

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

**Aktenzeichen: 6 Sa 354/13**  
3 Ca 479/13 ArbG Flensburg  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 05.03.2014

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



### Urteil

#### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 05.03.2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 22.08.2013 - 3 Ca 479/13 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

.....

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten, soweit in der Berufung noch von Interesse, über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 08.04.2013.

Die Beklagte betreibt in W. auf S. eine Spielbank. Geschäftsführer der Beklagten sind die Herren H. und K. . Die Beklagte wird durch die Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.

Der Kläger war bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin seit 1987 als Croupier tätig. Bei der Beklagten ist ein einköpfiger Betriebsrat gebildet. Der Kläger ist (zweites) Ersatzmitglied des Betriebsrats.

Am 27.03.2013 führte der Kläger mit dem Betriebsleiter der Beklagten, Herrn St., ein Gespräch, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Im Anschluss an dieses Gespräch wurde der Kläger von der Arbeit freigestellt.

Mit Schreiben vom 27.03.2013 (Anlage B 2 = Bl. 46 – 48 d. A.) hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat stimmte mit Schreiben vom 02.04.2013 (Anlage B 3 = Bl. 49 d. A.) der ordentlichen Kündigung zu, der außerordentlichen Kündigung hingegen nicht. Mit Schreiben vom 03.04.2013 (Bl. 19 d. A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos und hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Auf dem Schreiben war die Unterschrift des

Geschäftsführers K. eingescannt. Ob das Schreiben die Originalunterschrift des Geschäftsführers H. trägt (so die Beklagte) oder nicht (so der Kläger), ist zwischen den Parteien streitig. Das Kündigungsschreiben vom 03.04.2013 ging dem Kläger am 04.04.2013 zu.

Ohne den Betriebsrat nochmals anzuhören, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 08.04.2013 (Bl. 20 d. A.) erneut fristlos und hilfsweise fristgemäß zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Das Schreiben wurde dem Kläger am selben Tage persönlich übergeben.

Mit seiner am 18.04.2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage hat sich der Kläger gegen die Kündigungen vom 03.04.2013 und 08.04.2013 gewandt. Die Beklagte hat im Laufe des Verfahrens (Schriftsatz vom 30.05.2013) erklärt, aus dem Schreiben vom 03.04.2013 keinerlei Rechte herzuleiten. Nachdem die Beklagte dies im Kammertermin vom 22.08.2013 wiederholt hatte, hat der Kläger die gegen die Kündigung vom 03.04.2013 gerichtete Kündigungsschutzklage in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich dieser Teilerledigungserklärung angeschlossen.

Im Laufe dieses Verfahrens kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 14.06.2013 vorsorglich fristgemäß zum 31.01.2014. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage ist Gegenstand des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht Flensburg mit dem Aktenzeichen – 3 Ca 780/13 -.

Der Kläger hat gemeint, auch die Kündigung vom 08.04.2013 habe das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Es fehle sowohl an einem wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB als auch an einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Er habe zu keinem Zeitpunkt mit Gästen zusammengespielt oder Absprachen mit ihnen getroffen. Falls er Bankkarten einsehbar gehalten habe, sei dies nicht vorsätzlich geschehen. Die Beklagte habe ihn zu den von ihr erhobenen Vorwürfen nicht ordnungsgemäß angehört. Auch habe die Beklagte nicht beachtet, dass er als Ersatzmitglied des Betriebsrats Sonderkündigungsschutz genieße. Er habe in der Vergangenheit bei Abwesenheit des Betriebsratsvorsitzenden und dessen Stellvertreter Betriebsratsaufgaben wahrgenommen. Schließlich habe es die Be-

klagte versäumt, den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung vom 08.04.2013 erneut anzuhören.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die weitere fristlose Kündigung vom 08.04.2013, zugegangen am 08.04.2013, noch durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung beendet worden ist bzw. wird,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Bedingungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag längstens jedoch bis zum 31.01.2014 als Croupier weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung vom 08.04.2013 beendet worden. Ihr Schreiben vom 03.04.2013 sei schon aus formalen Gründen nicht als Kündigung anzusehen. Mangels ordnungsgemäßer Vertretung könne sie hieraus keine Rechte herleiten. Deshalb habe es einer erneuten Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung vom 08.04.2013 nicht bedurft. Im Übrigen liege der Kündigung vom 08.04.2013 derselbe Lebenssachverhalt zugrunde; die Kündigung sei in engem zeitlichen Zusammenhang mit der ersten Kündigung ausgesprochen worden. Der Betriebsrat habe der hilfsweisen ordentlichen Kündigung im Hinblick auf das zerstörte Vertrauensverhältnis vorbehaltlos zugestimmt.

Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe eine schwerwiegende Arbeitspflichtverletzung begangen. Am 25./26.03.2013 in der Zeit von 23.45 Uhr bis 0.30 Uhr habe er am UTH-Pokertisch beim Austeilen der Spielkarten entgegen seiner sonstigen Arbeitsweise die Bankkarten auffällig senkrecht vor sich abgelegt, so dass sie für den Gast auf Platz 1 einsehbar gewesen seien. Am 27.03.2013 zwischen 0.05 Uhr und

0.15 Uhr sei der gleiche Ablauf beobachtet worden. Während dieser Zeit habe derselbe Gast auf Platz 1 am Tisch gegessen. Als Croupier müsse der Kläger die Karten verdeckt auflegen. Es bestehe jedenfalls der Verdacht einer bewussten Arbeitspflichtverletzung.

Der Kläger genieße keinen Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG. Die letzte Betriebsratstätigkeit des Klägers liege länger als 12 Monate zurück.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Kündigung vom 08.04.2013 sei schon deshalb unwirksam, weil der bei der Beklagten gebildete Betriebsrat vorab nicht noch einmal angehört worden sei. Es habe aber einer erneuten Anhörung bedurft. Bei dem Schreiben vom 03.04.2013 handele es sich um eine Kündigung. Die Beklagte habe ihren Kündigungswillen mit der Kündigungserklärung vom 03.04.2013 verwirklicht. Sie habe das Kündigungsschreiben zur Post aufgegeben und es sei dem Kläger am 04.04.2013 zugegangen.

Gegen das der Beklagten am 20.09.2013 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 08.10.2013 Berufung eingelegt und diese am 20.11.2013 begründet.

Die Beklagte meint, eine erneute Beteiligung des Betriebsrats sei entbehrlich gewesen, da der Betriebsrat mit Schreiben vom 27.03.2013 angehört worden sei und mit Schreiben vom 02.04.2013 der ordentlichen Kündigung zugestimmt habe. Wegen der fehlenden Unterschrift des weiteren Geschäftsführers auf dem Schreiben vom 03.04.2013 liege noch keine Kündigungserklärung der Beklagten vor. Der Kündigungsentschluss sei daher noch nicht verwirklicht. Die vom Arbeitsgericht herangezogenen Entscheidungen seien auf den Streitfall nicht anwendbar.

Die Beklagte beantragt

das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg, Kammer 3, vom 22.08.2013 - Aktenzeichen 3 Ca 479/13 - zugestellt am 22.09.2013, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Das Schreiben vom 03.04.2013 sei ohne weiteres eine Kündigung, die dem Kläger auch zugegangen sei. Damit habe die Beklagte ihren Kündigungsentschluss verwirklicht. Vor einer neuerlichen Kündigung habe es einer erneuten Betriebsratsanhörung bedurft.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

#### **Entscheidungsgründe:**

I. Die nach § 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 517, 519 ZPO.

II. Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung vom 08.04.2013 ist schon nach § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG unwirksam, weil der Betriebsrat zu ihrem Ausspruch nicht ordnungsgemäß angehört worden ist. Eine Anhörung des Betriebsrats hat vor Ausspruch der Kündigung nicht stattgefunden. Die zuvor erfolgte Anhörung des Betriebsrats zur außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 03.04.2013 machte eine erneute Anhörung nicht entbehrlich.

1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ist eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam. Nach Satz 1 der Vorschrift ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG entfaltet nur für die Kündigung Wirksamkeit, für die es eingeleitet worden ist (BAG 10.11.2005 – 2 AZR 623/04 -, zitiert nach Juris). Der Arbeitgeber hat demnach grundsätzlich für

jede Kündigung ein Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG durchzuführen (BAG, aaO.).

Einer – erneuten – Anhörung des Betriebsrats bedarf es schon immer dann, wenn der Arbeitgeber bereits nach Anhörung des Betriebsrats eine Kündigung erklärt hat, d. h. wenn die erste Kündigung dem Arbeitnehmer zugegangen ist und der Arbeitgeber damit seinen Kündigungswillen verwirklicht hat und nunmehr eine neue (weitere) Kündigung aussprechen will. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auf den gleichen Sachverhalt stützt. Das Gestaltungsrecht und die damit im Zusammenhang stehende Betriebsratsanhörung ist mit dem Zugang der Kündigungserklärung verbraucht (BAG, aaO.; 16.09.1993 – 2 AZR 267/93 -; 05.09.2002 – 2 AZR 523/01 -; 03.04.2008 – 2 AZR 965/06 - jeweils zitiert nach Juris). Das gilt insbesondere auch in den Fällen, in denen der Arbeitgeber wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung vorsorglich erneut kündigt (BAG, aaO.). Etwas anderes kommt nur in den Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss noch nicht verwirklicht hat. Nur dann kann eine erneute Beteiligung des Betriebsrats entbehrlich sein, wenn das frühere Anhörungsverfahren ordnungsgemäß war, der Betriebsrat der Kündigung vorbehaltlos zugestimmt hat und eine Wiederholungskündigung in angemessenem zeitlichem Zusammenhang ausgesprochen und auf denselben Sachverhalt gestützt wird (BAG 10.11.2005 – 2 AZR 623/04 -; 16.09.1993 – 2 AZR 267/93 -, zitiert nach Juris).

