



LANDEsarbeitsgericht NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

in dem Beschlussverfahren

1. Firma A...

- Antragstellerin, Beteiligte zu 1) und Beschwerde-
gegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

g e g e n

2. Betriebsrat A...

3. B...

- Antragsgegner, Beteiligte zu 2) und 3) und Be-
schwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

wegen: Zustimmungsersetzungsverfahren

Die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **R o t h** und die ehrenamtlichen Richter Wiedemann und Schößler aufgrund der Anhörung vom 02. Mai 2007

für Recht erkannt:

1. Die Beschwerden gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Würzburg – Kammer Aschaffenburg – vom 27.07.2006, Az.: 10 BV 3/06 A, werden zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Ersetzung der vom Beteiligten zu 2) verweigerten Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3).

Die Antragstellerin betreibt in C... einen Paketumladebetrieb mit aktuell etwa 90 Mitarbeitern. Bei dem Beteiligten zu 2) handelt es sich um den dortigen Betriebsrat, der aktuell aus fünf Mitgliedern besteht und in früheren Wahlperioden sieben Mitglieder umfasst hat.

Der verheiratete und einem Kind unterhaltsverpflichtete Beteiligte zu 3) ist bei der Antragstellerin seit dem 07.03.1983 beschäftigt, seit dem 01.05.1997 als Meister und seit dem 01.04.2001 als einer von zwei Nachtdienstleitern mit einem Bruttomonatsgehalt von EUR 4.954,40. Die Nachtdienstleiter sind die Vorgesetzten nahezu aller Arbeitnehmer des Betriebes, denn diese werden fast ausschließlich im Nachtdienst eingesetzt. In der betrieblichen Hierarchie stehen über ihnen nur der Prokurist, der Betriebsleiter sowie die Geschäftsführer.

Der Beteiligte zu 3) ist seit 1984 Mitglied des Betriebsrates. Er war von 1985 bis 2006 dessen Vorsitzender und übt aktuell die Funktion des Schriftführers aus.

Ende des Jahres 1993 versuchte der Betriebsrat, vertreten durch den Beteiligten zu 3), der damals als Vorarbeiter tätig war, die Entlassung des damals als Meister beschäftigten Mitarbeiters D... nach § 104 BetrVG zu erwirken. Dieser soll den Lagerarbeiter E... tätlich angegriffen haben. Auf den diesbezüglichen Schriftwechsel (Kopien Bl. 178 – 184 d.A.) wird verwiesen.

Im Jahr 1996 unternahm der Betriebsrat, wiederum vertreten durch den Beteiligten zu 3), den Versuch, den stellvertretenden Nachtdienstleiter und Betriebsrat F... in einem Verfahren nach § 104 BetrVG aus dem Betrieb zu entfernen. Dieser soll das Betriebsratsmitglied G... in der Betriebsratssitzung vom 03.10.1996 beleidigt und tätlich angegriffen haben. In einem von dem Mitarbeiter G... gegen den Kollegen F... geführten Zivilprozess vor dem Amtsgericht Aschaffenburg, Az.: 12 C 626/97, haben der Beteiligte zu 3) und die Mitarbeiter H... und I... als Zeugen ausgesagt. Diesbe-

züglich wird auf die Kopien der Sitzungsniederschriften vom 09.07.1997 und 17.09.1997 (Bl. 147 – 153, 169 – 177 d.A.) Bezug genommen. Mit Vergleich vom 17.09.1997 verpflichtete sich der Mitarbeiter F... an den klagenden Kollegen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht DM 150,-- zu bezahlen.

Mit Zustimmung des Beteiligten zu 2) vom 13.03.2002 gemäß § 103 BetrVG kündigte die Antragstellerin den damaligen Wahlbewerbern J... und K... jeweils mit Schreiben vom 14.03.2002 wegen behaupteter Bedrohungen anderer Mitarbeiter. Beide Wahlbewerber kandidierten auf einer gegnerischen Liste zum bisherigen Betriebsrat. Der im Jahr 2002 aus dem Betriebsrat ausgeschiedene Mitarbeiter G... wurde von der Antragstellerin im Jahr 2003 wegen einer behaupteten Bedrohung des Beteiligten zu 3) und anderer Betriebsratskollegen gekündigt.

Wegen einer Serie von Diebstählen aus Paketsendungen installierte die Antragstellerin in der Verklebestation des Betriebes nach vorheriger Information des Beteiligten zu 3) und des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden L... eine Videokamera. Die Videoaufnahmen führten dazu, dass in der Nacht vom 10. auf den 11.01.2005 die Mitarbeiter M..., N..., O..., P... und Q... am Arbeitsplatz verhaftet worden sind und gegen sie ein Strafverfahren geführt wird.

Am 10.02.2006 erklärten sich die betroffenen Mitarbeiter M... und N... in Anwesenheit ihrer Strafverteidiger gegenüber dem Geschäftsleiter R... und dem Betriebsleiter S... zu den Diebstählen und der Rolle des Beteiligten zu 3). Das erstellte schriftliche Protokoll (Kopie Bl. 12 – 14 d.A.) ist von der Antragstellerin dem Gericht im Original vorgelegt worden. Am 10.02.2006 und an den Folgetagen erklärten sich gegenüber der Geschäftsleitung noch mehrere Mitarbeiter zu den Diebstahlsangelegenheiten und zu den Handlungsweisen des Beteiligten zu 3). Insoweit wird auf die bei den Akten befindlichen Kopien (Bl. 15 – 23 d.A.) Bezug genommen.

Am 13.02.2006 übergaben der Geschäftsleiter und der Betriebsleiter dem Beteiligten zu 3) wegen des Verdachts von kriminellen Handlungen gegenüber Arbeitskollegen und dem Unternehmen ein schriftliches Hausverbot (Kopie Bl. 323, 324 d.A.). Die Antragstellerin leitete dem Beteiligten zu 3) am 14.02.2006 ein Schreiben zu, in dem der Beteiligte zu 3) aufgefordert worden ist, zu dem dringenden Tatverdacht am Nachmittag des 16.02.2006 in einem persönlichen Gespräch Stellung zu nehmen. In der Anlage des Schreibens ist dem Beteiligten zu 3) auszugsweise der Inhalt der Erklärungen des Mitarbeiters M... zugeleitet worden (vgl. Kopie des Anschreibens und der Anlage, Bl. 320 -322 d.A.).

Den Anhörungstermin vom 16.02.2006 sagte der Beteiligte zu 3) mit der Begründung telefonisch ab, er verfüge über keinen Rechtsbeistand.

