
Datum: 19.07.2002
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 18. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 Sa 451/02
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2002:0719.18SA451.02.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Oberhausen, 2 Ca 2143/01
Schlagworte: Wahrung der Stellungnahmefrist des Betriebsrates
Normen: § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Die Anhörungsfrist für den Betriebsrat wird auch dann gewahrt, wenn die Arbeitgeberin am letzten Tag der Frist vor Fristablauf ein Kündigungsschreiben an einen Kurierdienst zur Zustellung am folgenden Tag übergibt. 2. Das Kündigungsschreiben hat den Machtbereich der Arbeitgeberin durch die Übergabe an den Kurierdienst noch nicht verlassen, wenn der Kurierdienst telefonisch erreichbar und die Zustellung der Sendung noch verhinderbar ist.

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 22.02.2002 2 Ca 2143/01 abgeändert.
2. Die Klage wird unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 07.12.2001 abgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits und die Kosten der Nebenintervention trägt der Kläger mit Ausnahme der durch die Säumnis der Beklagten im Termin am 07.12.2001 entstandenen Mehrkosten, die die Beklagte zu tragen hat.

4. Die Revision wird zugelassen.

TATBESTAND	1
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten.	2
Der 44-jährige Kläger war seit dem 02.05.2001 als Mitarbeiter auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 27.04.2001, wegen dessen genauen Inhalts auf Bl. 14 16 der Gerichtsakte Bezug genommen wird, beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Bestimmungen des geltenden Rahmentarifvertrages für die Arbeitnehmer der B. B. Schutz & Service GmbH sowie die ihn ergänzenden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Die tarifvertragliche Arbeitszeit beträgt 173 Stunden im Monat, der Stundenlohn des Klägers belief sich auf 20,12 DM brutto, was 10,29 € entspricht.	3
Mit Schreiben vom 15.08.2001 (Bl. 96 der Gerichtsakte) teilte der gemäß Zuordnungstarifvertrag als Übergangsbetriebsrat für die Beklagten zuständige Betriebsrat der Niederlassung Frankfurt am Main, mit, dass im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit und der Intensivierung mit der Niederlassungsleitung ein Betriebsausschuss Niederlassung Baustellenservice gebildet worden ist, dem u. a. Herr H. G. als Vorsitzender und Herr M. M. als Schriftführer/Protokollant angehörten. In diesem Schreiben heißt es außerdem:	4
Des weiteren wurden durch den Betriebsrat F. (gem. ZuordTV Übergangsbetriebsrat der Niederlassung Baustellenservice) diesem Ausschuss folgende Kompetenzen übertragen:	5
Alle Beteiligungstatbestände die den Baustellenservice betreffen, sind vom Arbeitgeber dem Betriebsausschuss Niederlassung Baustellenservice zuzuleiten, der auch gleichzeitig direkter Ansprech- und Verhandlungspartner in allen baustellenservicerelevanten Angelegenheiten ist.	6
Mit Schreiben vom 31.08.2001 (Bl. 17 der Gerichtsakte), das Herrn G. am 03.09.2001 für den Betriebsrat zuging (vgl. Empfangsbestätigung Bl. 82 der Gerichtsakte) hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers innerhalb der Probezeit an.	7
Am 10.09.2001 um 17:00 Uhr übergab die Personalleiterin der Beklagten, Frau T., dem Kurierdienst U. das Kündigungsschreiben mit dem Auftrag, dieses am 11.09.2001 um 10:00 Uhr dem Kläger zuzustellen. Mit Schreiben vom 05.06.2002 (Bl. 149 der Gerichtsakte) teilte der Kurierdienst U. der Beklagten zur Abwicklung seiner Aufträge folgendes mit:	8
Bei telefonischer Auftragserteilung wird Ihr Auftrag zur Abholung mit entsprechender Abholungszeit auf einen Tourenplan übertragen. In Ihrem Fall war das wohl 17:00 Uhr.	9
Ihre Sendung kommt dann nach Beenden der Tour ca. 20 - 20.30 Uhr in unsere Abfertigung und wird dann wie alle anderen geroutet und für den weiteren Versand zum Hauptumschlag vorbereitet.	10
Bis zur Verladung ins Nachtlinienfahrzeug ca. 23:30 Uhr, können wir die Sendung zurückhalten. Ab dann ist sie im Nachtliniensystem und könnte frühestens morgens nach ihrer telefonischen Order von uns zwischen 7:00 - 8:00 Uhr, in der jeweiligen Auslieferstation	11

zurückgehalten werden.

