bestehe nicht der dringende Verdacht, er habe sich gegenüber Herrn U, dem Journalisten der Qu Zeitung, in der zitierten Art geäußert. Der Journalist sei dabei gewesen, als etwa 15 bis 20 Leute zusammengestanden hätten. Die wiedergegebene Äußerung habe er nicht gemacht. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass er in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Betriebsrats zitiert worden sei. Das Arbeitsgericht habe sich nicht ausreichend mit der ihm zustehenden Meinungsfreiheit auseinandergesetzt.

Es fehle auch an einer ausreichenden Anhörung. Zweck einer solchen Anhörung sei es, dass sich der betroffene Arbeitnehmer substantiiert zu den Vorwürfen äußern kann. Dies sei ihm aufgrund der Formulierung des Anhörungsschreibens jedoch nicht möglich gewesen. Gegenstand der Anhörung sei nämlich nicht gewesen, ob er richtig zitiert wurde und die Aussagen von ihm stammen.

Die beabsichtigte Kündigung könne auch nicht auf den Verdacht eines eigenmächtigen Urlaubsantritts gestützt werden. Bei einer Verdachtskündigung müsse der Verdacht einer wirklich gravierenden Pflichtverletzung vorliegen. Daran fehle es hier, denn die Arbeitgeberin habe ihm angeboten, das Arbeitsverhältnis bei einem Rücktritt von seinem Amt als Betriebsrat fortzusetzen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Arbeitgeberin keinen erkennbaren Willen gegen die Urlaubsnahme gezeigt habe. Schließlich sei die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts zu beanstanden. Die Bekundung der Zeuginnen, sie hätten noch nie einen Urlaubsantrag des Beteiligten zu 3 in einem Umschlag mit Unterla-

gen des Beteiligten zu 2 vorgefunden oder davon gehört, könne nicht ausschlaggebend für die Glaubwürdigkeit dieser Zeuginnen sein.

Der Beteiligte zu 2 rügt, das Arbeitsgericht gehe fehlerhaft von dem Verdacht eines nicht genehmigten Urlaubs aus. Der Beteiligte zu 3 habe von der Genehmigung des Urlaubs über Weihnachten ausgehen können, und zwar aufgrund seines durch Zeugen nachgewiesenen Abgebens eines Urlaubsantrags, zumindest aufgrund der völlig intransparenten Verfahrensweise die Arbeitgeberin bei der Urlaubsgewährung. Die Aussagen der vernommenen Betriebsratsmitglieder I. und F. seien zumindest geeignet, eine non-liquet-Situation herzustellen mit der Folge, dass der fehlende Eingang des Urlaubsantrags nicht nachgewiesen sei.

Bezüglich des Artikels in der Qu Zeitung habe das Arbeitsgericht den Sachvortrag des Beteiligten zu 3, er habe eine derartige Äußerung zu keinem Zeitpunkt abgegeben, nicht berücksichtigt. Außerdem habe es den Reporter der Qu Zeitung nicht als Zeuge einvernommen.

Die Beteiligten zu 2 und 3 beantragen,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Augsburg vom 02.05.2013 – 2 BV 18/12 – abzuändern und die Anträge zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

die Beschwerden der Beteiligten zu 2 und 3 gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Augsburg vom 02.05.2013 – 2 BV 18/12 – zurückzuweisen.

Außerdem stellt sie folgenden Antrag:

Der mit Schriftsatz vom 09.01.2013 gestellte Hilfsantrag, gerichtet auf den Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem J., bleibt mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass sich das Ausschlussgehren nunmehr auf die Mitgliedschaft des Beteiligten zu 3 in dem am 28.08.2013 konstituierten Betriebsrat bezieht.

Sie hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Es bestehe weiterhin der dringende Verdacht, dass der Beteiligte zu 3 die in der Qu Zeitung wiedergegebene Äußerung so getätigt und damit eine Diskreditierung des Rufs der Arbeitgeberin und insbesondere der bei dieser beschäftigten Führungskräfte vorgenommen habe. Außerdem bestehe der dringende Verdacht, dass der Inhalt der zitierten Äußerung unrichtig ist. Die Einlassung, der Beteiligte zu 3 habe die Äußerung zu keinem Zeitpunkt abgegeben, sei ebenso unglaubwürdig wie die Behauptung, er solle lediglich wegen seiner Gewerkschaftsnähe gekündigt werden. Den Beschwerdebelegungen seien keine nennenswerten Sachargumente zu diesem Themenkomplex zu entnehmen.

Der Sachverhalt zu den Umständen der eigenmächtigen Selbstbeurlaubung sei zwischen den Beteiligten unstrittig, lediglich deren Interpretation führe zu unterschiedlichen Auffassungen. Die Aussagen der vernommenen Betriebsratsmitglieder I. und F. vom 02.05.2013 hätten den dringenden Verdacht der eigenmächtigen Selbstbeurlaubung – insbesondere hinsichtlich des angeblich abgegebenen Urlaubsantrags – nicht entkräften können. Der Versuch der Beschwerdeführer, die Anhörungspraxis des Arbeitsgerichts als drohend oder druckvoll darzustellen, sei untauglich. Die Beteiligten zu 2 und 3 könnten die Richtigkeit der Aussagen der vernommenen Mitarbeiterinnen der Personalabteilung mit keinem stichhaltigen Argument entkräften. Die Behauptungen zu angeblichen Unklarheiten bei der Urlaubsgewährung seien unzutreffend.