2. Eine ausdrückliche Anhörung des Betriebsrats zur außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 08.04.2013 ist nach Zugang des Schreibens vom 03.04.2013 nicht erfolgt. Anders als die Beklagte meint, hätte es aber einer erneuten Anhörung des Betriebsrats bedurft.

3. Durch den Ausspruch der außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 03.04.2013, aus der die Beklagte im Einvernehmen mit dem Kläger keine Rechte mehr herleitet, hatte die Beklagte ihren Kündigungswillen bereits verwirklicht. Damit war die Betriebsratsanhörung vom 27.03.2013 „verbraucht“.

4. Die Anhörung des Betriebsrats vom 27.03.2013 machte eine erneute Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung vom 08.04.2013 nicht entbehrlich. Es liegt kein Aus-

nahmefall einer „Wiederholungskündigung“ vor, in dem es keiner erneuten Betriebsratsanhörung bedurft hätte. Ein Ausnahmefall, in dem eine erneute Betriebsratsbeteiligung nicht erforderlich ist, kommt nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss noch nicht verwirklicht hat. Nur dann kommt es darauf an, ob das frühere Anhörungsverfahren ordnungsgemäß war, der Betriebsrat der Kündigung vorbehaltlos zugestimmt hat und die weitere Kündigung in angemessenem zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen und auf denselben Sachverhalt gestützt wird.

Die Beklagte hat ihren Kündigungsentschluss mit Zugang ihres Schreibens vom 03.04.2013 beim Kläger verwirklicht. Das Arbeitsgericht hat das Schreiben zu Recht als Kündigung angesehen. Die Kündigung ist eine privatrechtliche, einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgestaltende Willenserklärung, durch die das Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufgelöst werden soll (KR Griebeling, § 1 KSchG Rn. 151). Maßgeblich ist, wie der Erklärungsempfänger nach der allgemeinen Verkehrssitte und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben die ihm zugegangene Erklärung auffassen musste (KR aaO). Dass es sich hier aus Sicht des Klägers um eine Kündigung in diesem Sinne handelt, ergibt sich bereits aus dem Betreff. Außerdem heißt es in dem Schreiben ausdrücklich, dass „hiermit“ das bestehende Arbeitsverhältnis gekündigt werde. Das Schreiben vom 03.04.2013 ist auch nicht als Entwurf gekennzeichnet. Vielmehr ist es – nach dem Vortrag der Beklagten – von einem der Geschäftsführer unterzeichnet worden, was die Kündigungsabsicht belegt.

Unerheblich ist, dass die Kündigung vom 03.04.2013 nicht auch die Originalunterschrift des Geschäftsführers K. trägt. Seine eingescannte Unterschrift auf dem Kündigungsschreiben ist keine Unterschrift i.S.v. § 126 Abs. 1 BGB. Damit haben zwar nicht, wie nach § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG erforderlich, zwei vertretungsberechtigte Personen unterschrieben. Die Beklagte war also bei Ausspruch der Kündigung nicht wirksam vertreten, da der Geschäftsführer H. nicht allein handeln durfte. An dem Charakter des Schreibens als Kündigung ändert das aber ebenso wenig wie eine etwaige Nichtigkeit der Kündigung gemäß §§ 623, 125 Satz 1 BGB. Auch die ohne die nötige Vertretungsmacht ausgesprochene Kündigung ist eine Kündigung, wenn auch eine gemäß § 174 BGB möglicherweise unwirksame. Davon geht der Gesetzgeber aus, denn anderenfalls wäre eine Kündigung nicht gemäß §§ 177 Abs. 1, 180

Satz 2 BGB genehmigungsfähig (vgl. zur Genehmigung BAG 11.12.1997 - 8 AZR 699/96 -).

Die Beklagte hat ihren Kündigungswillen mit Zugang der Kündigungserklärung vom 03.04.2013 verwirklicht. Das Kündigungsschreiben ist zur Post aufgegeben worden und dem Kläger am 04.04.2013 auch zugegangen. Damit ist die Kündigungserklärung in den Rechtsverkehr gelangt.

Darüber hinaus hat der Betriebsrat der Kündigung nicht vorbehaltlos zugestimmt, vielmehr hat er der fristlosen Kündigung widersprochen. Demnach fehlt es an einer weiteren Voraussetzung dafür, dass es vor der „Wiederholungskündigung“ keiner erneuten Anhörung des Betriebsrats bedurfte.

III. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht, da die Voraussetzungen gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vorliegen.

**gez. ...**

**gez. ...**

**gez. ...**