Mit Schreiben vom 10.09.2001 (Bl. 2 a der Gerichtsakte), das dem Kläger am 11.09.2001 zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 25.09.2001. Gegen diese Kündigung, die das Arbeitsverhältnis der Parteien unstreitig nicht vor dem 15.10.2001 beendet hat, wendet sich der Kläger mit seiner am 12.09.2001 bei dem Arbeitsgericht Oberhausen eingegangenen und der Beklagten am 17.09.2001 zugestellten Klage. 12

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei nicht gerechtfertigt und somit unwirksam. Kündigungsgründe seien nicht gegeben. Der Kläger hat bestritten, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist. Er hat gemeint, die im Anhörungsschreiben mitgeteilten Kündigungsgründe seien wenig bis gar nicht substantiiert. Er habe sich zum Zeitpunkt seiner Kündigung nicht mehr in der Probezeit befunden. Aus der Anhörung lasse sich nicht entnehmen, zu wann gekündigt werden solle. Das Schreiben datiere vom 31.08.2001. Die ordentliche Kündigung habe, soweit ersichtlich, zum 24.08.2001 ausgesprochen werden sollen, was nicht nachvollziehbar sei. Außerdem habe die Beklagte die Erklärungsfrist des Betriebsrates nicht abgewartet. Noch innerhalb der Anhörungsfrist sei ihm gegenüber von F. aus die Kündigung, datierend vom 10.09.2001, ausgesprochen worden, die ihm am 11.09.2001 zugegangen sei. 13

Der Kläger hat beantragt 14

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die am 11.09.2001 zugegangene Kündigung aufgelöst ist. 15

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 07.12.2001 ist für die Beklagte niemand erschienen und das Arbeitsgericht Oberhausen hat der Klage durch Versäumnisurteil stattgegeben. Gegen das ihr am 13.12.2001 zugestellte Versäumnisurteil hat die Beklagte mit einem am 12.12.2001 beim Arbeitsgericht Oberhausen eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt. 16

Der Kläger hat sodann beantragt, 17

das Versäumnisurteil vom 07.12.2001 aufrecht zu erhalten. 18

Die Beklagte hat beantragt, 19

unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 07.12.2001 die Klage abzuweisen. 20

Sie hat die Auffassung vertreten, die ausgesprochene Kündigung sei rechtswirksam und habe das Arbeitsverhältnis zum 15.10.2001 beendet. Die Anhörung des Betriebsrates sei ordnungsgemäß erfolgt. Der Einstellungstermin 02.05.2001 sei zutreffend wiedergegeben. Dem Betriebsrat sei der Tarifvertrag und die darin vorgesehene Probezeit von drei Monaten bekannt. Das Anhörungsschreiben sei dem Vorsitzenden des Betriebsausschusses, der zuständig gewesen sei, am 03.09.2001 übergeben worden. Die Beklagte hat behauptet, der Übergangsbetriebsrat habe durch das Mitglied des Betriebsausschusses M. ausdrücklich nachgefragt, welche arbeitsvertragliche Regelung mit dem Kläger bestehe und ob eine tarifvertragliche Verlängerung der Probezeit erfolgt sei. Als er die entsprechenden Auskünfte erhalten habe, habe Herr M. erklärt, dass der Betriebsrat dennoch die Frist verstreichen lasse, dem Kläger jedoch nahe legen werde, falls er Gewerkschaftsmitglied sei, Klage vor dem Arbeitsgericht zu erheben. 21