Jedenfalls sei die beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3 wegen seiner Äußerungen vom 31.10.2012 gerechtfertigt, dass diejenigen Mitarbeiter, die sich nicht an dem Streik der Gewerkschaft NGG beteiligen würden, im kommenden Jahr keinen Vertrag erhalten würden. Bei den angesprochenen Mitarbeitern habe es sich überwiegend um Saisonmitarbeiter gehandelt, die regelmäßig im November eines Jahres ausscheiden und im März/April des Folgejahres auf der Grundlage neuer Arbeitsverträge für die dann anstehende Saison wieder eingestellt würden. Die Äußerungen des Beteiligten zu 3 hätten zu einer erheblichen Verunsicherung der angesprochenen und prinzipiell streikunwilligen Mitarbeiter geführt.

Die Direktorin im Bereich Human Resources, Frau G., habe über den „Flurfunk“ am 01.11.2012 von den Geschehnissen erfahren. Genauere Einzelheiten seien ihr jedoch zunächst nicht bekannt gewesen. Dementsprechend habe Frau G. die Geschäftsführung lediglich dahingehend informiert, dass der Beteiligte zu 3 am Vortag im Clubhaus die dort anwesenden Mitarbeiter zum Streik aufgefordert und angeblich die wiedergegebene Äußerung gemacht habe. Erst beim Direktoren-Meeting am 06.11.2012 habe die Direktorin für den Bereich F&B, Frau V, von den maßgeblichen Ereignissen berichtet. Frau V sei noch am 31.10.2012 von der Mitarbeiterin E. über die Äußerungen des Beteiligten zu 3 informiert worden. Erst nach der Schilderung von Frau V habe die Geschäftsführung den dringenden Handlungsbedarf erkennen können und daraufhin Frau G. beauftragt, unverzüglich Gespräche mit den betroffenen Mitarbeitern zu führen, um den zugrunde liegenden Sachverhalt aufzuklären. Am 07. oder 08.11.2012 habe Frau G. eine Besprechung einberufen, an der Frau V, Herr W (Manager des Bereichs F& B) sowie Frau E. teilgenommen hätten. In dieser Besprechung habe Frau E. die Namen derjenigen Mitarbeiter genannt, gegenüber denen der Beteiligte zu 3 nach ihrem Kenntnisstand die Äußerungen gemacht habe ( A., B., C. und D.). Frau G. habe dann versucht, mit diesen Mitarbeitern direkte Gespräche zu führen. Dies habe sich als mühsam herausgestellt. Bis zum 15.11.2012 habe Frau G. die Angelegenheit nur mit Frau A. und Herrn D., der den Vorfall allerdings nur aus Berichten seiner Mitarbeiter gekannt habe, im Detail besprechen können. Frau C. sei bereits am 04.11.2012 ausgeschieden. Der Austritt von Frau B. habe unmittelbar bevorgestanden. Sie sei nur noch am 08.11.2012 im Unternehmen anwesend gewesen. Da Frau G. insbesondere Frau B. nicht habe erreichen können, habe sie deren Vorgesetzten, Herrn D., um Herstellung des Kontakts gebeten. Frau B. habe zurückrufen sollen. Dieser Rückruf sei erst Mitte November 2012 erfolgt. Mit der Mitarbeiterin C. habe Frau G. ebenfalls erst nach dem 15.11.2012 telefonisch sprechen können. In den Telefonaten hätten beide Mitarbeiterinnen die Äußerung bestätigt. Zum Ausschluss von Missverständnissen seien die Mitarbeiter gebeten worden, ihre Aussagen schriftlich niederzulegen. Zunächst habe Frau A. ihre schriftliche Stellungnahme zur Verfügung gestellt, wobei das exakte Datum der ersten Stellungnahme von Frau A. (Anlage ASt 6 b) nicht mehr nachvollziehbar sei. Die schriftliche Stellungnahme von Frau C. (Anlage ASt 8) habe Frau G. am 28.11.2012 persönlich bei der Mitarbeiterin in C-Stadt abgeholt. Die Stellungnahme von Frau B. (Anlage ASt 7) sei zwischen dem 28.11. und 02.12.2012 abgegeben worden. Frau G. habe das Unternehmen am 28.11.2012 um 15:34 Uhr verlassen, um an einem

Workshop in Oberschleißheim teilzunehmen. Am 30.11.2012 habe der Geschäftsführer X die korrigierte Stellungnahme von Frau A. eingeholt (Anlage ASt 6 a), nachdem aufgefallen sei, dass die ursprüngliche Stellungnahme im Widerspruch zu den mündlichen Aussagen von Frau A. gestanden habe. Herr D. habe seine Stellungnahme erst am 03.12.2012 eingereicht. Frau E. habe ihre Stellungnahme am 04.12.2012 zur Verfügung gestellt. Unmittelbar nach Prüfung der schriftlichen Stellungnahmen sei der Betriebsrat am 10.12.2012 angehört worden. Erst nach den schriftlichen Stellungnahmen sei der Sachverhalt abschließend ermittelt gewesen. Der Fristablauf sei wegen der Durchführung der Aufklärungsmaßnahmen gehemmt gewesen. Wegen des im Raum stehenden Vorwurfs der versuchten Nötigung von Mitarbeitern sei es geboten gewesen, die schriftlichen Stellungnahmen der betroffenen Mitarbeiter einzuholen. Dies sei durch die Schwere des Vorwurfs und den Umstand begründet, dass es im Hinblick auf die Verwirklichung des Straftatbestandes der (versuchten) Nötigung maßgeblich auf die exakte Formulierung der Äußerung des Beteiligten zu 3 angekommen sei.