Die Antragstellerin beantragte bei dem Beteiligten zu 2) mit Schreiben vom 20.02.2006 (Kopie Bl. 9 – 11 d.A.) nebst den beigefügten Gesprächsprotokollen (Kopien Bl. 12 – 23 d.A.) und des Anhörungsschreibens (Kopie Bl. 320 – 322 d.A.) die Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) gemäß § 103 BetrVG. In dem Schreiben wies die Antragstellerin u.a. darauf hin, dass bereits am 14.02.2006 gegen den Beteiligten zu 3) Strafanzeige bei der Kripo T... erstattet worden sei und sie „aus den dargestellten Gründen und den vorgelegten Unterlagen“ der Auffassung sei, der Beteiligte zu 3) habe schwerwiegende Vertragsverletzungen begangen, indem er seine Pflichten als Vorarbeiter bei bekanntgewordenen Diebstählen verletzt habe, andere Mitarbeiter angestiftet bzw. genötigt habe, falsche Anzeigen zu erstatten bzw. als Zeuge falsch auszusagen und er gemeldete Straftaten gebilligt und verdeckt habe.

Mit Schreiben vom 23.02.2006 (Kopie Bl. 24 d.A.) verweigerte der Beteiligte zu 2) die Zustimmung mit der Begründung, die aufgestellten Behauptungen seien nicht bewiesen.

Mit dem noch am selben Tag beim Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Aschaffenburg – eingegangenen Schriftsatz vom 24.02.2006 beantragt die Antragstellerin die Ersetzung der verweigerten Zustimmung des Beteiligten zu 2) zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3).

Die Antragstellerin stützte die beantragte Zustimmungsersetzung zusätzlich auf Aussagen der Mitarbeiter P..., D... und G.... Die diesbezüglich gefertigten Protokolle (Kopien Bl. 115/116, 144, 166 -168 d.A.) sind von der Antragstellerin dem Gericht im Original zugeleitet worden.

Bezüglich der Anträge der Beteiligten und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf die Gründe des Beschlusses des Arbeitsgerichts Würzburg – Kammer Aschaffenburg – vom 27.07.2006 Bezug genommen.

Das angerufene Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Aschaffenburg – hat mit Beschluss vom 27.07.2006 die verweigerte Zustimmung des Beteiligten zu 2) zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) ersetzt.

Gegen den Beschluss, der den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2) und 3) am 27.09.2006 zugestellt worden ist, haben diese mit Telefax vom 25.10.2006 Beschwerde eingelegt und sie innerhalb der bis 18.12.2006 verlängerten Begründungsfrist mit Telefax vom 18.12.2006 begründet.

Die Beschwerdeführer meinen, auch der Beteiligte zu 3) sei beschwerdeberechtigt. Das Erstgericht habe die verweigerte Zustimmung nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung überprüfen und gerichtlich ersetzen dürfen. Dies sei nur dann möglich, wenn die beabsichtigte Kündigung damit begründet werde, gerade der Verdacht eines nicht erwiesenen oder vom Arbeitgeber nicht für sicher gehaltenen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Um eine Verdachtskündigung handele es sich jedoch dann nicht, wenn der Arbeitgeber das strafbare oder vertragswidrige Verhalten als sicher hinstelle und mit dieser Begründung die Kündigung erklären wolle. Die Antragstellerin habe sich im vorliegenden Fall auf die Aussage von Zeugen gestützt, die eine Tatbegehung durch den Beteiligten zu 3) durch ein Handeln oder Unterlassen bestätigen sollen. Insoweit müsse von einer beabsichtigten Tatkündigung ausgegangen werden und hätte das Erstgericht deshalb die Beweise erheben müssen, die für oder gegen eine Täterschaft des Beteiligten zu 3) sprächen. Nur hierdurch werde es dem Beteiligten zu 3) ermöglicht, den behaupteten Sachverhalt zu entkräften und die beabsichtigte Kündigung abzuwenden.

Das Erstgericht habe aufgrund der Aussage der Gebrüder M... und N... nicht davon ausgehen dürfen, der Beteiligte zu 3) habe diese zu einer Falschaussage angestiftet. Der Mitarbeiter G... habe nämlich nicht den Gebrüdern M... und N..., sondern dem Mitarbeiter U... eine Gewehrpatrone gezeigt mit dem Hinweis, diese sei für den Beteiligten zu 3) gedacht. Dieser Mitarbeiter hätte von dem Erstgericht als Zeuge einvernommen werden müssen.

Auch bei der behaupteten falschen Anschuldigung gegenüber dem Mitarbeiter F... hätte der Sachverhalt nicht unter dem Gesichtspunkt des Verdachts sondern einer

begangenen Tat geprüft werden müssen. Auch hier fehle es an der Aufklärung des tatsächlichen Sachverhaltes.

Die Gebrüder M... und N... hätten sich mit ihren Angaben bei dem Beteiligten zu 3) dafür rächen wollen, dass er zu ihrer strafrechtlichen Verfolgung beigetragen habe, indem er die Videoüberwachung in der Verklebestation zugelassen habe. Die Angelegenheit F... könne nicht mehr zur Kündigung herangezogen werden, da sie dem Geschäftsleiter R... als Kündigungsberechtigten bereits seit Jahren bekannt gewesen sei. Im Übrigen könnten die Zeugen L..., I..., V... und W... bestätigen, dass sich der Sachverhalt so zugetragen habe, wie von dem Beteiligten zu 3) immer behauptet. Aus dem Umstand, dass sich frühere Mitarbeiter erst nach vielen Jahren veranlasst sehen, sich gegenüber der Antragstellerin zu erklären, werde deutlich, dass diese von der Antragstellerin instrumentalisiert würden, um gegen den Beteiligten zu 3) auszusagen.

Bezüglich der näheren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten zu 2) und 3) wird auf die im Beschwerdeverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Die Beteiligten 2) und 3) beantragen:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichtes Würzburg – Kammer Aschaffenburg - vom 27.07.2006, 10 BV 3/06 A, wird aufgehoben.
2. Der Antrag der Beschwerdegegnerin, die Zustimmung des Betriebsrates der A... zur außerordentlichen geplanten Kündigung des B..., Beteiligter zu 3. und Beschwerdeführer, zu ersetzen, wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung trägt sie vor, das Erstgericht habe zu Recht wegen des Verdachtes schwerwiegender Vertragsverletzungen seitens des Beteiligten zu 3) die verweigerte Zustimmung zu dessen außerordentlicher Kündigung ersetzt. Der Beteiligte zu 3) habe es nach Angaben des früheren Mitarbeiters M... in seiner Aussage vom 10.02.2006 nicht nur unterlassen, ihm gemeldete Diebstähle aufzuklären sondern diese ausdrücklich gedeckt. In diesem Zusammenhang habe er Druck auf ihm unterstellte Mitarbeiter ausgeübt, um sie zu Falschaussagen zum Nachteil anderer Mitarbeiter zu veranlassen. Die Gebrüder M... und N... hätten ihre Angaben freiwillig gemacht, auf sie sei seitens der Antragstellerin in keiner Weise eingewirkt worden. Wegen der Musterhaftigkeit des Vorfalles sei der Mitarbeiter F... aufgefordert worden, sich zu dem früheren Vorfall aus dem Jahr 1996 zu erklären. Es seien auch die Umstände, die zur Kündigung des Mitarbeiters J... im Jahr 2002 geführt haben, nochmals untersucht worden. Aus den übereinstimmenden Angaben der Zeugen F... und G... ergebe sich, dass der Beteiligte zu 3) in dem damaligen Zivilprozess eine uneidliche Falschaussage gemacht habe, um dem damaligen Betriebsratskollegen und stellvertretenden Nachtdienstleiter F... zu schaden und ihn aus dem Betrieb zu entfernen.