Mit Urteil vom 22.02.2002 2 Ca 2143/01 - hat das Arbeitsgericht Oberhausen das Versäumnisurteil vom 07.12.2001 aufrechterhalten, die weiteren Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt und den Streitwert auf 5.368,56 € festgesetzt. Es hat ausgeführt, das Arbeitsverhältnis dauere über den 25.09.2001 hinaus an, denn die Kündigung vom 10.09.2001 habe das Arbeitsverhältnis nicht wirksam zu diesem Zeitpunkt aufgelöst. Gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG sei eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung unwirksam. Gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG gelte die Zustimmung des Betriebsrates als erteilt, wenn er sich nicht innerhalb einer Woche zur Kündigung äußere. Diese Wochenfrist habe der Arbeitgeber unbedingt einzuräumen, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei. Die Beklagte habe die Kündigungserklärung unstreitig am 10.09.2001 gegen 17:00 Uhr verfasst und abgesandt, obwohl der Betriebsrat noch bis 24:00 Uhr die Möglichkeit hatte, Bedenken gegen die Kündigung anzumelden.

Gegen das ihr am 28.03.2002 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen hat die Beklagte mit einem am 23.04.2002 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese zugleich begründet. 23

Die Beklagte und die Nebenintervenientin sind der Auffassung, die ausgesprochene Kündigung sei nicht wegen eines Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Die Personalleiterin der Beklagten, Frau T., habe am 10.09.2001 um 16:00 Uhr, nachdem sie festgestellt habe, dass sich kein Betriebsratsmitglied mehr im Hause befand und das Betriebsratsbüro geschlossen war, vermerkt, dass der Betriebsrat die Frist habe verstreichen lassen und die Zustimmung damit als gegeben gelte. Um 17:00 Uhr an diesem Tage sei dann das Kündigungsschreiben an den Kurierdienst U. gegeben worden. Die Beklagte ist der Ansicht, durch die Übergabe des Kündigungsschreibens an den Kurierdienst habe das Kündigungsschreiben ihren Machtbereich noch nicht verlassen. Der Kurierdienst selbst und auch dessen zustellender Fahrer seien jederzeit über Funk und/oder Handy erreichbar. Der jeweilige Kurierfahrer sei somit Erklärungsbote des Auftraggebers, der die Willenserklärung des Auftraggebers übermittele. Da dieser Bote jederzeit rückrufbar sei, verlasse die Kündigungserklärung ihren Machtbereich erst, wenn der Bote sie dem Arbeitnehmer aushändige oder in dessen Hausbriefkasten einwerfe. Der Betriebsrat sei auch ordnungsgemäß angehört worden, denn sie habe ihn vollständig über die aus ihrer Sicht tragenden Umstände der Kündigung informiert. Zwar sei die Kündigung innerhalb der vertraglich vereinbarten sechsmonatigen, nicht aber auch innerhalb der tarifvertraglichen dreimonatigen Probezeit erfolgt. Diese nicht fristgerechte ordentliche Kündigung sei jedoch, da vorliegend keine Umstände entgegenstünden, in eine Kündigung mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats umzudeuten. Dieser Irrtum anlässlich der Anhörung des Betriebsrates sei diesem bekannt gewesen. Außerdem behauptet die Beklagte, der damals zuständige Betriebsrat habe der zuständigen Personalleiterin noch vor Ablauf der Frist mitgeteilt, dass er nur deswegen eine ausdrückliche Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung nicht erteilen werde, weil er das Verhalten der in der Einsatzleitung tätigen Mitarbeiter der Beklagten, P. und K., den Telefon-Lautsprecher ohne Wissen des Klägers eingeschaltet zu lassen, nicht billigen wolle und deshalb die Frist verstreichen lassen werde. Hierbei handele es sich um eine endgültige Stellungnahme des Betriebsrates, so dass sie noch vor Fristablauf das Kündigungsschreiben habe absenden dürfen. 24