Die Arbeitgeberin ist der Auffassung, auch nach der Neuwahl des Betriebsrats könne sie den Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem zwischenzeitlich neugewählten Betriebsrat begehren. Ihr Hilfsantrag sei durch das Ausscheiden des Beteiligten zu 3 aus jenem Betriebsrat, während dessen Amtszeit er die Verletzung der ihm obliegenden Pflichten begangen habe, und durch die Neuwahl des Betriebsrats nicht gegenstandslos geworden. Dies gelte jedenfalls dann, wenn sich die frühere Pflichtverletzung – wie hier – auf die neue Amtsperiode auswirke und eine Wiederholungsgefahr bestehe.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachvortrags der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf die Schriftsätze des Beteiligten zu 2 vom 02.07.2013, 03.12.2013, 13.01.2014, 04.04.2014, 11.04.2014 und 17.04.2014, des Beteiligten zu 3 vom 19.06.2013 sowie der Arbeitgeberin vom 05.11.2013, 31.12.2013, 28.03.2014, 09.04.2014 und 17.04.2014 Bezug genommen, außerdem auf die Sitzungsniederschriften vom 05.12.2013 und 28.04.2014.

- 20 -

**B.**

Die zulässigen Beschwerden des Betriebsrats und des Beteiligten zu 3 sind begründet. Die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3 ist nicht zu ersetzen, denn die beabsichtigte außerordentliche Kündigung ist nicht gerechtfertigt (§ 103 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 626 BGB). Der Hilfsantrag auf Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem Betriebsrat nach § 23 Abs. 1 BetrVG ist unbegründet, denn Verstöße gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten, die sich in der bis zum Sommer 2013 laufenden Amtsperiode ereignet haben, können nach der Neuwahl des Betriebsrats den Ausschluss nicht begründen.

**I.**

Die Beschwerden sind zulässig. Sie sind statthaft und wurden form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 87 Abs. 1 und 2 Satz 1, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

**II.**

Die Beschwerden sind auch begründet, denn der Zustimmungsersetzungsantrag der Arbeitgeberin ist unbegründet.

1. Nach § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG hat die Arbeitgeberin dann einen Anspruch auf Ersetzung der Zustimmung, wenn die beabsichtigte außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt ist. Es müssen also Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB).

Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls zumutbar ist oder nicht. Dabei ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Bestand abzuwägen. Regelmäßig zu berücksichtigen sind das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragsverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten auf Pflichtverletzungen unzumutbar sind (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Bei Betriebsratsmitgliedern wie dem Beteiligten zu 3, denen nicht ordentlich gekündigt werden kann (§ 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG), ist für die Prüfung der Frage, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist, eine fiktive ordentliche Kündigungsfrist zugrunde zu legen, die gelten würde, wenn dem Betriebsrat ordentlich gekündigt werden könnte (BAG vom 17.01.2008 – 2 AZR 821/06 – NZA 2008, 777; ErfK/Kiel § 15 KSchG Rn 26). Bei den durch § 15 KSchG besonders geschützten Beschäftigten enthält das Gesetz eine Regelungslücke, denn für sie gibt es keine ordentliche Kündigungsfrist. Der Arbeitgeber kann also auch nicht prüfen, ob die Einhaltung einer solchen ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist. Ohne das Abstellen auf die fiktive ordentliche Kündigungsfrist könnten Betriebsratsmitglieder leichter als andere Arbeitnehmer ordentlich gekündigt werden. Dies widerspricht dem Zweck des Sonderkündigungsschutzes nach § 15 KSchG und dem Benachteiligungsverbot nach § 78 BetrVG.

Schließlich ist zu prüfen, ob es sich um eine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten handelt oder ob zugleich eine Amtspflichtverletzung vorliegt. In aller Regel kann nämlich nur die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten zu einer außerordentlichen Kündigung des betroffenen Betriebsratsmitglieds führen. Eine Amtspflichtverletzung eines Betriebsratsmitglieds kann dagegen seinen Ausschluss aus dem Betriebsrat nach § 23 Abs. 1

BetrVG rechtfertigen. Nur wenn durch die Amtspflichtverletzung zugleich Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt werden, kommt sowohl der Ausschluss nach § 23 Abs. 1 BetrVG als auch die außerordentliche Kündigung in Betracht (ErfK/Kiel, § 15 KSchG Rn. 25 m.w.N. insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts),

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze kann die beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3 entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht mit einem dringenden Verdacht begründet werden, der Beteiligte zu 3 habe vom 24.12.2012 bis zum 02.01.2013 eigenmächtig Urlaub angetreten, ohne hierzu eine vorherige Genehmigung eingeholt zu haben.

Die mit dieser Begründung beabsichtigte außerordentliche Kündigung ist jedenfalls unverhältnismäßig. Dabei kann zu Gunsten die Arbeitgeberin von einer Prüfung der besonderen Voraussetzungen einer Verdachtskündigung abgesehen und unterstellt werden, der Beteiligte zu 3 habe die Pflichtverletzungen, derer er von den Arbeitgeberin verdächtigt wird, tatsächlich begangen. Es wird also im Folgenden nicht nur unterstellt, dass es keine Urlaubsgenehmigung für die Zeit vom 24.12.2012 bis zum 02.01.2013 gab, was zwischen den Beteiligten unstreitig ist, sondern auch, dass der Beteiligte zu 3 entgegen seiner Behauptung keinen Urlaubsantrag für die Zeit ab 24.12.2012 gestellt hat.

Es kann weiter angenommen werden, dass der eigenmächtige Antritt eines vom Arbeitgeber nicht genehmigten Urlaubs an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darzustellen (s .z.B. LAG Köln vom 28.06.2013 – 4 Sa 8/13 – Juris). Eine Abwägung der beiderseitigen Interessen ergibt nämlich, dass der Arbeitgeberin jedenfalls die Einhaltung der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Monatsende (§ 5 Abs. 2 des Arbeitsvertrages i.V.m. § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB) zumutbar ist. Diese Kündigungsfrist würde zwischenzeitlich gelten, wenn der Beteiligte zu 3 nicht Mitglied des Betriebsrats wäre.

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnis gegen das Interesse des Arbeitnehmers an

dessen – zumindest vorübergehenden – Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.

