



Aktenzeichen:

2 Sa 896/07

9 Ca 3380/06 Arbeitsgericht Frankfurt am Main

gez. Kollar

Angestellte

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes !

Urteil

In dem Berufungsverfahren

Verz.	Recht grz.	KF/ RA	Mitl.
RA	EINGEGANGEN		Kennt- nisst.
SS	29. Okt. 2008		Präs. spr.
Stz- Stz.	HÜNLEIN RECHTSANWÄLTE		Zu- Ausg.
ZdA			St.

DZ Bank AG , vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Wolfgang Kirsch, Platz der Republik, 60265 Frankfurt am Main	Berufungsklägerin und Beklagte
Prozessbevollmächtigt.: Rechtsanwälte Skadden u.a., An der Welle 5, 60322 Frankfurt	Geschäftszeichen

gegen

Andrea Fuchs, Uhlandstraße 8, 65830 Krieffel	Berufungsbeklagte und Klägerin
Prozessbevollmächtigt.: Rechtsanwälte Hünlein, Eschenheimer Anlage 1, 60316 Frankfurt	Geschäftszeichen

hat das Hessische Landesarbeitsgericht, Kammer 2, in Frankfurt am Main

auf die mündliche Verhandlung vom 01. Oktober 2008

durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Jörchel

als Vorsitzende

und den ehrenamtlichen Richter Badenhausen

und den ehrenamtlichen Richter Gach

als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 28. Februar 2007 – 9 Ca 3380/06 – wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich in einem Restitutionsverfahren gegen die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung vom 23. Februar 1999, welche die Beklagte wegen einer Strafanzeige der Klägerin ausgesprochen hat. Die Beklagte erstrebt hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung.

Die Beklagte ist ein Kreditinstitut mit mehreren hundert Mitarbeitern. Die am 12. Februar 1962 geborene Klägerin arbeitete seit dem 01. Dezember 1993 bei der Beklagten als Sales-Mitarbeiterin im Aktienbereich (Verkauf von Aktien und anderen Produkten an institutionelle Kunden). Ihr war Prokura erteilt worden. Im Jahr 1998 betrug ihr Vierteljahresverdienst € 45.504,97 brutto. Die Klägerin war ab Sommer 1997 dem Abteilungsleiter Schreiweis unterstellt, der wiederum dem Hauptabteilungsleiter Aktien Bürkin unterstand. Über dem Hauptabteilungsleiter Bürkin stand der Bereichsleiter Aktien und Renten Dr. Norbert Bräuer, der wiederum unmittelbar dem Vorstandsmitglied Dr. Friedrich-Leopold Freiherr von Stechow unterstellt war. Im Sommer 1997 kam es zwischen den Parteien zu Differenzen. Die Beklagte sprach in der Zeit von Juli 1997 bis Dezember 2004 insgesamt 11 Kündigungen des Arbeitsverhältnisses aus.

Die 2. Kündigung datierte vom 23. Dezember 1997 und sollte das Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 1998 beenden. Im Rahmen des von der Klägerin angestrebten Kündigungsschutzverfahrens hat das Hessische Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 06. Juni 2000 - 2 Sa 144/99 - das Arbeitsverhältnis auf Antrag der Beklagten zum 30. Juni 1998 aufgelöst, die Beklagten zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von DM 100.000,00 verurteilt und im Übrigen die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit Urteil vom 08. Februar 2006 - 2 Sa 1566/05 - hob das Hessische Landesarbeitsgericht das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 6. Juni 2000 auf und stellte fest, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Be-

klagten vom 23. Dezember 1997 beendet worden ist und wies gleichzeitig den Auflösungsantrag der Beklagten zurück.

Mit Schriftsatz vom 25. April 2006, am 27. April 2006 bei Gericht eingegangen und der Beklagten am 31. Mai 2006 zugestellt, hat die Klägerin das vorliegende Verfahren eingeleitet. Ihm ging ein Rechtsstreit voraus, mit dem die Klägerin die Feststellung beehrte, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23. Februar 1999 (9. Kündigung, Bl. 639 d.A.) aufgelöst worden ist. Das seinerzeitige Begehren der Klägerin wurde durch Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 11. Juni 2003 abgewiesen (Az: 9 Ca 1437/99). Dieses Urteil wurde rechtskräftig. Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main begründete die Entscheidung damit, dass die Kündigung mit Schreiben vom 23. Februar 1999 nicht geeignet war, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, da es bereits zuvor aufgrund der Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 06. Juni 2000 durch Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 1998 geendet hatte.