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen, 25

das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 22.02.2002 2 Ca 2143/01 abzuändern und 26 die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und vertritt die Auffassung, das Kündigungsschreiben habe den Einflussbereich des Arbeitgebers durch Übergabe an den Kurierdienst verlassen. Dieser Bote könne nicht als Verrichtungsgehilfe der Beklagten angesehen werden, da die jederzeitige und sofortige Einflussnahmemöglichkeit fehle. Die Rechtsfigur des Boten beinhalte keineswegs die jederzeitige Verfügungsmacht durch den Auftraggeber. Die Möglichkeit, den Kurierfahrer jederzeit über Handy zu erreichen, habe sich in der Praxis als unzuverlässig erwiesen und begründe keineswegs die sofortige Verfügbarkeit über die auf den Weg gegebene Willenserklärung. Zunächst müsse der Kurierfahrer antelefoniert werden, dies sei z. B. dann nicht möglich, wenn er sich in einem Funkloch befinde. In diesem Falle gehe die Rückrufmeldung an die Mail-Box des Netzbetreibers und könne den Kurierfahrer erst dann erreichen, wenn dieser von sich aus seine Mail-Box anrufe. Selbst bei erfolgreichem Rückruf müsse der Kurierfahrer erst den Heimweg antreten, damit er in den tatsächlichen Verfügungsbereich der Beklagten gelange. Erst mit Rückgabe der (schriftlichen) Kündigung sei die Beklagte wieder in der Lage, über das Schriftstück körperlich zu verfügen. Alleine die Tatsache, dass die Beklagte zur Stützung ihrer These bei der Firma U. nachgefragt habe und diese mit Schreiben vom 05.06.2002 antworte, mache deutlich, dass das Schreiben sich nicht mehr im Geschäftsbereich der Beklagten befunden habe. Der Gesichtspunkt des Verrichtungsgehilfen gemäß § 278 BGB sage nichts aus über den Geschäftsbereich, sondern nur über die Haftung des Auftraggebers für seinen Erfüllungsgehilfen. Nach ihren eigenen Darstellungen müsse die Beklagte, wenn sie die unmittelbare Herrschaft über das Schreiben wieder ausüben wolle, erst bei der Firma U. nachfragen, antelefonieren oder eine sonstige Nachricht zusenden, damit diese dann das Schreiben in den Geschäftsbereich der Beklagten zurückbringt. Von einer tatsächlichen Verfügungsmacht der Beklagten könne gerade aufgrund ihrer eigenen Erklärungen nicht die Rede sein. Eine endgültige Äußerung des zuständigen Betriebsrates habe nicht vorgelegen. Der Hinweis auf eine Äußerung des Betriebsrates, man wolle die Frist verstreichen lassen, mache deutlich, dass der Betriebsrat auf die volle Ausnutzung der Frist bestanden habe. Im Übrigen sei diese Behauptung zu bestreiten und als verspätet zurückzuweisen. Es sei auch nicht deutlich dargestellt worden, von welcher Person seitens des Betriebsrates eine derartige Äußerung abgegeben worden sein solle.	29
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG; 525, 313 Abs. 2 ZPO).	30
ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE	31
I.	32
Die Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 22.02.2002 ist zulässig.	33
Sie ist nämlich an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), als Bestandsschutzstreitigkeit zulässig (§ 64 Abs. 2 ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§§ 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, 517, 519 Abs. 1 und 2 ZPO) und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, 520 Abs. 2 und 3 ZPO).	34
II.	35