Dabei kann zu Gunsten die Arbeitgeberin berücksichtigt werden, dass eine eigenmächtige Urlaubsnahme einen nicht unerheblichen Verstoß gegen die betriebliche Ordnung darstellt und geeignet ist, das in einem Arbeitsverhältnis erforderliche Vertrauen zu stören. Für die Arbeitgeberin spricht auch, dass der Beteiligte zu 3 schuldhaft handelte, wenn er – wie zu Gunsten die Arbeitgeberin unterstellt wird – keinen Urlaubsantrag abgab und wusste, dass er keine Resturlaubsansprüche für 2012 mehr hatte.

Das Alter des Beteiligten zu 3 und die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie dessen störungsfreier Verlauf haben insbesondere deshalb kein großes Gewicht, weil der Beteiligte zu 3 erst seit September 2008 bei die Arbeitgeberin beschäftigt ist und ein Alter hat, bei dem nicht angenommen werden kann, ihm drohe bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit die Arbeitgeberin eine sehr lange Arbeitslosigkeit.

Das Interesse die Arbeitgeberin an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, also ohne Einhaltung der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist, lässt sich allerdings weder mit betrieblichen Störungen noch mit einer denkbaren Schädigung der Arbeitgeberin begründen. Der Beteiligte zu 3 war freigestelltes Betriebsratsmitglied und es ist nicht ersichtlich, dass dadurch irgendwelche Störungen aufgetreten wären, dass er ab dem 24.12.2012 keine Betriebsratstätigkeiten verrichtete. Es bestand auch keine Gefahr, dass der Beteiligte zu 3 durch sein Verhalten zusätzliche, ihm nicht zustehende Freizeit erlangt. Trotz seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied stempelte er ein und aus (s. Seite 3 des Anhörungsschreibens an den Betriebsrat vom 15.01.2013; Zeitnachweislisten ASt 34 – Bl. 195 ff d.A.). Sein Fehlen ab dem 24.12.2012 musste also von der Arbeitgeberin bemerkt werden. Tatsächlich stellte Frau G. (Directorin Human Resources) das Fehlen des Beteiligten zu 3 bei Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit nach den Weihnachtstagen und nach Neujahr fest und forderte den Beteiligten zu 3 auf, seine Arbeit unverzüglich wieder aufzunehmen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Beteiligte zu 3 zum Zeitpunkt seines Fehlens vom 24.12.2012 bis 02.01.2013 nicht einschlägig abgemahnt war, obwohl er am

13.12.2012 eine vergleichbare Pflichtverletzung begangen hatte. Auf das unentschuldigte Fehlen des Beteiligten zu 3 an diesem Tag reagierte die Mitarbeiterin der Personalabteilung Frau S zunächst mit der E-Mail vom 17.12.2012 (Bl. 190 d.A.). Darin teilte sie dem Beteiligten zu 3 mit, dass der 13.12.2012 weder als Urlaubstag gebucht werden könne noch eine Verrechnung mit Überstunden möglich sei. In dieser E-Mail wurde der Beteiligte zu 3 jedoch nicht auf die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens hingewiesen und auch nicht gewarnt, dass er durch sein Verhalten den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährde. Die Abmahnung wegen des Fehlens am 13.12.2012 erfolgte erst am 08.01.2013, also nach dem erneuten Fehlen, das die außerordentliche Kündigung begründen soll. Im Zeitpunkt des Fehlens ab dem 24.12.2012 war der Kläger also nicht gewarnt, dass er bei einer eigenmächtigen Urlaubsnahme mit einer außerordentlichen Kündigung rechnen müsse.

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kommt die Kammer damit zu dem Ergebnis, dass die einzig mögliche außerordentliche Kündigung wegen des Vorwurfs der eigenmächtigen Urlaubsnahme nicht gerechtfertigt ist. Ob bei einem Arbeitnehmer, der nicht dem Betriebsrat angehört, eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre oder ob eine Abmahnung ausgereicht hätte, um künftige vergleichbare Störungen zu vermeiden, bedarf keiner Entscheidung.

3. Die beabsichtigte außerordentliche Kündigung kann weiter nicht darauf gestützt werden, es bestehe der dringende Verdacht, der Beteiligte zu 3 habe durch Äußerungen, die in der Qu Zeitung vom 15.11.2012 wiedergegeben sind, öffentlich Unwahrheiten verkündet und die Arbeitgeberin bzw. Mitarbeiter der Arbeitgeberin in Misskredit gebracht. Insoweit liegen nämlich die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung nicht vor und die beabsichtigte Kündigung ist auch nicht als Tat Kündigung gerechtfertigt

a) Das Arbeitsgericht hat auf Seite 20 des angefochtenen Urteils (B. III. 2. b) zutreffend wiedergegeben, unter welchen Voraussetzungen eine Verdachtskündigung möglich ist. Allerdings teilt die Beschwerdekammer die Auffassung des Arbeitsgerichts, es bestehe der dringende Verdacht, der Beteiligte zu 3 habe sich gegenüber dem Reporter der Qu Zeitung in der wiedergegebenen Art geäußert, und die Arbeitgeberin habe alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, nicht.

aa) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts werden an die Verdachtskündigung wegen des Risikos, einen „Unschuldigen“ zu treffen, hohe Anforderungen gestellt. Dies gilt zunächst für die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts. Der notwendige schwerwiegende Verdacht muss sich aus den Umständen ergeben bzw. objektiv durch Tatsachen begründet sein. Er muss ferner dringend sein, d.h. bei einer kritischen Prüfung muss eine auf Beweisanzeichen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit für die erhebliche Pflichtverletzung bestehen (z.B. Urteil vom 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – Juris). In neueren Entscheidungen formuliert das Bundesarbeitsgericht, der Verdacht müsse erdrückend sein (z.B. Urteil vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 – NZA 2014, 243).