Der Kündigung vom 23. Februar 1999 lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Am 07. Juli 1997 teilte die Klägerin dem Abteilungsleiter Schreiweis und dem Hauptabteilungsleiter Dr. Bräuer in einem persönlichen Gespräch mit, dass sie von einem Privatkunden aus dem arabischen Raum ein Paket von vinkulierten Namensaktien der Aachen Münchener Beteiligungs AG (nachfolgend „AMB“) zu veräußern habe, wobei zwischen den Parteien ist streitig, mit welchem genauen Volumen die Klägerin den avisierten Verkauf angegeben hatte. Am 08. Juli 1997 fand Dr. Bräuer einen maschinengeschriebenen Vermerk auf seinem Schreibtisch vor, über dessen Urhebererschaft ebenfalls zwischen den Parteien Streit besteht. Wegen des Inhalts und der Aufmachung des Vermerks wird auf Bl. 57 d.A. Bezug genommen. Dr. Bräuer informierte das Vorstandsmitglied Dr. Stechow über die beabsichtigte Transaktion der AMB-Aktien. Dieser nahm am Vormittag des 08. Juli 1997 Kontakt zu einem Vorstandsmitglied der AMB auf und bekam von dort die Zusicherung, dass seitens der AMB keine Einwände

gegen den Verkauf des Aktienpaketes bestehen. Dr. von Stechow informierte am 08. Juli 1997 den Bereichsleiter Dr. Bräuer über die Mitteilung der AMB, welcher die Information am gleichen Tag telefonisch an die Klägerin weitergab. Diese warf Dr. Bräuer in dem Gespräch vor, dass er gegen Insiderbestimmungen verstoßen habe. Am Morgen des 09. Juli 1997 betrat die Klägerin das Büro des Abteilungsleiters Schreiweis. Sie war sehr aufgebracht und informierte ihn über ihr am Vortag geführtes Telefonat mit Dr. Bräuer und äußerte, mit der Information der ABM über das potentielle Geschäft habe Dr. Bräuer gegen das Wertpapierhandelsgesetz verstoßen, indem er Insiderwissen nach außen getragen habe.

In der folgenden Zeit führten die Parteien eine Vielzahl von gerichtlichen Verfahren, auch diverse Kündigungsschutzverfahren. Die Beklagte bot der Klägerin im Rahmen eines Vergleichsgesprächs im März und im Juni 1998 eine Stelle in New York an. Die Beklagte führte den oben genannten Vermerk als Anlage zum Schriftsatz vom 10. März 1998 erstmals in ein arbeitsgerichtliches Verfahren ein (Az: 9 Ca 642/98). In dem Verfahren 9 Ca 6499/97 trug sie mit Schriftsatz vom 27. Oktober 1998 zu dem Vermerk vor, wobei hinsichtlich des Inhalts ihrer Ausführungen auf Bl. 393 d.A. Bezug genommen wird. Im Rahmen eines weiteren Kündigungsschutzverfahrens (9 Ca 642/98) berief sich die Beklagte im November 1998 darauf, dass die Klägerin in dem Gespräch am 07. Juli 1997 nicht auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit des beabsichtigten Aktienverkaufs gegenüber AMB hingewiesen habe. Die Nichterwähnung einer Geheimhaltungsbedürftigkeit in dem Vermerk sei ein Indiz für das Nichtbestehen einer Geheimhaltungsabsprache. Hingegen berief sich die Klägerin darauf, dass sie ihre Vorgesetzten bereits am 07. Juli 1997 darauf hingewiesen habe, dass der beabsichtigte Aktienverkauf gegenüber AMB geheimhaltungsbedürftig sei. Sie teilte mit, dass der Vermerk nicht von ihr stamme, sondern von Dr. Bräuer angefertigt und ihr untergeschoben worden sei. Der Bevollmächtigte der Klägerin fertigte nach Beratung mit der Klägerin eine Strafanzeige gegen Dr. Bräuer und gegen Unbekannt. Die Klägerin erhob in der Strafanzeige den Vorwurf der Ur-