In der Sache hatte die Berufung der Beklagten und der Nebenintervenientin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 22.02.2002 Erfolg. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 11.09.2001 zum 15.10.2001 aufgelöst worden.	36
1. Die Kündigung der Beklagten ist rechtswirksam, weil sie nicht sozial ungerechtfertigt im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist, denn auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1, Satz 1 KSchG).	37
Der Kläger ist bei der Beklagten nicht länger als sechs Monate beschäftigt - § 1 Abs. 1 KSchG. Das Arbeitsverhältnis besteht seit dem 02.05.2001, so dass der Kläger zum Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung am 11.09.2001 erst etwas mehr als vier Monate für die Beklagte tätig war.	38
Dass die tarifvertragliche Probezeit lediglich drei und nicht sechs Monate betrug, ist für die Frage des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz ohne Bedeutung. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ist die tatsächliche Dauer der Betriebszugehörigkeit und nicht die Dauer einer etwa zwischen den Parteien vereinbarten Probezeit.	39
2. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil im Kündigungsschreiben ein unzutreffender Endzeitpunkt genannt ist. Nach dem Kündigungsschreiben hat die Beklagte mit ihrer am 11.09.2001 zugegangenen Kündigung das Arbeitsverhältnis zum 25.09.2001 beenden wollen. In dem Verlauf des Rechtsstreites ist zwischen den Parteien jedoch unstreitig geworden, dass das Arbeitsverhältnis zumindest bis zum 15.10.2001 fortbestanden hat, und dass die ursprünglich gewählte Kündigungsfrist für die Probezeit hier nicht angewendet werden soll. Ist der Zeitraum, der zwischen dem Zugang der Kündigung und dem von dem Kündigenden bestimmten Kündigungstermin liegt, geringer als die gesetzlich oder tariflich zulässige Kündigungsfrist, dann ist die Kündigung nicht absolut unwirksam. Die Kündigung wirkt vielmehr im Zweifel zum nächst zulässigen Termin (vgl. BAG, Urteil vom 18.04.1985 2 AZR 197/84, NZA 1986, 229; KR-Spilger, § 622 BGB Rz. 140; KR-Etzel, § 1 KSchG Rz. 164; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, § 620 BGB Rz. 258, § 622 BGB Rz. 26).	40
3. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung ist auch nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates rechtsunwirksam.	41
a) Die Beklagte hat die Betriebsratsanhörung dem Betriebsrat ordnungsgemäß zugeleitet. Sie hat das Anhörungsschreiben dem Vorsitzenden des Betriebsausschusses, Herrn G., zukommen lassen, dem nach der Mitteilung des für den Betrieb der Beklagten als Übergangsbetriebsrat zuständigen Betriebsrates der Niederlassung F. die Betriebsratsaufgaben für die Beklagte übertragen worden waren. Nach der Eingangsbestätigung des Herrn G. ist diesem das Anhörungsschreiben vom 31.08.2001 am 03.09.2001 zugegangen.	42
b) Das Anhörungsschreiben der Beklagten vom 31.08.2001 genügt auch den inhaltlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung.	43
Nach den von der Rechtsprechung zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätzen hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, d. h. der Arbeitgeber muss schriftlich oder mündlich dem Betriebsrat neben näheren Informationen über die Person	44

des betroffenen Arbeitnehmers, die Art und den Zeitpunkt der Kündigung, vor allem die seiner Ansicht nach maßgeblichen Kündigungsgründe mitteilen (vgl. BAG, Urteil vom 18.12.1980 2 AZR 1006/78, AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, Urteil vom 27.06.1985 2 AZR 412/84, AP Nr. 37 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, Urteil vom 15.11.1995 2 AZR 974/94, EzA Nr. 89 zu § 102 BetrVG 1972). Hierfür genügt es in der Regel nicht, die Kündigungsgründe nur pauschal, schlagwort- und stichwortartig zu bezeichnen oder bloße Werturteile ohne Angabe der für die Bewertung maßgebenden Tatsachen anzugeben (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.1978 2 AZR 717/76, AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, Urteil vom 11.07.1991 2 AZR 119/91, EzA Nr. 81 zu § 102 BetrVG 1972; BAG, Urteil vom 15.11.1995 2 AZR 974/94, a. a. O.). Die Informationspflicht gegenüber dem Betriebsrat geht zwar nicht so weit wie die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess (vgl. BAG, Urteil vom 18.12.1980 2 AZR 1006/78, a. a. O.; BAG, Urteil vom 06.02.1997 2 AZR 265/96, EzA Nr. 96 zu § 102 BetrVG 1972). Jedoch ist der für den Arbeitgeber maßgebende Sachverhalt unter Angabe der Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, so näher zu umschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschung in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden (vgl. BAG, Urteil vom 27.06.1985 2 AZR 412/84, a. a. O.; BAG, Urteil vom 11.07.1991 2 AZR 119/91, a. a. O.; BAG, Urteil vom 15.11.1995 2 AZR 974/94, a. a. O.; BAG, Urteil vom 06.02.1997 2 AZR 265/96, a. a. O.). Diese Grundsätze gelten auch, wenn der betroffene Arbeitnehmer noch keinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz genießt (vgl. BAG, Urteil vom 18.05.1994 2 AZR 920/93, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 85; BAG, Urteil vom 03.12.1998 2 AZR 234/98, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 100).