Hier ergibt sich ein solcher dringender oder erdrückender Verdacht weder aus dem Umstand, dass der Beteiligte zu 3 in dem Zeitungsartikel wörtlich zitiert wird, noch daraus, dass er vor dem Zustimmungsantrag an den Betriebsrat erklären ließ, er werde sich nicht äußern. In Rechtsprechung und Literatur wird angenommen, dass beispielsweise die dem Arbeitgeber seitens einer staatlichen Ermittlungsbehörde zugeleitete Zusammenfassung von Ermittlungsergebnissen noch nicht zur Begründung eines dringenden Verdachts ausreiche. Gleiches gelte für den Erlass eines Haftbefehls (APS/Dörner/Vossen § 626 BGB Rn 358 a m.w.N.). Nach Ansicht der Kammer begründet das wörtliche Zitat in den Zeitungsartikel noch keine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich der Beteiligte zu 3 tatsächlich so geäußert hat. Zeitungsartikel enthalten häufig Ungenauigkeiten, die nur in wenigen Fällen zum Anlass für Richtigstellen oder Gegendarstellungen genommen werden. Beispielsweise kam in mehreren Zeitungsartikeln betreffend das vorliegende Verfahren nicht zum Ausdruck, dass die Kündigung des Beteiligten zu 3 noch gar nicht ausgesprochen, sondern erst beabsichtigt ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein Zeitungsartikel wiedergibt, was der jeweilige Reporter wahrgenommen hat, also nicht als objektive Tatsache i.S.d. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angesehen werden kann. Würde man in einer solchen Konstellation die Aussage einer beteiligten Person zur Begründung eines dringenden Verdachts ausreichen lassen, so würde dies dazu führen, dass eine bei einer Tat Kündigung denkbare notwendige Beweiswürdigung nach einer Vernehmung von Zeugen nicht vorgenommen werden kann.

Weiter macht der Umstand, dass der Beteiligte zu 3 vor dem Zustimmungsantrag an den Betriebsrat erklären ließ, er werde sich nicht äußern, den vorhandenen Verdacht nicht zu einem dringenden, erdrückenden. Auch wenn der Beteiligte zu 3 die zitierte Äußerung nicht gemacht hat, gibt es schlüssige Erklärungen für seine Reaktion im Anhörungsverfahren. So verweist er darauf, er sei lediglich aufgefordert worden, die Namen der Vorgesetzten zu nennen, nicht jedoch nach der Richtigkeit der zitierten Äußerung und nach dem Zusammenhang gefragt worden. Es ist auch denkbar, dass der Beteiligte zu 3 selbst Äußerungen von Vorgesetzten nicht wahrgenommen hat, ihm aber solche Äußerungen von anderen Arbeitnehmern berichtet wurden und er in diesem Zusammengebeten wurde, keine Namen zu nennen. Der Beteiligte zu 3 hätte zwar solche Erklärungen auch schon im Anhörungsverfahren gegenüber die Arbeitgeberin mitteilen können. Sein Unterlassen macht gleichwohl den vorhandenen Verdacht nach Ansicht der Kammer noch nicht zu einem dringenden.

bb) Außerdem hat die Arbeitgeberin nicht alles ihr Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss die Arbeitgeberin den Sachverhalt zunächst selbst aufklären und möglichen Fehlerquellen nachgehen. Dabei richtet sich der Umfang ihrer Nachforschungspflichten nach den Umständen des Einzelfalls (BAG vom 29.11.2007 aaO). Dies bedeutet auch, dass die Arbeitgeberin die Personen anhören muss, die bei dem verdachtsauslösendem Vorgang anwesend waren (ebenso Hessisches LAG vom 24.10.2012 – 12 TaBV 46/11 – Juris). Hier hätte jedenfalls der Reporter der Qu Zeitung befragt werden können. Diesen hätte die Arbeitgeberin nicht nur nach den Umständen und dem Inhalt der Äußerung fragen können, sondern auch danach, wer bei dem Vorfall sonst anwesend war. Auf Seite 4 des Schriftsatzes vom 31.12.2013 geht die Arbeitgeberin selbst davon aus, dass die Begleitumstände des Zitats nicht geklärt sind. Sie stellt die Fragen, wer in der Gruppe stand, was gesagt wurde und wie der Journalist eingebunden war. Die Arbeitgeberin hätte zumindest den Versuch unternehmen müssen, diese Fragen zu klären, bevor sie um Zustimmung zu einer Verdachtskündigung bittet.

b) In Verbindung mit dem Artikel in der Qu Zeitung kommt auch eine Tat Kündigung nicht in Betracht. Das Gericht hat zwar zu prüfen, ob die von der Arbeitgeberin vorgetragene Verdachtsmomente geeignet sind, die Überzeugung von einer entsprechenden Tat

zu gewinnen und damit die Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer Tatkündigung zu rechtfertigen (BAG vom 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – NZA 2009, 1136; BAG vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 – NZA 2014, 243). Die Anerkennung einer nachgewiesenen Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund setzt jedoch voraus, dass dem Betriebsrat alle Tatsachen mitgeteilt worden sind, die nicht nur den Verdacht, sondern den Tatvorwurf selbst begründen (BAG aaO). Daran fehlt es hier. Im Zustimmungsantrag an den Betriebsrat vom 30.11.2012 stützt sich die Arbeitgeberin allein auf den Artikel in der Qu Zeitung und den darauf begründeten Verdacht. Dagegen gibt es keinen konkreten Tatsachenvortrag, in welchem Zusammenhang der Beteiligte zu 3 welche Äußerung gemacht hat.