kundenfälschung in Idealkonkurrenz mit der Begehung eines Prozessbetruges als Alleintäter, Mittäter oder Gehilfe. Wegen der Einzelheiten der Strafanzeige wird auf Bl. 116-137 d.A. Bezug genommen. Die Klägerin richtete vor Einreichung der Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft unter dem 03. November 1998 ein Schreiben an Dr. Bräuer und fragte unter Fristsetzung bis 17. November 1998 an, ob er bei seiner Behauptung bleibe, dass sie den Vermerk angefertigt habe (Bl. 420 d.A.). Die Klägerin übersandte Dr. Bräuer gleichzeitig einen Entwurf der Strafanzeige. Nach Ablauf der vorgenannten Frist reichte sie die Strafanzeige, die dem an Dr. Bräuer übersandten Entwurf entsprach, bei der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main ein. Aufgrund der Strafanzeige leitete die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main ein Ermittlungsverfahren gegen Dr. Bräuer ein. Die Beklagte beantragte am 03. Dezember 1998 die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin wegen des von der Klägerin geäußerten Fälschungsvorwurfs und der erstatteten Strafanzeige. Im Rahmen des Verfahrens vor der Hauptfürsorgestelle teilte die Beklagte mit, der Vermerk sei von der Klägerin selbst erstellt und Dr. Bräuer übergeben worden. Mit Bescheid vom 08. Februar 1999, der nach Abweisung einer von der Klägerin gegen ihn eingereichten Klage rechtskräftig geworden ist, erteilte die Hauptfürsorgestelle die beantragte Zustimmung (Bl. 350-356 d.A.). Mit Schreiben vom 15. Februar 1999, der Klägerin am folgenden Tag zugegangen, sprach die Beklagte eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin aus. Ebenfalls mit Schreiben vom 15. Februar 1999, wegen dessen Inhalts auf Bl. 195 f. verwiesen wird, welches dem Betriebsrat am folgenden Tag zuzuging, hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin an. Den Zustimmungsbescheid der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung legte sie dem Betriebsrat nicht vor. Die Beklagte verwies in dem Anhörungsschreiben hinsichtlich der Sozialdaten der Klägerin auf die Anhörungsschreiben vom 17. Juli 1997, 19. November 1997, 18. September 1998 (Bl. 425-431 d.A.), 28. September 1998 (Bl. 433 f. d.A.), 30. November 1998 (Bl. 190-194 d.A.) und 07. Dezember 1998. Der Betriebsrat erstellte über seine 15.

ordentliche Sitzung vom 18. Februar 1999 ein schriftliches Protokoll, in dem unter Punkt 1. Betriebsausschuss – 1. Div. Personelle Angelegenheiten (B) Folgendes ausgeführt wurde (Bl. 369 f. = 529 f d.A.):

Bezüglich der vorsorglichen weiteren ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Frau Andrea Fuchs, ehemalige Mitarbeiterin Aktien Sales der OE Wertpapiere Frankfurt, wird folgender – einstimmiger - Beschluss gefasst: Das Gremium lässt die Frist verstreichen.

Mit Schreiben vom 23. Februar 1999, der Klägerin am Nachmittag dieses Tages zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zur Klägerin ordentlich zum 30. September 1999.

Im Jahr 2004 erschien im Haag & Herchen Verlag ein 520 Seiten umfassendes Buch der Klägerin mit dem Titel „Die Judasbank“. In ihm schildert sie ihre Beschäftigungszeit bei der Beklagten und die in diesem Zusammenhang geführten arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten. Wegen Teilen des Inhalts dieses Buches wird auf die auszugsweisen Kopien (Bl. 228-240, 366 f. d.A.) Bezug genommen.

Nach dem 23. Februar 1998 sprach die Beklagte noch unter dem 28. Januar 2000 und dem 08. Dezember 2004 weitere Kündigungen des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin aus. Die in diesem Zusammenhang geführten arbeitsrechtlichen Rechtsstreite ruhen zurzeit.

Wegen des weiteren unstrittigen Sachverhaltes, des Vortrags der Parteien im ersten Rechtszug und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 28. Februar 2007 gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen (Bl. 480-501 d. A.).

Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat nach Vernehmung des Zeugen Sigmar Kleinert durch Urteil vom 28. Februar 2007 der Klage stattgegeben. Es hat das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt vom 11. Juni 2003 - 9 Ca 1437/99 -

aufgehoben und festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23. Februar 1999 nicht beendet worden ist und den Auflösungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Es hat angenommen, die Kündigung sei wegen Verletzung von § 102 BetrVG unwirksam. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Beklagte die Kündigung vor Ablauf der Stellungnahmefrist für den Betriebsrat ausgesprochen habe, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorgelegen habe. Die Aussage des Zeugen Kleinert habe nicht zur Überzeugung des Gerichts geführt, dass er dem Personalleiter der Beklagten Neumann am 23. Februar 1999 mitgeteilt habe, dass der Betriebsrat keine Stellungnahme abgeben werde und die Beklagte erst nach Erhalt dieser Mitteilung die Kündigung ausgesprochen habe. Für die Wirksamkeit der Kündigung wäre es erforderlich gewesen, dass die Beklagte die Kündigung erst nachdem der Betriebsrat ihr eine abschließende Stellungnahme übermittelt hatte, ausgesprochen habe. Denn das Kündigungsschreiben sei der Klägerin bereits vor Ablauf der Wochenfrist am Nachmittag des 23. Februar 1999 zugegangen. Die Wochenfrist habe jedoch, da das Anhörungsschreiben am 16. Februar 1999 bei dem Betriebsrat eingegangen sei, erst am 23. Februar 1999 um 24:00 Uhr geendet. Der Zeuge Kleinert habe zwar glaubhaft bekundet, dass er mit dem Bereichsleiter Personal Neumann ausführlich über das Thema Fristverstreichung gesprochen habe. Er konnte das Gespräch jedoch aus seiner Erinnerung heraus nicht mehr zeitlich einordnen. Der Zeuge sei sich sogar unsicher gewesen, ob das Gespräch überhaupt im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Betriebsratsanhörung erfolgt sei. Rückschlüsse, auf den Zeitpunkt des Gesprächs, die er zu ziehen versucht habe, genügten nicht als Beweis. Der Auflösungsantrag der Beklagten habe keinen Erfolg, weil die Kündigung vom 23. Februar 1999 nicht nur sozial nicht gerechtfertigt, sondern auch wegen Verletzung des § 102 BetrVG unwirksam sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf Bl. 502-505 d.A. Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte innerhalb der zur Niederschrift über die Berufungsverhandlung am 31. Oktober 2007 festgestellten und dort ersichtlichen Fristen Berufung eingelegt.