Bei dem Beteiligten zu 3) handele es sich um den Kopf eines zielgerichtet planenden und handelnden Systems, das unter dem Mantel der Betriebsrätstätigkeit nur den eigenen Vorteil gesucht und verwirklicht habe. Um die eigene Machtposition im Betrieb auszubauen und zu erhalten habe der Beteiligte zu 3) kriminelle Methoden angewandt, um innerbetriebliche Konkurrenten auszuschalten, insbesondere auch Wahlbewerber einer konkurrierenden Liste bei der Betriebsratswahl 2002.

Im Zusammenwirken mit dem Gewerkschaftssekretär X... sei es dem Beteiligten zu 3) zudem gelungen, die Ergebnisse der Betriebsratswahlen 1998 und 2006 durch die abgesprochene Einreichung einer zweiten Gewerkschaftsliste so zu manipulieren, dass von Anfang an festgestanden habe, wer in den Betriebsrat gewählt würde und wer nicht.

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme stünden die Vorwürfe vertraglicher Pflichtverletzungen, die bislang als verdachtsbegründend angesehen worden seien, fest. Der Zeuge M... habe die Wahrheit gesagt, denn seine Angaben seien auch von den hierzu vernommenen Zeugen G... und J... bestätigt worden. Gleiches gelte für den Zeugen G..., dessen Angaben zu dem Vorfall F... sich mit den Aussagen der Zeugen F... und H... decken würden. Aus den übereinstimmenden Angaben der Zeugen G... und D... ergebe sich, dass von dem Beteiligten zu 3) der Arbeitskollege E... instrumentalisiert werden sollte, um den Vorgesetzten D... zu schaden, der dem beruflichen Aufstieg des Beteiligten zu 3) im Wege gestanden habe. Der Zeuge L... habe bezüglich des Vorfalles in der Betriebsratssitzung vom 03.10.1996 nicht die Wahrheit gesagt und sich bezüglich der Umstände eines persönlichen Gespräches mit dem Zeugen F... in Widerspruch zu früher protokollierten Angaben gesetzt. Die Zeugen W..., I... und V... hätten die übereinstimmenden Angaben der Zeugen F... und L... nicht zu erschüttern vermocht.

Der Betriebsratsvorsitzende K... habe im Vorfeld der Beweisaufnahme versucht, die Zeugen G... und P... zu einer Falschaussage zu verleiten und hierbei auch vor dem Mittel der Nötigung nicht zurückgeschreckt.

Bezüglich der näheren Einzelheiten des Vorbringens der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren wird auf die von ihr eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Im Verhandlungstermin vom 02.05.2007 ist Beweis erhoben worden gemäß der gerichtlichen Beweisbeschlüsse vom 12. und 19.04.2007 (Bl. 664 – 667, 680, 681 d.A.) durch uneidliche Einvernahme der Zeugen M..., G..., F..., D..., H..., P..., J..., X..., L..., W..., V... und I.... Bezüglich des konkreten Ergebnisses der durchgeführten Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 02.05.2007 (Bl. 748 – 775 dd.A.) verwiesen.

II.

1. Die Beschwerden sind zulässig.

Sie sind statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2, 89, 66 ArbGG.

Beschwerdebefugt ist auch das nach § 103 Abs. 2 BetrVG zu beteiligende Betriebsratsmitglied (vgl. Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße, ArbGG,

2. Die Beschwerden sind sachlich nicht begründet.

Das Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Aschaffenburg – hat in seinem Beschluss vom 27.07.2006 im Ergebnis zu Recht die verweigerte Zustimmung des Beteiligten zu 2) zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) gemäß § 103 Abs.2 Satz 1 BetrVG ersetzt.

Es liegen nämlich ausreichende Tatsachen vor, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, §§ 15 Abs. 1 Satz 1, 626 BGB.

- a. Nachdem der Beteiligte zu 3) nach Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens am 24.02.2006 in der am 17.05.2006 durchgeführten Betriebsratswahl in seinem Amt bestätigt worden ist, bedarf die beabsichtigte außerordentliche Kündigung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB und der Zustimmung des Betriebsrates bzw. dessen gerichtlicher Ersetzung nach § 103 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG.

Nach § 103 Abs. 1 Satz 1 BetrVG muss das Gericht auf Antrag des Arbeitgebers die verweigerte Zustimmung ersetzen, wenn die beabsichtigte außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt erscheint (vgl. LAG Berlin vom 03.08.1998 – 9 TaBV 4/98 – LAGE Nr. 17 zu § 15 KSchG, m.w.N.).

- b. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats nur dann möglich, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Damit wird nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 Abs. 1 BGB die Kündigungsmöglichkeit eröffnet, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem Betriebsratsmitglied zumutbar ist oder nicht, muss von der Kündigungsfrist ausgegangen werden, die ohne den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG für eine ordentliche Kündigung gelten würde (vgl. BAG vom 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – AP Nr. 202 zu § 626 BGB; LAG Berlin vom 03.08.1998, aaO; KR-Etzel, 8. Aufl., § 15 KSchG Rz 22; jeweils m.w.N.). Werden dem Betriebsratsmitglied ausschließlich arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen vorgeworfen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Betriebsratsmitglied stehen, gelten für Betriebsratsmitglieder die zu § 626 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätze uneingeschränkt. Dieser Personenkreis darf wegen seiner ehrenamtlichen Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden, vgl. § 78 BetrVG (vgl. hierzu LAG Berlin vom 03.08.1998, aaO).

- c. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündi-

gungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Hierbei kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigten Arbeitnehmer darstellen. Der Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer schweren Arbeitspflichtverletzung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat oder den Pflichtverstoß begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in dem Tatvorwurf nicht enthalten ist.

Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluss maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die strafbare Handlung bzw. schwere Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. In Abgrenzung hierzu liegt eine Verdachtskündigung dann vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht – eines nicht erwiesenen – strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unerlässliche Vertrauen zerstört. Die erforderlichen starken Verdachtsmomente müssen auf objektiven Tatsachen gründen und geeignet sein, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören. Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen und insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (vgl. hierzu BAG vom 14.09.1994 – 2 AZR 164/94 – AP Nr. 24 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; vom 13.09.1995 – 2 AZR 587/94 – AP Nr. 25 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).