4. Die beabsichtigte Kündigung kann schließlich nicht damit begründet werden, der Beteiligte zu 3 habe am Morgen des 31.10.2012 Mitarbeiter bedroht, wenn sie der Aufforderung zu Teilnahme am Streik nicht folgen würden, würden sie für die nächste Saison keinen Vertrag erhalten. Zu der insoweit beabsichtigten Tatkündigung hat die Arbeitgeberin nämlich die Zustimmung des Betriebsrats nicht rechtzeitig beantragt.

a) Im Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 BetrVG kann die Arbeitgeberin neue Kündigungsgründe nachschieben, gleichgültig ob er sie vor Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens gekannt hat oder ob sie vor Einleitung des Zustimmungsverfahrens entstanden sind oder nicht. Voraussetzung ist allerdings, dass die Arbeitgeberin die neuen Kündigungsgründe vor ihrer Einführung in das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren dem Betriebsrat mitteilt und ihm gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (BAG vom 23.04.2008 – 2 ABR 71/07 – NZA 2008, 1081; BAG vom 22.08.1974 – 2 ABR 17/74 – AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972). Das Nachschieben von Kündigungsgründen ist zulässig, weil noch keine Kündigung ausgesprochen ist und damit der Zweck des Zustimmungsverfahrens, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, vor Ausspruch der Kündigung auf den Kündigungsentschluss der Arbeitgeberin einzuwirken, noch erreichbar ist. Für die Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen sprechen außerdem Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit. Würde man das Nachschieben von Kündigungsgründen nicht zulassen, müsste die Arbeitgeberin ein selbständiges Zustimmungsverfahren beim Betriebsrat und für den Fall der Zustimmungsverweigerung ein neues Beschlussverfahren einleiten (LAG Nürnberg vom 25.03.1999 – 8 TaBV 21/98 – Juris).

Die Mitteilung der neuen Gründe hat jedenfalls an den Betriebsrat innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu erfolgen. Sinn der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist es, dem Arbeitnehmer baldmöglichst Klarheit darüber zu verschaffen, ob die Arbeitgeberin ein bestimmtes Verhalten zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nehmen wird. Darüber hinaus soll verhindert werden, dass die Arbeitgeberin sich Kündigungsgründe quasi „aufspart“, um den Arbeitnehmer durch die Drohung mit der außerordentlichen Kündigung unter Druck setzen zu können. Schließlich kann ein langes Zuwarten durch den Arbeitgeber den Eindruck erwecken, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei doch nicht unzumutbar (GKBetrVG/Raab § 103 Rn 83; BAG vom 22.08.1974 aaO). Es kann dahinstehen, ob die Arbeitgeberin die nachgeschobenen Kündigungsgründe sogar innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB in das gerichtliche Zustimmungseretzungsverfahren einführen muss (so Richardi/Thüsing, BetrVG, § 103 Rn 73; KR-Etzel, § 103 BetrVG Rn 124). Denn die Arbeitgeberin hat dem Betriebsrat den Kündigungsgrund der Bedrohung von Mitarbeitern nicht innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen mitgeteilt (§ 626 Abs. 2 BGB).

b) Die Zweiwochenfrist nach § 626 Abs. 2 BGB beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Erforderlich ist eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der maßgeblichen Umstände, die dem Kündigungsberechtigten die Entscheidung ermöglichen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Eingeschlossen ist die Beschaffung und Sicherung möglicher Beweismittel für die ermittelte Pflichtverletzung. Der Fristbeginn ist solange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte aus verständlichen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen anstellt. Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) muss sich die Arbeitgeberin die Kenntnis von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Funktion zurechnen lassen. Diese Personen müssen eine herausgehobene Position im Betrieb haben und tatsächlich sowie rechtlich in der Lage sein, einen Sachverhalt so umfassend zu klären, dass mit ihrer Meldung der Kündigungsberechtigte ohne weitere Erhebungen und Ermittlungen seine Kündigungsentscheidung treffen kann (APS/Dörner/Vossen Rn 125 ff zu § 626 BGB m.w.N. insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts).

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze begann hier die Zweiwochenfrist zur Mitteilung der Kündigungsgründe an den Betriebsrat spätestens am 20.11.2012. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Direktorin im Bereich Human Resources Frau G. entweder persönlich oder telefonisch mit den Mitarbeitern Gespräche geführt, die nach den durchgeführten Ermittlungen Aussagen zu den Vorfällen am 31.10.2012 machen konnten. Die Arbeitgeberin trägt selbst vor, dass Frau G. die Angelegenheit mit Frau A. und Herr D. bis zum 15.11.2012 im Detail besprochen habe. Nach dem Sachvortrag die Arbeitgeberin konnte Frau G. erst nach dem 15.11.2012 telefonisch mit Frau Werbizki sprechen, bezüglich des Telefonats mit der Zeugin B. trägt die Arbeitgeberin kein Datum vor. Dieser Sachvortrag kann nur so verstanden werden, dass die Telefonate mit den Mitarbeiterinnen C. und B. in den Tagen unmittelbar nach dem 15.11.2012 stattfanden. Nach dem Sachvortrag der Arbeitgeberin bestätigten die Mitarbeiterinnen C. und B. in den Telefonaten die dem Beteiligten zu 3 vorgeworfene Äußerung. Nach Durchführung der persönlichen Gespräche sowie der Telefonate hatte Frau G. eine zuverlässige und positive Kenntnis der Umstände, die als Kündigungsgrund geeignet sind.

d) Die Arbeitgeberin muss sich die Kenntnis von Frau G. zurechnen lassen. Dabei kann dahinstehen, ob sie als Direktorin im Bereich Human Resources selbst kündigungs-berechtigt ist. Jedenfalls war sie von der Geschäftsleitung mit der Ermittlung des kündigungsrelevanten Sachverhalts beauftragt worden. Sie war tatsächlich und rechtlich in der Lage, den Sachverhalt so zu klären, dass die Geschäftsleitung mit ihrer Meldung ohne weitere Erhebungen und Ermittlungen ihre Entscheidung treffen konnte.