Sie verfolgt ihr Begehren auf Klageabweisung bzw. Auflösung des Arbeitsverhältnisses teilweise unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. Sie behauptet, der seinerzeitige Betriebsratsvorsitzende Kleinert habe dem seinerzeitigen Personalleiter Neumann vor Ausspruch der Kündigung vom 23. Februar 1999 telefonisch mitgeteilt, der Betriebsrat habe abschließend über die beabsichtigte Kündigung beraten und werde keine Stellungnahme abgeben. Die Richtigkeit ihrer Behauptung folge bereits aus der Aussage des Zeugen Kleinert vor dem Arbeitsgericht unter Berücksichtigung der Zeitfolge des Ausspruchs ihrer verschiedenen Kündigungen und der Bezugnahme auf anstehende Betriebsratswahlen. Der Zeuge Kleinert habe bestätigt, dass in der fraglichen Betriebsratssitzung erstmalig der Beschluss gefasst worden sei, sich zu der Kündigung nicht zu äußern. Außerdem könne auch der Personalleiter Neumann – auf dessen Zeugnis sich die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz bezogen hat – bestätigen, dass das Telefonat mit dem Betriebsratsvorsitzenden Kleinert am 23. Februar 1999 mit dem von ihr behaupteten Inhalt stattgefunden habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 28.02.2007 – 9 Ca 3380/06 – abzuändern und die Klage abzuweisen,
hilfsweise das Anstellungsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, die in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zum 30. September 1999 aufzulösen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung ebenfalls unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie rügt das Fehlen einer vorherigen Abmahnung, die Voraussetzung für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung sei. Außerdem vertritt sie die Ansicht, der Auflösungsantrag der Beklagten könne keinen Erfolg haben, da zum einen keine Auflösungsgründe bestehen würden und zum anderen derzeit die Wirksamkeit späterer Kündigungen einer Auflösung entgegenstehe. Die Klägerin ist darüber hinaus der Ansicht, die Beklagte könne sich in Bezug auf die streitgegenständliche Kündigung nicht auf die Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 15. Februar 1999 berufen. Diese Betriebsratsanhörung sei durch die mit tagesgleichem Schreiben ausgesprochene und ihr innerhalb der Anhörungsfrist am 16. Februar 1999 zugegangenen ordentliche Kündigung verbraucht.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Siegmund Kleinert und des Hans-Joachim Neumann als Zeugen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift der Sitzung vom 01. Oktober 2008 (Bl. 740-744 d.A.) verwiesen. Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsniederschrift vom 31. Oktober 2007 (Bl. 643 d.A.) und vom 01. Oktober 2008 (Bl. 740-744 d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagte gegen das am 28. Februar 2007 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main ist zulässig. Das Rechtsmittel ist als in einem Rechtsstreit über die Kündigung eines Arbeitsverhältnis eingelegt ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statthaft (§§ 64 Abs. 2, 8 Abs. 2 ArbGG). Die Beklagte hat es auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 ArbGG).

Die Berufung der Beklagten hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Die von ihr mit Schreiben vom 23. Februar 1999 ausgesprochene ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin ist bereits mangels ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagten hat sie ausgesprochen, bevor eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorlag bzw. die einwöchige Frist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG abgelaufen war. Die Kündigung hat daher das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet. Zu Recht hat deshalb das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage stattgegeben und den Auflösungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Die Berufungskammer folgt den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils ohne Einschränkung, macht sie sich diese zu Eigen und nimmt zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf sie Bezug (Bl. 502-505 d. A.). Die Angriffe der Berufung, mit denen im Wesentlichen die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts gerügt wird, führen zu keinem anderen Ergebnis und sind auch nach erneuter Vernehmung des Zeugen Kleinert und Vernehmung des Zeugen Neumann nicht geeignet, die Richtigkeit des angefochtenen Urteils in Frage zu stellen.