Die beiden Kündigungsgründe des Verdachts und des Vorwurfs einer Pflichtwidrigkeit stehen gleichwohl nicht beziehungslos nebeneinander. Wird die Kündigung zunächst nur mit dem Verdacht eines pflichtwidrigen Handelns begründet, steht jedoch nach Überzeugung des Gerichts (beispielsweise aufgrund einer Beweisaufnahme) die Pflichtwidrigkeit fest, dann lässt dies die Wirksamkeit der Kündigung aus materiell-rechtlichen Gründen unberührt. Das Gericht ist nicht gehindert, die nachgewiesene Pflichtwidrigkeit als wichtigen Grund anzuerkennen (so BAG vom 06.12.2001 – 2 AZR 496/00 – NZA 2002, 847, 850).

- d. Die von der Antragstellerin beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3) und die beantragte gerichtliche Ersetzung der verweigerten Zustimmung sind im vorliegenden Fall unter dem Gesichtspunkt einer Tatkündigung zu prüfen.

Der Tatvorwurf ist in dem Zustimmungsantrag selbst und durch die beigefügten Aussageprotokolle so konkret bezeichnet worden, dass der Beteiligte zu 2) in die Lage versetzt wurde, dessen Stichhaltigkeit zu überprüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig zu werden. Insoweit ist die Antragstellerin ihrer Mitteilungspflicht in ausreichendem Maße nachgekommen (Vgl. KR-Etzel, 8. Aufl., § 103 BetrVG Rz. 66f, § 102 BetrVG Rz. 62a, m.w.N.).

Die Antragstellerin hat in ihrem Zustimmungsantrag vom 20.02.2006 für den Beteiligten zu 2) hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie aus dem Inhalt der dem Antragschreiber beigefügten Protokolle der Aussagen

mehrerer Mitarbeiter davon ausgeht, der Beteiligte zu 3) habe schwerwiegende Vertragsverletzungen begangen, indem er Straftaten zum Nachteil der Antragstellerin als Vorgesetzter nicht weiterverfolgt sondern gebilligt und gedeckt habe und andere Mitarbeiter dazu angestiftet bzw. genötigt habe, falsche Anzeigen bzw. Falschaussagen zum Nachteil anderer Mitarbeiter zu machen. Die Arbeitgeberin hat damit zum Ausdruck gebracht, nach ihrer Überzeugung habe der Beteiligte zu 3) die dargestellten strafbaren Handlungen bzw. Pflichtverletzungen tatsächlich begangen und aus diesem Grund sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar.

Die Antragstellerin hat zwar in dem Zustimmungsersetzungsverfahren erster Instanz ihre Kündigungsabsicht mit den bestehenden starken Verdachtsmomenten gegenüber dem Beteiligten zu 3) begründet und das Erstgericht hat allein unter diesem Gesichtspunkt das Vorliegen ausreichender Kündigungsgründe geprüft. Zu keinem Zeitpunkt ist die Antragstellerin jedoch davon ausgegangen, das von ihr behauptet strafbare bzw. vertragswidrige Verhalten des Beteiligten zu 3) lasse sich nicht nachweisen, weshalb sie auf den Ausspruch einer Verdachtskündigung angewiesen sei. Von ihr wurden nämlich zur Untermauerung des Wahrheitsgehalts der zu Protokoll abgegebenen Erklärungen diese Personen ausdrücklich als Zeugen benannt.

Insoweit war die beantragte Zeugeneinvernahme geeignet, den Nachweis der Tatbegehung zu führen. Die Einvernahme der benannten Zeugen und Gegenzeugen war auch erforderlich, um der Antragstellerin den Ausspruch einer Tatkündigung zu ermöglichen. Denn hierzu hatte sie den Beteiligten zu 2) um Zustimmung gebeten, diesbezüglich hatte der Beteiligte zu 2) die Zustimmung verweigert und diese verweigerter Zustimmung sollte gerichtlich ersetzt werden.

Auch die Beschwerdeführer rügen unter Ziffer III der Beschwerdebegründung, dass sich das Erstgericht nicht hätte alleine mit dem Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung befassen und ohne Durchführung einer Beweisaufnahme die verweigerter Zustimmung ersetzen dürfen. Die Beschwerdeführer monieren in diesem Zusammenhang zu Recht die unterlassene Durchführung einer umfangreichen Beweisaufnahme.

Nach Durchführung der gebotenen Beweisaufnahme betrachtet die Antragstellerin - ausweislich ihres Schriftsatzes vom 31.05.2007 - die Vorwürfe vertraglicher Pflichtverletzungen, die bislang lediglich als verdachtsbegründend angesehen worden sind, nunmehr als feststehend. Damit stützt die Antragstellerin ihr Zustimmungsbegehren hinreichend deutlich vorrangig auf tatsächlich vom Beteiligten zu 3) begangene vertragliche Pflichtverletzungen.

- e. Die vorrangig unter dem Gesichtspunkt einer Tatkündigung zu untersuchende und zu ersetzende verweigerter Zustimmung könnte zumindest hilfsweise mit einer beabsichtigten Verdachtskündigung begründet werden.
Dann müsste der Arbeitgeber die Kündigung – zumindest hilfsweise – auch auf einen entsprechenden Verdacht stützen und dies sowohl vor dem Prozess, etwa im Zustimmungsantrag, als auch später in den Tatsacheninstanzen zum Ausdruck bringen.
Da der Arbeitgeber damit seine Kündigung auf einen andersartigen Kündigungsgrund stützt und dies bei einem im Betrieb bestehenden Betriebsrat nur dann kann, wenn er den Betriebsrat diesen Kündigungsgrund – zumindest

hilfsweise – mitgeteilt hat, hätte dies im Zustimmungsantrag hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Hiervon ist das Erstgericht in seiner Entscheidung (unter B III der Gründe) ausgegangen, ohne sich diesbezüglich jedoch näher mit dem Inhalt des Zustimmungsantrags vom 20.02.2006 auseinander zu setzen.

Das Bundesarbeitsgericht hat es in seiner Entscheidung vom 20.08.1997 (2 AZR 620/96 – AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung) für eine ausreichende Information des Betriebsrats über eine zumindest hilfsweise beabsichtigte Verdachtskündigung ausreichen lassen, wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut selbst, jedoch aus dem Gesamtzusammenhang des Anhörungsschreibens ergibt. Wenn nämlich der Arbeitgeber dem Betriebsrat das Ermittlungsergebnis mitteilt, aufgrund dessen er von einer Tatbegehung durch den Arbeitnehmer überzeugt ist, aber in dem Anhörungsschreiben den Betriebsrat darauf hinweist, eine Verurteilung wegen vollendeter Straftat sei noch nicht erfolgt „so bringt er damit mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass die auszusprechende Kündigung nicht nur auf vollendete Tatbegehung, sondern auch auf den Verdacht einer strafbaren Handlung gestützt werden soll“ (so das BAG aaO Rz 16).