e) Entgegen der Auffassung die Arbeitgeberin war der Fristbeginn durch die Einholung schriftlicher Stellungnahmen der Arbeitnehmer nicht gehemmt. Jedenfalls insoweit wurden die Ermittlungen nicht mit der gebotenen Eile durchgeführt. Die schriftlichen Stellungnahmen waren zur Klärung des Sachverhalts nicht erforderlich, denn die Mitarbeiter hatten bereits in den persönlichen Gesprächen bzw. in den Telefonaten zum Geschehen am 31.10.2012 Stellung genommen, nach Darstellung der Arbeitgeberin sogar detailliert. In den Gesprächen hatte Frau G. bessere Möglichkeiten der Aufklärung des Sachverhalts als durch schriftliche Stellungnahmen, denn in den Gesprächen konnte sie jederzeit Nachfragen stellen und dabei auf die entscheidenden Umstände abstellen. Dagegen bergen schriftliche Stellungnahmen immer die Gefahr in sich, dass ein Sachverhalt verkürzt dar-

gestellt wird. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum die exakte Formulierung der Äußerung des Beteiligten zu 3 durch die Anforderung einer schriftlichen Stellungnahme besser zu klären gewesen sein soll als durch ein Gespräch. Auch Gründe der Beweissicherung rechtfertigen es nicht, eine Hemmung der Frist anzunehmen. Wenn die Arbeitgeberin schriftliche Aussagen der Mitarbeiter für erforderlich hielt, so hätte sie diese auch nach Einleitung des Zustimmungsverfahrens beim Betriebsrat noch einholen können.

5. Der Hilfsantrag der Arbeitgeberin auf Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem Betriebsrat ist zulässig, aber unbegründet, denn § 23 Abs. 1 BetrVG begründet keinen Anspruch auf Ausschluss aus dem Betriebsrat, wenn die Amtsperiode abgelaufen und das Betriebsratsmitglied wieder gewählt worden ist.

a) Über den Hilfsantrag ist zu entscheiden, obwohl das Arbeitsgericht über diesen Antrag nicht entschieden und die Arbeitgeberin jedenfalls in der Beschwerdeerwiderungsfrist keine Anschlussbeschwerde eingelegt hat. Das Arbeitsgericht konnte über den Hilfsantrag nicht entscheiden, weil es schon dem Hauptantrag stattgegeben hat. In einem solchen Fall kann das Landesarbeitsgericht auch ohne eine Anschlussbeschwerde über den erstinstanzlich gestellten Hilfsantrag entscheiden, wenn – wie hier – die Beschwerde hinsichtlich des Hauptantrags begründet ist. Der Hilfsantrag wurde schon durch die Beschwerden der Beteiligten zu 2 und 3 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (s. BGH vom 20.09.2004 – II ZR 264/02 – Juris sowie vom 20.09.1999 – II ZR 345/97 – NJW 99, 3779 betreffend Revisionsverfahren). Die Antragstellerin bestimmt durch ihre Anträge, womit sich das Gericht zu befassen hat. Die durch sie zur Überprüfung gestellten Streitgegenstände können die weiteren Beteiligten nicht durch die bloße Rechtsmitteleinlegung beschränken. Nachdem die Antragstellerin erstinstanzlich mit ihrem Begehren durchgedrungen war, bestand für sie kein Anlass, im Wege einer Eventualananschließung den Hilfsantrag in die Rechtsmittelinstanz zu bringen, um eine volle Überprüfung ihres unveränderten Begehrens sicherzustellen (Ostrowicz/Künzl, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, Rn 518 b für das Berufungsverfahren).

b) Die Umformulierung des Antrags ist zulässig. Es liegt keine Antragsänderung nach §§ 87 Abs. 2 Satz 3 2. Hs, 81 Abs. 3 ArbGG vor. Eine Antragsänderung setzt nämlich eine Änderung oder Erweiterung des Streitgegenstands voraus (Schwab/Weth, ArbGG,

§ 81 Rn 111). Hier hat die Arbeitgeberin lediglich ihren Antrag klargestellt, denn ihr Begehren auf Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem Betriebsrat blieb unverändert. Nach Ablauf der Amtszeit und Neuwahl des Betriebsrats konnte sich dieses Begehren nur auf den neu konstituierten Betriebsrat beziehen.

Aber selbst wenn eine Antragsänderung vorläge, wäre diese zulässig. Dann würde die Zustimmung der Beteiligten zu 2 und 3 als erteilt gelten, denn sie haben sich rügelos auf den neuen Antrag eingelassen (§ 81 Abs. 3 S. 2 ArbGG).

c) Der Antrag ist zulässig. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar angenommen, dass ein Ausschlussverfahren nach § 23 BetrVG mit Ablauf der Amtszeit, in der das Betriebsratsmitglied seine Pflichten grob verletzt haben soll, gegenstandslos wird und deshalb das Rechtsschutzinteresse für den Ausschlussantrag wegfällt (Beschluss vom 29.04.1969 – 1 ABR 19/68 – AP Nr. 9 zu § 23 BetrVG). Hier kann ein Fehlen des Rechtsschutzinteresses jedenfalls deshalb nicht angenommen werden, weil die Arbeitgeberin klar gestellt hat, dass sie den Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem am 28.08.2013 konstituierten Betriebsrat begehrt. Das Rechtsschutzinteresse fehlt nur bei objektiven sinnlosen Anträgen, insbesondere wenn es einen einfacheren Weg gibt, das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Arbeitgeberin kann den Ausschluss des Beteiligten zu 3 aus dem Betriebsrat nur durch einen gerichtlichen Antrag erreichen. Die Frage, ob dieses Begehren nach Ablauf der Amtszeit erreicht werden kann, betrifft die Begründetheit des Antrags.

d) Der Antrag ist unbegründet, denn § 23 Abs. 1 BetrVG ermöglicht einen Ausschluss aus dem Betriebsrat nicht, wenn die Amtszeit des Betriebsrats abgelaufen ist, während derer das Betriebsratsmitglied die ihm vorgeworfenen Pflichtverletzungen begangen haben soll.