Nach § 102 Abs. 1 S. 1, 2 BetrVG ist der Betriebsrat vor Ausspruch jeder Kündigung unter Angabe der Gründe anzuhören. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (§ 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG). Der Arbeitgeber hat im Rahmen der Anhörung nicht nur die Tatsachen dem Betriebsrat mitzuteilen, die aus seiner Sicht die Kündigung begründen. Er hat vielmehr auch Angaben zur Person des zu kündigenden Mitarbeiters und dessen sozialen Verhältnissen (Familienstand, Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit etc.) zu machen. Allerdings ist eine Mitteilung der sozialen Daten dann entbehrlich, wenn sie dem Betriebsrat bereits bekannt sind (vgl. KR-Etzel, 8. Aufl., § 102 Rn 58). Diese Kenntnis des Betriebsrats kann sich insbesondere aus Informationen zu zeitnahen vorherigen Anhörungen zu Kündigungen desselben Mitarbeiters ergeben.

Eine ordentliche Kündigung ist weiterhin unwirksam, wenn sie nach vor-

schriftsmäßiger Einleitung des Anhörungsverfahrens vor Ablauf der dem Betriebsrat nach dem Gesetz zustehenden einwöchigen Stellungnahmefrist ausgesprochen wird, ohne dass eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt (§ 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG).

Will der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken äußern, muss er sich innerhalb einer Woche dem Arbeitgeber gegenüber schriftlich erklären, sonst gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt (§ 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG). Die Wochenfrist beginnt gemäß § 187 Abs. 1 BGB mit dem auf den ordnungsgemäßen Zugang beim Betriebsrat folgenden Tag (vgl. Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 102 Rn 50a; D/K/K-Kittner, BetrVG, 9. Aufl., § 102 Rn 170). Der Tag des Zugangs der Erklärung beim Betriebsrat wird demgemäß bei der Fristberechnung nicht mitgerechnet, so dass die Wochenfrist mit Ablauf des Tages (24:00 Uhr) der nächsten Woche endet, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem dem Betriebsrat die Arbeitgebermitteilung zugegangen ist (§ 188 Abs. 2 BGB) (vgl. BAG vom 12. Dezember 1996, 2 AZR 809/95, AiB 1998, 113; KR-Etzel, a.a.O. § 102 Rn 86).

Der Arbeitgeber darf erst nach Abschluss des Anhörungsverfahrens beim Betriebsrat die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aussprechen. Das Anhörungsverfahren ist abgeschlossen, wenn die Äußerungsfrist für den Betriebsrat abgelaufen ist, gleichgültig ob und wie der Betriebsrat sich zu der Kündigung eingelassen hat. Vor Ablauf der Einlassungsfrist für den Betriebsrat wird das Anhörungsverfahren nur dann beendet, wenn der Betriebsrat zu den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers eine mündliche oder schriftliche Erklärung abgegeben hat, aus der sich ergibt, dass er eine weitere Erörterung des Falles nicht wünscht und keine weiteren Erklärungen mehr abgeben will. Notwendig ist mithin, dass sich aus der Reaktion des Betriebsrats innerhalb der Wochenfrist ergibt, dass es sich um eine abschließende Erklärung seinerseits handelt (vgl. BAG vom 12. März 1987, 2 AZR 176/86, AP Nr. 147 zu § 102 BetrVG 1972; KR-Etzel a.a.O. § 102 BetrVG Rn 103).

Diese rechtliche Bewertung folgt aus dem Ziel des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG. Hierdurch soll dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt werden, sich innerhalb der ihm vom Gesetzgeber zugestandenen Frist zu einer beabsichtigten Kündigung zu äußern, um dadurch den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers noch zu beeinflussen; dabei ist es dem Betriebsrat freigestellt, ob er sich überhaupt und wenn ja, wie zu einer Kündigung äußern will (vgl. BAG vom 08. April 2003 – 2 AZR 512/02, AP Nr. 133 zu § 102 BetrVG 1972). Ohne Vorliegen einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrat, gleich welchen Inhalts, besteht kein Bedürfnis zur Abkürzung der Stellungnahmefrist und Ausspruch der Kündigung vor Ablauf der Wochenfrist. Insbesondere ist es dem Betriebsrat nicht verwehrt, die Wochenfrist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG voll auszuschöpfen (vgl. BAG vom 12. Dezember 1996 a.a.O.). Nur wenn eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt, wäre es eine überflüssige Formalie, vom Arbeitgeber den Ablauf der Frist zu verlangen, nachdem der Betriebsrat die Angelegenheit von seiner Seite aus als abgeschlossen betrachtet (vgl. BAG vom 12. März 1987 a.a.O.).