Ähnlich gelagert ist der vorliegende Fall, denn die Antragstellerin teilte dem Beteiligten zu 2) in dem Zustimmungsantrag vom 20.02.2006 ihr bisheriges Ermittlungsergebnis mit und stellte ihm die erstellten Aussageprotokolle der Mitarbeiter zur Verfügung. Sie wies gleichzeitig darauf hin, dass Strafanzeige erst am 14.02.2006 erstattet worden ist und dementsprechend eine Verurteilung noch gar nicht habe stattfinden können. Des Weiteren teilte sie die beabsichtigte Anhörung des Beteiligten zu 3) zu dem gegebenen Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzungen mit und fügte das Anhörungsschreiben (Kopie Bl. 320 d.A.) in Anlage bei. Aus diesem Schreiben ergibt sich, dass die persönliche Besprechung am 16.02.2006 „wegen des dringenden Verdachts von kriminellen Handlungen gegenüber Arbeitskollegen und dem Unternehmen“ erfolgen sollte und Gelegenheit gegeben werden sollte, sich zur Überprüfung der „bisherigen Informationen“ zu äußern.

Damit wurde für den Beteiligten zu 2) hinreichend deutlich, dass die Antragstellerin vor der unterbliebenen Einlassung des Beteiligten zu 3) zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen von dem Vorliegen tatsächlicher schwerwiegender Pflichtverletzungen ausgegangen ist (Tatkündigung), sie aber zumindest nach dem derzeitigen Informationsstand von einem ausreichenden „dringenden Verdacht von kriminellen Handlungen“ ausgeht (Verdachtskündigung). Unter Berücksichtigung obiger Rechtsprechung genügen die Hinweise auf eine erst unmittelbar zuvor erstattete Strafanzeige und eine beabsichtigte persönliche Anhörung zu dringenden Verdachtsmomenten, um damit im Zustimmungsantrag hinreichend deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass die beabsichtigte außerordentliche Kündigung auf begangene Pflichtverletzungen und zumindest hilfsweise auf die zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Verdachtsmomente gestützt werden soll.

- f. Die durchgeführte Beweisaufnahme hat den Nachweis erbracht, dass der Beteiligte zu 3) die ihm vorgehaltenen schwerwiegenden Pflichtverletzungen tatsächlich begangen hat.
Er hat nämlich nicht, wie es seine Pflicht als Vorgesetzter gewesen wäre,

Straftaten anderer Mitarbeiter zum Nachteil der Antragstellerin bzw. ihrer Kunden unterbunden. Vielmehr hat er diese gedeckt und damit gefördert, um so eine Einflussmöglichkeit auf die gedeckten Mitarbeiter zu bekommen und sie für eigene Zwecke instrumentalisieren zu können. Dies dergestalt, dass sie bereit waren bzw. bereit sein mussten, zum Nachteil anderer Mitarbeiter als Anzeigeerstatter bzw. Zeugen zur Verfügung zu stehen, wenn der Beteiligte zu 3) auf diese Weise versucht hat, innerbetriebliche Konkurrenten oder missliebige Vorgesetzte auszuschalten.

Dieses Verhalten des Beteiligten zu 3) stellt nicht nur eine erhebliche Loyalitätspflichtverletzung der Antragstellerin gegenüber dar, sondern insbesondere auch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der innerbetrieblichen Zusammenarbeit mit Kollegen und Vorgesetzten. Es handelt sich hierbei um die Förderung von Vermögensdelikten und die Anstiftung zu Falschaussagen zum Nachteil anderer Mitarbeiter unter Ausnutzung der Funktion als Vorgesetzter bzw. Betriebsratsvorsitzender.

Dies sind allesamt Verhaltensweisen, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB abzugeben.

Der Beteiligte zu 3) hat als Nachtdienstleiter die unverzichtbare Loyalität zu seiner Arbeitgeberin vermissen lassen und das ihm eingeräumte Vertrauen besonders nachhaltig zerstört (vgl. hierzu BAG vom 11.03.1999 – 2 AZR 507/98 – AP Nr. 149 zu § 626 BGB).

Durch die Deckung von Diebstählen hat er das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin empfindlich beeinträchtigt, denn diese ist auf einen zufriedenen Kundenstamm angewiesen und muss im Falle permanenter Unzuverlässigkeit des eingesetzten Personals mit dem Verlust von Aufträgen rechnen. Mit der Instrumentalisierung ihm unterstellter Mitarbeiter im Interesse des eigenen Machtstrebens und der eigenen Machterhaltung hat sich der Beteiligte zu 3) in seiner Funktion als Vorgesetzter in besonderem Maße disqualifiziert.

Nach Angaben des Zeugen M... hat ihn der Beteiligte zu 3) sowohl veranlasst gegenüber dem Kollegen G... als Zeuge Tatsachen zu behaupten, die er selbst nicht gehört und gesehen hat, als auch gegenüber dem Kollegen J.... Im ersten Fall erfolgte dies unter Einforderung einer Gegenleistung für den Schutz in einer Diebstahl-Angelegenheit. Der Zeuge gab in diesem Zusammenhang an, aus Angst um seinen Arbeitsplatz gehandelt zu haben, da anderen Mitarbeitern bereits in der Vergangenheit mit fingierten Pflichtverletzungen diesbezüglich geschadet worden sei.

Die Angaben des Zeugen M... deckten sich mit denen des Zeugen G..., in Bezug auf eine Gewehrkegel keine Drohungen gegenüber dem Beteiligten zu 3) bzw. dem Betriebsrat insgesamt ausgesprochen zu haben, insbesondere nicht in Anwesenheit des Zeugen M.... Des Weiteren mit der Angabe des Zeugen J..., gegenüber den Gebrüdern M... und N... keine Drohungen ausgesprochen zu haben.

Die Aussage des Zeugen M..., was seine Angst um den Erhalt des Arbeitsplatzes anlangt, sollte er sich gegen den Beteiligten zu 3) stellen, wird durch die Aussagen der Zeugen G... und P... untermauert. Auch diese bestätigten, Angst um den Verlust des eigenen Arbeitsplatzes gehabt zu haben. Der Zeuge P... erklärte hierzu, dass „alle Mitarbeiter Herrn B... fürchteten und keiner den Mut fand, sich ihm entgegenzustellen und zu sprechen“.

Sämtliche drei Zeugen machten bei ihrer Aussage auf das Gericht einen ruhigen und besonnenen Eindruck und ließen sich auch durch Zwischenfragen

des Gerichts und der Beteiligten nicht verunsichern oder gar aus der Fassung bringen. Sie waren sämtlich bestrebt, auf klare Fragen auch klare Antworten zu geben und zwar unaufgeregt und emotionslos. Sie machten auf das Gericht nicht den Eindruck, bei ihrer Aussage von irgendwelchen Rache- oder Revanchegelüsten getrieben zu sein, um dem Beteiligten zu 3) Schaden zuzufügen. Insbesondere der Zeuge P... machte für den Verlust seines Arbeitsplatzes wegen der von ihm begangenen Diebstähle nicht den Beteiligten zu 3) verantwortlich, sondern brachte zum Ausdruck, dass er für den bei ihm eingetretenen Schaden aufgrund seiner Handlungsweise selbst verantwortlich sei. Er bekundete sehr nachhaltig, infolge des Ausscheidens aus der Firma den Beteiligten zu 3) nun nicht mehr fürchten zu müssen.