Die Frage, ob der Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds nach Ablauf der Amtszeit noch möglich ist, wenn es in der folgenden Amtsperiode wiedergewählt wird, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Wie ausgeführt hat das Bundesarbeitsgericht in dem oben genannten Beschluss vom 29.04.1969 angenommen, ein Ausschlussantrag werde mit Ablauf der Amtszeit, in der das Betriebsratsmitglied seine Pflichten grob verletzt haben soll, unzulässig (ebenso LAG München vom 12.08.2008 – 6 TaBV

133/07 – Juris; LAG Hamm vom 09.02.2007 – 10 TaBV 54/06 – Juris; Fitting § 23 BetrVG Rn 25). Dagegen wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, bei einem groben Verstoß des Betriebsratsmitglieds gegen seine Amtspflichten und einem Fortwirken der Amtspflichtverletzung seien die nach § 23 Abs. 1 BetrVG Antragsberechtigten befugt, den Ausschluss des Betriebsratsmitglieds jedenfalls noch in der folgenden Amtsperiode zu betreiben (GKBetrVG/Oetker, § 33 Rn 55; ähnlich Richardi/Thüsing, § 23 BetrVG Rn 26; ErfK/Koch, § 23 BetrVG Rn 2).

Nach Ansicht der Kammer sprechen die vom Bundesarbeitsgericht in dem genannten Beschluss ausführlich dargestellten Gründe dafür, dass ein Ausschlussantrag nach Ablauf der Amtszeit unbegründet ist. Ein Indiz hierfür ergibt sich schon aus der Gesetzessystematik. § 23 BetrVG behandelt nicht nur den Ausschluss eines oder mehrerer Mitglieder aus dem Betriebsrat, sondern auch die Auflösung des ganzen Betriebsrats. Für beide Fälle gelten die gleichen Voraussetzungen, es muss eine grobe Verletzung der gesetzlichen Pflichten vorliegen. In beiden Fällen bewirkt erst die rechtskräftige gerichtliche Entscheidung den Amtsverlust. Der Betriebsrat, dessen Amtszeit abgelaufen ist, kann nicht mehr aufgelöst werden. Dies spricht dafür, dass es auch beim Ausschlussverfahren gegen ein einzelnes Betriebsratsmitglied auf den Ablauf der Amtszeit ankommen soll (BAG aaO Rn 23). Außerdem regelt § 24 BetrVG, dass die Mitgliedschaft im Betriebsrat u.a. durch den Ausschluss aus dem Betriebsrat endet. Wenn das Gesetz mehrere Gründe für das Erlöschen der Mitgliedschaft nebeneinander stellt, so kann dies dahingehend verstanden werden, dass der Ablauf der Amtszeit auch im Rahmen des § 23 BetrVG erheblich ist (BAG aaO Rn 24).

Schließlich sprechen Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung dagegen, dass ein Ausschluss auch dann möglich ist, wenn das auszuschließende Betriebsratsmitglied wiederum in den Betriebsrat gewählt worden ist. Würde man den Ausschluss aus dem Betriebsrat in der nächsten Amtsperiode zulassen, dann hinge die Mitgliedschaft im Betriebsrat letztlich davon ab, zu welchem Zeitpunkt eine rechtskräftige Entscheidung über den Ausschlussantrag ergeht. Bei einer rechtskräftigen Entscheidung über den Ausschlussantrag noch während der alten Amtszeit könnte das ausgeschlossene Betriebsratsmitglied in den neuen Betriebsrat gewählt werden. Das Gesetz regelt nämlich nur den Ausschluss aus dem Betriebsrat, nicht dagegen den Verlust der Wählbarkeit. Wird das Ausschlussver-

fahren dagegen erst in der neuen Amtszeit beendet und würde auch jetzt noch der Ausschluss zulässig sein, dann müsste der Arbeitnehmer bei einer entsprechenden Entscheidung des Gerichts sein neues Amt beenden, obwohl ihm aus seiner Tätigkeit in der neuen Amtszeit keine Vorwürfe i.S.d. § 23 BetrVG gemacht werden können (BAG aaO Rn 30). Ein solches von Zufälligkeiten abhängiges Ergebnis lässt sich nicht rechtfertigen. Es kann nur verhindert werden, wenn man § 23 Abs. 1 BetrVG so versteht, dass er nur den Ausschluss aus dem Betriebsrat ermöglicht, in dessen Amtszeit das Betriebsratsmitglied seine Pflichten grob verletzt haben soll.

Für die gegenteilige Auffassung, bei einem Fortwirken der Pflichtverletzung müsse ein Ausschluss aus dem Betriebsrat auch noch in der folgenden Amtsperiode möglich sein, gibt es keine aus dem Gesetz ableitbare Begründung. Es gibt weder eine gesetzliche Regelung, die den Entzug der Wählbarkeit zum Inhalt hätte, noch lassen sich die erläuterten Zufälligkeiten vermeiden, wenn der Ausschluss noch in der folgenden Amtsperiode erfolgen könnte. Deshalb kann offenbleiben, ob die von der Arbeitgeberin behaupteten Pflichtverletzungen tatsächlich vorliegen, sich auch in der laufenden Amtszeit auswirken und eine Wiederholungsgefahr besteht.

### III.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar, da kein Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 92 Abs. 1 i.V.m. § 72 Abs. 2 ArbGG) vorliegt. Auf § 92 a ArbGG (Nichtzulassungsbeschwerde) wird hingewiesen.