Eine schriftliche Kündigung des Arbeitgebers ist im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG nicht erst mit Zugang bei dem Arbeitnehmer, sondern bereits dann ausgesprochen, wenn das Kündigungsschreiben seinen Machtbereich verlassen hat. Dies ist insbesondere dann zu bejahen, wenn es zur Post gegeben worden ist (vgl. BAG vom 08. April 2003 a.a.O. und BAG vom 13. November 1975, 2 AZR 610/74, BAGE 27, 331).

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Einhaltung der sich aus § 102 BetrVG ergebenden Anforderungen an das Anhörungsverfahren ergibt (BAG vom 19. August 1975 - 1 AZR 613/74, AP Nr. 5 § 102 BetrVG 1972; Fitting a.a.O. Rn 57; KR-Etzel a.a.O. § 102 BetrVG Rn 192). Er hat deshalb die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats detailliert darzulegen. Sodann muss der Arbeitnehmer nach

den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast deutlich machen, welche Angaben er aus welchem Grund weiterhin bestreiten will. Hierbei kann er sich, soweit es um Tatsachen außerhalb seiner eigenen Wahrnehmung geht, zwar nicht auf ein pauschales Bestreiten ohne jegliche Begründung, wohl aber gemäß § 138 Abs. 4 ZPO auf Nichtwissen berufen (vgl. BAG vom 16. März 2000 – 2 AZR 75/99, DB 2000, 1524).

In Ansehung dieser Grundsätze ist die streitgegenständliche Kündigung vom 23. Februar 1999 mangels ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung unwirksam. Unstreitig ist, dass das Kündigungsschreiben vom 23. Februar 1999 der Klägerin bereits an diesem Tag zugegangen ist, die Stellungnahmefrist für den Betriebsrat aber in Bezug auf die Anhörung zur beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 15. Februar 1999 erst mit Ablauf des 23. Februar 1999 geendet hat. Die Beklagte hat zwar behauptet, ihrem Personalleiter sei bereits am Vormittag des 23. Februar 1999 – dh. innerhalb der Anhörungsfrist – telefonisch von dem Betriebsratsvorsitzenden Kleinert mitgeteilt worden, dass über die beabsichtigte Kündigung der Klägerin abschließend am 18. Februar 1999 beraten worden und der Betriebsrat übereingekommen sei, keine Stellungnahme abzugeben.

Die Klägerin hat die Behauptungen der Beklagten zur Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden gegenüber dem Personalleiter mit Nichtwissen bestritten. Hierbei handelt es sich um ein zulässiges Bestreiten gemäß § 138 Abs. 4 ZPO, denn es handelt es sich um eine Tatsache, die außerhalb ihrer eigenen Wahrnehmungssphäre gelegen hat.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht nicht zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest, dass das von der Beklagten behauptete Telefonat am Vormittag des 23. Februar 1999 stattgefunden hat.

Beide Zeugen haben in ihrer Vernehmung vor dem Berufungsgericht zwar glaubhaft bestätigt, dass es im Zusammenhang mit einer von der Beklagten beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin ein Telefonat zwischen ihnen gegeben hat. Allerdings haben beide Zeugen auch ausgesagt, dass sie mehrfach im Zusammenhang mit den Kündigungen der Klägerin in Kontakt standen. Auch hat der Zeuge Kleinert bestätigt, dass sich der Betriebsrat generell dahingehend abgestimmt habe, ganz prinzipiell in Bezug auf Kündigungen der Klägerin die Frist verstreichen lassen zu wollen. Allerdings konnte schon der Betriebsratsvorsitzende Kleinert nicht bestätigen, zu welchem Zeitpunkt diese Entscheidung getroffen worden ist. Zwar war ihm noch erinnerlich, dass es ein Gespräch gab, in der er den Personalleiter Neumann von der strategische Entscheidung des Betriebsrats in Kenntnis gesetzt hat, die Frist bezüglich der Anhörung zu Kündigungen der Klägerin verstreichen zu lassen. Bei der Vernehmung vor dem Berufungsgericht konnte er aber überhaupt keine zeitliche Zuordnung des Telefonats mehr vornehmen. Insoweit kann auch nicht auf seine Angaben im Rahmen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme zurückgegriffen werden. Denn bereits vor dem Arbeitsgericht hat er sich – auch wenn er bestimmte Rahmenereignisse als Zuordnungskriterien herangezogen hat – letztlich zeitlich überhaupt nicht festgelegt, sondern ausgeführt, dass Gespräch könne auch im Dezember 1998, im Februar 1999 oder im April 1999 gewesen sein. Damit ist nicht auszuschließen, dass das fragliche Telefongespräch im Zusammenhang mit einer der anderen, früheren Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung der Klägerin erfolgt ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass nach Aussage des Zeugen Kleinert von der bisherigen üblichen ablehnenden Einlassung des Betriebsrats zu Kündigungen allein in Bezug auf die Klägerin ab einem bestimmten Punkt abgewichen worden ist. Ohne zeitliche Zuordnung lässt sich aber nicht feststellen, dass sich die bekundete Vorgehensweise, zur Kündigung keine Stellung mehr zu nehmen, gerade auf die Anhörung zur streitgegenständlichen Kündigung im Februar 1999 bezieht. Zumal der Zeuge Kleinert auch nicht bestätigen konnte, dass im Rahmen des