Auch wenn sämtliche drei Zeugen ein Motiv gehabt hätten, sich bei dem Beteiligten zu 3) rächen zu wollen, kann alleine hieraus nicht auf den fehlenden Wahrheitsgehalt ihrer Aussage geschlossen werden. Aufgrund des gewonnenen persönlichen Eindrucks bei ihrer Aussage und der Befragung durch die Beteiligten kann davon ausgegangen werden, dass sie nicht von Belastungseifer getrieben sondern eher ihr eigenes Gewissen befreiend die Lebenssachverhalte geschildert haben, zu denen sie als Zeugen aussagen sollten.

Dass die Furcht der drei Zeugen vor dem Verlust des Arbeitsplatzes berechtigt war, sollten sie sich gegen den Beteiligten zu 3) stellen, wird für das Gericht nachvollziehbar, betrachtet man die tatsächlichen Kündigungen der Wahlbewerber K... und J... im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl 2002 und die nachhaltigen Forderungen des Beteiligten zu 3) in Bezug auf die Entlassung der Mitarbeiter F... und D.... Letztere sind durch den Schriftwechsel vom 07. – 09.12.1993 (Kopien Bl. 178 – 184 d.A.) - in Bezug auf eine Entlassung des Kollegen D... - und aus dem Besprechungsprotokoll vom 10.10.1996 (Kopie Bl. 887, 888 d.A.) und die Einleitung eines Verfahrens nach § 104 BetrVG - in Bezug auf die Entlassung des Kollegen F... – ausreichend dokumentiert worden.

Die Vorfälle D.../E... und F.../G... zeigen, dass der Beteiligte zu 3) über viele Jahre andere Mitarbeiter zielgerichtet missbraucht hat, um Vorgesetzten zu schaden und selbst in der innerbetrieblichen Hierarchie aufzusteigen. Nach Angaben des Zeugen G... wollte der Beteiligte zu 3) durch die Entfernung des damaligen stellvertretenden Nachtdienstleiters F... dessen Vorgesetztenfunktion übernehmen.

Aus einem spaßigen Fußtritt in den Hintern konstruierte der Beteiligte zu 3) in seinem Schreiben vom 07.12.1993 (Kopie Bl. 178 d.A.) eine „Schlägerei“ und „Verhältnisse wie im Wilden Westen“ und aus einer verbalen Auseinandersetzung unter Betriebsratskollegen eine Tötlichkeit und die Körperverletzung eines Mitarbeiters, bis hin zu einem Zivilprozess und einem arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 104 BetrVG.

Dies steht zur Überzeugung der Kammer fest durch die Aussagen der Zeugen G..., F... und D.... Der Zeuge G... gestand bei seiner Aussage ein, sich damals sowohl in der Sache D.../E... als auch in der eigenen Angelegenheit mit dem Kollegen F... hat missbrauchen zu lassen, als er den angeblich tätlich angegriffenen Kollegen E... ins Krankenhaus gefahren hat und in der eigenen Angelegenheit mit dem Betriebsratskollegen F... sich ebenfalls in Krankenhaus begeben und einen Zivilprozess gegen den vermeintlichen Angreifer F... geführt zu haben.

Die Kammer ist von der Richtigkeit der Aussagen der Zeugen G... und D... zu dem Vorfall D.../E... überzeugt, denn die Zeugen machten ihre Aussage ruhig und bestimmt, emotionslos und in sich widerspruchsfrei. Für die Richtigkeit der Angaben der Zeugen und gegen die Richtigkeit der damals vorbereiteten Protokollerklärung spricht, dass der Mitarbeiter E... davon abgesehen hat, ein polizeiliches Protokoll über die angebliche Körperverletzung zu unterzeichnen und deshalb das eingeleitete Ermittlungsverfahren nicht weiter betrieben worden ist.

Glaubwürdig sind auch die Aussagen der Zeugen G... und F..., dass es anlässlich der Betriebsratssitzung vom 03.10.1996 zu keinem tätlichen Angriff des Zeugen F... gegenüber dem Zeugen G... gekommen ist. Dies haben die beiden unmittelbar Betroffenen nachhaltig bestätigt, wie auch die Rückgabe des in dem Zivilprozess erlangten Vergleichsbetrages von DM 150,--, der der Zeuge G... als unredlich erlangt nicht behalten wollte.

In diesem Zusammenhang kommt der Sitzordnung während dieser Betriebsratssitzung besondere Bedeutung zu, die von beiden Zeugen dergestalt geschildert worden ist, dass sie sich auf der Längsseite der T-förmig angeordneten Tische im Betriebsratsszimmer gegenüber gesessen haben. Diese Sitzordnung wird von den beiden Zeugen als die regelmäßig bei Betriebsratssitzungen eingenommene beschrieben. Dies wird auch von den beiden hierzu vernommenen Zeugen D... und H... so bestätigt.

Der von den Zeugen übereinstimmend geschilderte Umstand, dass es in dem Betriebsratsbüro eine Sitzordnung gibt, die von den Betriebsratsmitgliedern üblicherweise so eingenommen wird, wurde von den in dem Zivilprozess am 09.07.1997 und 17.09.1997 hierzu vernommenen Zeugen I... und H... ebenso bestätigt, wie von dem Beteiligten zu 3) selbst. So sagte der Beteiligte zu 3) bei seiner Aussage am 09.07.1997: „Ich möchte noch hinzufügen, dass wir eigentlich immer die gleiche Sitzordnung anlässlich unserer Sitzungen haben“ (Bl. 172 d.A.) und der Zeuge I... am 17.09.1997: „Dabei handelt es sich um die übliche Sitzordnung“ (Bl. 150 d.A.).

Von den Zeugen B... und I... wurde nur die übliche Sitzordnung anders geschildert, als von den übrigen hierzu einvernommenen Zeugen.

Demgegenüber behaupten die in dem vorliegenden Verfahren vernommenen Zeugen L... und V..., dass es keine bestimmte Sitzordnung gegeben habe und jeder so Platz nehme, wie er gerade komme.

Die Übereinstimmung der Zeugen G..., F... und H... mit den früheren Angaben der Zeugen B... und I... zur Existenz einer üblichen Sitzordnung spricht für den Wahrheitsgehalt der Aussagen der Zeugen G..., F... und H... und gegen die Glaubwürdigkeit der hierzu in Widerspruch stehenden Angaben der Zeugen L... und V....