Telefonats die Äußerung des Personalleiters, noch an diesem Tag etwas „raushauen zu wollen“ gefallen ist.

Eine andere rechtliche Bewertung der Beweisaufnahme folgt auch nicht aus der Einlassung des Zeugen Kleinert, der Personalleiter Neumann würde nach seiner Einschätzung keine wahrheitswidrigen Angaben in ein Kündigungsschreiben aufnehmen. Denn letztlich hat die Beklagte in dem fraglichen Kündigungsschreiben vom 23. Februar 1999 ausgeführt, der Betriebsrat habe sich nicht geäußert. Dies würde aber im Gegensatz zu ihrer nunmehrigen Behauptung stehen, der Betriebsrat habe vor Ausspruch der Kündigung mitgeteilt, keine Stellung nehmen zu wollen. Denn hierin liegt zumindest eine Äußerung des Betriebsrats im Rahmen seiner Anhörung. Auch unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen Neumann lässt sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine zeitliche Eingrenzung des Gesprächs auf den 23. Februar 1999 nicht vornehmen. Denn auch der Zeuge Neumann hat lediglich ein Telefonat zwischen ihm und dem Betriebsratsvorsitzenden Kleinert bekundet, in dem der Betriebsrat die Erklärung abgegeben habe, er werde die Frist verstreichen lassen. Allerdings konnte auch der Zeuge Neumann keine zeitliche Zuordnung dieses Gesprächs vornehmen. Auch wenn der Zeuge Neumann ausgesagt hat, er hätte eine Kündigung vor Ablauf der Stellungnahmefrist des Betriebsrats nicht ausgesprochen, lässt sich hieraus nicht der Schluss ziehen, dass das Telefonat vor Ausspruch der Kündigung vom 23. Februar 1999 erfolgt sein muss. Denn die Beklagte hat – handeind u.a. auch durch ihren Personalleiter Neumann – eine Vielzahl von Kündigungen gegenüber der Klägerin ausgesprochen, bei denen die formalen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Kündigung nicht eingehalten worden sind. Von daher muss, möglicher Weise nur in Bezug auf Kündigungen des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin, davon ausgegangen werden, dass von denkbaren standardisierten Vorgehensweisen abgewichen worden ist.

An der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln, besteht für das Berufungsgericht keinen Anlass. Beide Zeugen haben offen – wenn auch inhaltlich nicht sehr ergiebig – ausgesagt. Dies ist vor dem Hintergrund des Zeitablaufs und der nicht schriftlich festgehaltenen Einlassung des Betriebsrats gegenüber der Beklagten nicht verwunderlich. Die Anhörung im Februar 1999 lag zum Zeitpunkt der Vernehmung der Zeugen bereits mehr als neun Jahre zurück und die Beklagte hat gegenüber der Klägerin in dem Zeitraum Juli 1997 bis Januar 2000 allein 10 Kündigungen des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin ausgesprochen, wobei sie zumindest in sieben Fällen den Betriebsrat nach § 102 BetrVG angehört hat. Vor diesem Hintergrund und dem Umstand, dass die Formulierungen in den Kündigungsschreiben auch keinen Rückschluss auf Verhaltensweisen des Betriebsrats zulassen, hat die Beklagte daher den Beweis nicht erbracht, der der Betriebsrat habe in Bezug auf die Kündigung vom 23. Februar 1999 vor deren Ausspruch eine als abschließende Stellungnahme zu wertende Erklärung gegenüber ihrem Personalleiter Neumann abgegeben.

Damit hat die Beklagte ohne Vorliegen einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats noch vor Ablauf der Wochenfrist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG am 23. Februar 1999, 24.00 Uhr die Kündigung gegenüber der Klägerin ausgesprochen, denn die Kündigung ging noch an diesem Tag der Klägerin zu. Folglich ist die Kündigung vom 23. Februar 1999 wegen Verletzung von § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam.

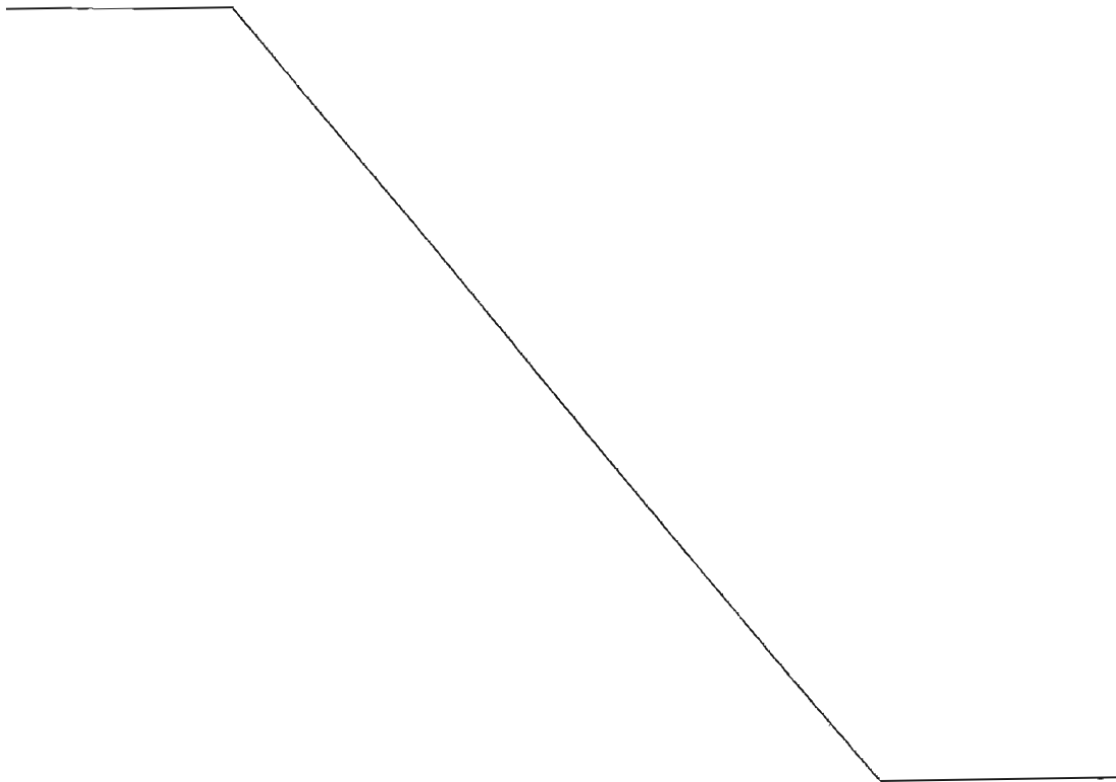
Deshalb kommt es auch nicht mehr darauf an, ob diese Kündigung auch mangels Vorliegens eines im Verhalten der Klägerin liegenden Kündigungsgrundes sozial ungerechtfertigt im Sinn von § 1 KSchG ist.

Der Auflösungsantrag der Beklagten hat ebenfalls keinen Erfolg, weil die Kündigung vom 23. Februar 1999 möglicher Weise nicht nur sozial nicht gerechtfertigt, sondern in jedem Fall wegen Verletzung von § 102 BetrVG unwirksam ist.

Das Berufungsgericht hat bereits in seiner, den Parteien bekannten Entscheidung vom 8. Februar 2006 auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Möglichkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitgebers hingewiesen. Insoweit wird Bezug genommen auf die dortigen Ausführungen. Unter der gegebenen Voraussetzung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 23. Februar 1999 wegen eines Mangels im Bereich der Betriebsratsanhörung ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf einen Antrag der Beklagten hin nicht statthaft.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Beklagte hat als die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Für die Zulassung der Revision besteht keine gesetzlich begründete Veranlassung (§ 72 Abs. 2 ArbGG).



Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Nichtzulassung der Revision kann die unterlegene Partei Beschwerde einlegen.

Die Beschwerde muss

innerhalb einer Frist (Notfrist) von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Postfach, 99113 Erfurt
oder
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt
Telefax: (0361) 2636-2000

Die Beschwerde ist innerhalb einer Frist (Notfrist) von **zwei Monaten** nach Zustellung dieses Urteils **schriftlich zu begründen**.

Die Beschwerdeschrift und die Begründung der Beschwerde **müssen** von einem **Prozessbevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Prozessbevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, die die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 ArbGG erfüllen.

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

Bezüglich der Möglichkeiten elektronischer Einlegung und Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde – eine Einlegung per E-Mail ist ausgeschlossen! – wird verwiesen auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09. März 2006 (BGBl. I S. 519).

gez. Jörchel

gez. Badenhausen

gez. Gach

Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze **in siebenfacher Ausfertigung** bei ihm einzureichen.