Ebenso auffällig ist die Diskrepanz der Sachverhaltsschilderungen, was sich zeitlich nach der behaupteten Körperverletzung des Betriebsratsmitglieds G... zugetragen haben soll. Diesbezüglich gibt der Zeuge B... bei seiner Einvernahme am 09.07.1997 an, dass der Betriebsratskollege G... sich mit der rechten Hand abgestützt habe, als er vom Stuhl heruntergefallen sei. Er zunächst nichts von Schmerzen gesagt habe, nach dem Ende der Sitzung zur Arbeit gegangen sei und ihm irgendwann später gesagt habe, dass ihm sei Handgelenk weh tue (vgl. Bl. 172 d.A.). Demgegenüber gab der Zeuge I... an, dass der Betriebsratskollege G... nach dem Herunterfallen vom Stuhl auf seine rechte Hand gefallen sei, nach dem Vorfall über Schmerzen geklagt habe und er von dem Betriebsratskollegen L... im Rot-Kreuz-Zimmer verarztet und ihm die Hand verbunden worden sei. Danach soll er noch bis 2.00 Uhr nachts ge-

arbeitet haben (vgl. Bl. 149, 150 d.A.). Im hiesigen Verfahren gibt der Zeuge L... diesbezüglich an, dass sich der Kollege G... nach dem Fallen vom Stuhl und der Verletzung des Handgelenks in die Klinik begeben habe und er nicht mehr wisse, ob er ihn dorthin begleitet habe oder nicht. Auch der Zeuge V... gab an, dass der Kollege G... unmittelbar nach dem Vorfall seine Jacke genommen und weggegangen sei. Dies nachdem eine kurze Unterredung der türkischen Betriebsratsmitglieder in ihrer Muttersprache geführt worden sei und er die Worte „Hofgartenklinik“ und „Stadtkrankenhaus“ herausgehört habe.

Die unterschiedlichen Sachverhaltsschilderungen der im damaligen Zivilprozess und in dem hiesigen Verfahren vernommenen Zeugen B..., I... und L... spricht nicht für den Wahrheitsgehalt der Aussage des letzteren Zeugen. Dieser hat im hiesigen Verfahren als einziger das vom Stuhl schlagen des Betriebsratskollegen G... bestätigt, während die Zeugen I... und W... angaben, sich nach so langer Zeit an keine Einzelheiten mehr erinnern zu können. Der Zeuge I... hat lediglich auf die zeitlich nähere Aussage in dem Zivilverfahren und die Richtigkeit seiner dortigen Angaben verwiesen.

Auf das Gericht machten die Zeugen G..., F..., D... und H... insgesamt einen glaubwürdigen Eindruck. Insoweit kann auf diesbezügliche Ausführungen zu ihrem Auftreten und dem widerspruchsfreien und bestimmten Sachverhaltsschilderungen verwiesen werden. Dass nach so langem zeitlichem Abstand bezüglich einzelner Details Erinnerungslücken und Unschärfen auftreten (z.B. parallele statt T-förmige Anordnung zweier Tische im Betriebsratsbüro) ist durchaus nachvollziehbar. Im Kernpunkt bestätigten die Zeugen eine übliche Sitzordnung der Betriebsratsmitglieder bei Sitzungen und das Gegenübersitzen der beiden betroffenen Betriebsratsmitglieder F... und G... auf der Längsseite. Das Bestehen einer üblichen Sitzordnung deckt sich mit früheren Aussagen der Zeugen B... und I... und spricht für die Glaubwürdigkeit der Zeugen F... und G... auch in dem wesentlichen Punkt, dass es in der Betriebsratssitzung vom 03.10.1996 zu keiner Tätlichkeit zwischen zwei nebeneinander sitzenden Betriebsratsmitgliedern gekommen ist.

Das Gericht ist davon überzeugt, dass sich der Betriebsratsvorsitzende B..., wie vom Zeugen G... geschildert, die Tätlichkeit nur deshalb ausgedacht hat, um ein missliebiges Betriebsratsmitglied und den Inhaber einer Beförderungsstelle loszuwerden. Es ist weiter davon überzeugt, dass der Zeuge L... in diesem Punkt die Unwahrheit gesagt hat und sich die anderen von den Beschwerdeführern benannten Zeugen W... und I... nicht mehr festlegen wollten. In diesem Zusammenhang erscheint wenig glaubwürdig, dass der Zeuge W... die Dauer seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat nicht mehr wusste. Und sich der Zeuge I... an die Namen der Betriebsratsmitglieder im Jahr 1996 nicht mehr erinnern konnte, war doch die Sitzordnung von 7 Personen Gegenstand mehrerer Befragungen und Zeugeneinvernahmen und gaben noch am 17.03.2007 in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführer 5 von diesen 7 Person schriftliche Erklärungen ab.

Für die Glaubwürdigkeit des Zeugen G... spricht des Weiteren der Umstand, dass die Details der manipulierten Listenwahlen in den Jahren 1998 und 2006 von dem hierzu einvernommenen Zeugen X... ausdrücklich so bestätigt worden sind. Hieraus wird ersichtlich, dass im Interesse des Machterhalts einer kleinen Gruppe von Betriebsratsmitgliedern und unter Ausnutzung einer persönlichen Freundschaft zwischen dem Betriebsratsvorsitzenden und dem zu-

ständigen Fachsekretär der Gewerkschaft durch die Einreichung einer zweiten Liste derselben Gewerkschaft mit nur einem Kandidaten Absprachen und Manipulationen bei der Aufstellung der Wählerlisten und bei der Stimmabgabe stattgefunden haben. Auf diese Weise hat ein sehr kleiner Kreis von Betriebsratsmitgliedern und Vertrauensleuten vorbestimmt, wer künftig im Betriebsrat sitzen wird, um dort weiterhin Macht und Einfluss auszuüben. Dies nicht nur zum Wohle der zu vertretenden Mitarbeiter, wie viele der in diesem Verfahren untersuchten Vorfälle gezeigt haben.

Seine Angaben zur Protokollführung und -fertigung durch den Beteiligten zu 3) bzw. dessen Ehefrau wird durch die Einsichtnahme in die vorgelegten Protokolle der Betriebsratssitzungen der letzten Jahre bestätigt. Eine Vielzahl der vorgelegten „Protokolle“ wiesen zwar eingedruckte Anfangs- und Endtermine der Sitzung auf, enthielten aber weder Originalunterschriften der anwesenden Betriebsratsmitglieder, irgendwelche Inhalte zur Tagesordnung und zu den gefassten Beschlüssen und auch keine Unterschriften des Vorsitzenden bzw. des Protokollführers.

- g. Die durch die Beweisaufnahme nachgewiesenen Pflichtverletzungen des Beteiligten zu 3) sind so nachhaltig, dass sie geeignet sind, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB abzugeben.

Der Beteiligte zu 3) erweist sich weder als geeignet, in seiner Funktion als Nachtdienstleiter andere Mitarbeiter zu einer ordnungsgemäßen Ausführung ihrer Tätigkeit anzuhalten und durch die Unterbindung von Pflichtverletzungen unterstellter Mitarbeiter die Interessen der Antragstellerin zu wahren.

Er hat durch die Anstiftung anderer Mitarbeiter zur Begehung von Straftaten zum Nachteil von Kollegen auch in einem so hohen Maße gegen Grundsätze der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter und im persönlichen Vertrauensbereich zur Antragstellerin verletzt, dass dies geeignet ist, eine sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses zu rechtfertigen.

- h. Die weitere Prüfung, ob der Antragstellerin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und der Abwägung der Interessen beider Vertragsteile bis zum Ablauf einer fiktiven Kündigungsfrist noch zumutbar ist oder nicht (vgl. hierzu BAG vom 15.11.1995 – 2 AZR 974/94 – NZA 1996, 419), führt zu einem für den Beteiligten zu 3) negativem Ergebnis.

Angesichts der Schwere der nachgewiesenen Pflichtverletzungen ist es für die Antragstellerin nicht zumutbar, nach Eintritt der Rechtskraft in dem Zustimmungsersetzungsverfahren das Arbeitsverhältnis mit dem Beteiligten zu 3) auch nur für wenige Wochen oder Monate fortzusetzen. Dies aufgrund der erheblichen Wiederholungsgefahr bei einer weiteren Anwesenheit des Beteiligten zu 3) im Betrieb. Ihm würde die Möglichkeit eröffnet, wie in der Vergangenheit auf andere Mitarbeiter einzuwirken, um sich oder Dritten damit Vorteile zu verschaffen. Es muss auch mit sofortiger Wirkung die Last von den anderen Mitarbeitern genommen werden, infolge der Manipulationen des Beteiligten zu 3) eigene Nachteile befürchten zu müssen.

Aufgrund der von den Zeugen G... und P... geschilderten Einwirkungen im Vorfeld ihrer Zeugenaussage vom 02.05.2007 erscheint es durchaus naheliegend, dass die bisher praktizierte Einwirkung und Einschüchterung von Mitarbeitern fortgesetzt werden soll. Hier muss der Antragstellerin ermöglicht werden, durch ein sofortiges Tätigwerden für alle Mitarbeiter ersichtlich einen

schnellen Schlussstrich zu ziehen. Ein weiteres Zuwarten würde diesbezüglich ein falsches Signal setzen und die Möglichkeit eröffnen, noch all denen zu schaden, die sich bei ihrer Zeugeneinvernahme vor Gericht nicht haben einschüchtern oder beeinflussen lassen.

Einer vorherigen Abmahnung vor Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung bedarf es im vorliegenden Fall nicht. Aufgrund der nachgewiesenen schweren Pflichtverletzungen konnte der Beteiligte zu 3) nicht ernsthaft damit rechnen, ein solches Verhalten werde von der Antragstellerin toleriert. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 11.03.1999 – 2 AZR 507/98 – AP Nr. 149 zu § 626 BGB), bei besonders schwerwiegenden Vertragsverletzungen vom Erfordernis einer Abmahnung abzusehen, wenn dem Arbeitnehmer die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens ohne weiteres erkennbar war und er mit einer Billigung seines Verhaltens durch den Arbeitgeber nicht habe rechnen können.

So liegt es im vorliegenden Fall, denn bei einem Arbeitnehmer in der Position des Beteiligten zu 3) ist ohne weiteres erkennbar, dass bei nachgewiesenen Pflichtverletzungen vorliegender Art nur die sofortige Beendigung des Vertragsverhältnisses einzige Konsequenz der Arbeitgeberin sein kann und sein wird. Insofern musste dem Beteiligten zu 3) die Kündigungsrelevanz seiner Vorgehensweise bewusst gewesen sein.

Die für den Beteiligten zu 3) nachteiligen Folgen seiner Handlungsweise, Verlust seines bisherigen Einkommens trotz bestehender Unterhaltsverpflichtungen, drohende Sperrfrist beim Arbeitsamt, Schwierigkeiten bei der Suche einer neuen adäquaten Arbeitsstelle in Zusammenhang mit seinem bereits fortgeschrittenen Alter müssen angesichts der eigenen über viele Jahre und zum Nachteil anderer Mitarbeiter hingenommen werden. Er hat nämlich in der Vergangenheit selbst veranlasst bzw. zumindest in Kauf genommen, dass die von ihm zu Unrecht bezichtigten Mitarbeiter ähnliche Nachteile zu erleiden hatten oder gehabt hätten. Auch die lange Betriebszugehörigkeit des Beteiligten zu 3) vermag zu keiner anderen Betrachtungsweise Anlass zu geben, da wegen der langen Dauer der Vertragsverletzungen das Arbeitsverhältnis bereits in der Vergangenheit von ihm belastet worden ist. Der mit der fristlosen Kündigung verbundene Ansehensverlust ist vom Beteiligten zu 3) selbst verursacht. Zu Gunsten der sofortigen Beendigung sprechen, dass durch die gedeckten Diebstähle Kundenbeziehungen aufs Spiel gesetzt worden sind und eine nachhaltige Schädigung des Rufs der Antragstellerin und ihrer Geschäftsbeziehungen zu befürchten waren. Des Weiteren würde bei einer nur zeitweisen Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3) das betriebliche Zusammenwirken und der Betriebsfrieden weiter erheblich beeinträchtigt und liegt es im Interesse der Antragstellerin, keinen Tag länger als unbedingt nötig die Mitarbeiter den weiteren Einflussnahmen und eventuellen Pressionen seitens des Beteiligten zu 3) ausgesetzt zu sein. Dieser ist nach wie vor in der Funktion eines Vorgesetzten und eines Interessenvertreters der Belegschaft tätig. In beiderlei Beziehung hat sich der Beteiligte zu 3) jedoch als unqualifiziert und nicht mehr tragbar erwiesen und muss dem durch eine sofortige Entfernung aus dem Betrieb Rechnung getragen werden.

Hierfür spricht auch die in dem Verfahren gezeigte völlige Uneinsichtigkeit des Beteiligten zu 3) in begangenes eigenes Unrecht und die Signalwirkung die hiervon auf andere Betriebsratsmitglieder, insbesondere auch den neuen Betriebsratsvorsitzenden K... ausgeht. Sowohl unter spezial- als auch general-

präventiven Gesichtspunkten ist deshalb die sofortige Vertragsbeendigung dringend geboten.

- i. Die Antragstellerin hat die materiell-rechtliche Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beachtet. Diese Vorschrift ist auch bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied zu beachten (vgl. hierzu LAG Berlin vom 03.08.1998 aaO).

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen positive und möglichst vollständige Kenntnis erlangt hat. Dies ist hier frühestens der 10.02.2006, der Tag an dem sich der Zeuge M... erstmals gegenüber der Antragstellerin erklärt hat.

Der Zustimmungsersetzungsantrag ist am 24.02.2006 bei dem zuständigen Erstgericht eingegangen, mithin innerhalb der Frist von zwei Wochen, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.

III.

1. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, § 2 Abs. 2 GKG.
2. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde, §§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf §§ 92 a, 72 a Abs. 2 bis 7 ArbGG wird hingewiesen.

Roth, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht
Wiedemann, Ehrenamtlicher Richter
Schößler, Ehrenamtliche Richterin

Verkündet am 20.06.2007