Mit dem Anhörungsschreiben vom 31.08.2001 teilte die Beklagte dem Betriebsrat, vertreten durch den Betriebsausschuss mit, dass eine ordentliche Kündigung dem Kläger gegenüber zum 24.09.2001 ausgesprochen werden sollte. Soweit der Kläger in seiner Klage annimmt, dem Betriebsrat sei eine Kündigung zum 24.08.2001 angekündigt worden, so handelt es sich um einen Lesefehler des Klägers. Die 9 in dem Antrag an den Betriebsrat könnte tatsächlich als 8 gelesen werden. Dass es sich aber um eine 9 handelt, wird aber dadurch deutlich, dass im Rahmen der Begründung der Kündigung als Enddatum der 24.09.2001 eindeutig lesbar ist. 45

Die Beklagte hat dem Betriebsrat des Weiteren die persönlichen Daten des Klägers sowie den aus ihrer Sicht die Kündigung tragenden Grund benannt. Aus dem Eintrittsdatum des Klägers 02.05.2001 und der Angabe der Beklagten, es handele sich um eine Kündigung in der Probezeit, war für den Betriebsrat erkennbar, dass die tarifvertragliche Probezeit von drei Monaten bereits absolviert war. Im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens trug die Beklagte - ohne dass dies vom Kläger bestritten worden wäre - hierzu vor, dass das Betriebsratsmitglied M. sich bei der Personalleiterin nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen mit dem Kläger und insbesondere danach erkundigt habe, ob eine Verlängerung der Probezeit, wie der Tarifvertrag sie vorsieht, stattgefunden habe, was verneint worden sei. Der Betriebsrat verfügte demzufolge innerhalb der Anhörungsfrist über die erforderlichen Informationen in Bezug auf die unstreitig einzuhaltende Kündigungsfrist. 46

Das Anhörungsschreiben genügt auch hinsichtlich des Kündigungsgrundes den Anforderungen. Die Beklagte hat dem Betriebsrat das mitgeteilt, was sie für ausreichend hielt, um die Kündigung des Klägers zu rechtfertigen. Insoweit gilt der Grundsatz der subjektiven Determination mit der Folge, dass die Betriebsratsanhörung als ausreichend anzusehen ist. 47

c) Die Kündigung der Beklagten vom 10.09.2001 ist auch nicht deshalb unwirksam, weil sie vor Ablauf der Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG durch die Beklagte 48

ausgesprochen worden ist. Die Beklagte hat diese Frist gewahrt.

aa) Die Wochenfrist, die die Beklagte für die Anhörung des Betriebsrates einzuhalten hatte, endete am 10.09.2001, 24:00 Uhr gemäß §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Das Anhörungsschreiben ist dem Betriebsrat am 03.09.2001 zugegangen. 49

Soweit sich die Beklagte darauf berufen hat, dass die Anhörungsfrist am letzten Tag mit Dienstschluss der Personalabteilung des Arbeitgebers ende, kann dem nicht gefolgt werden. Der Beklagten ist zwar zuzugestehen, dass das Landesarbeitsgericht Hamm (Urteil vom 11.02.1992 2 Sa 1615/91, LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 33) diese Auffassung vertreten hat, jedoch fehlt für diese Auffassung wie das Bundesarbeitsgericht bereits mit Urteil vom 12.12.1996 (2 AZR 803/95, RZK III 1 e Nr. 21) angemerkt hat eine gesetzliche Grundlage. Gemäß § 188 Abs. 2 BGB endet die Frist mit Ablauf des Tages der nächsten Woche, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem dem Betriebsrat die Arbeitgebermitteilung zugegangen ist, d. h. hier am Montag, dem 10.09.2001 um 24:00 Uhr, denn erst zu diesem Zeitpunkt ist der Tag abgelaufen. 50

bb) Die Einhaltung der Wochenfrist war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Betriebsrat bereits vor Ablauf dieser Frist eine endgültige Stellungnahme der Beklagten gegenüber abgegeben hat. 51

Hat der Betriebsrat zu der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers eine Erklärung abgegeben, aus der sich ergibt, dass er eine weitere Erörterung des Falles nicht mehr wünscht, liegt darin eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates, mit der Folge, dass der Arbeitgeber schon vor Ablauf der in § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bezeichneten Frist die Kündigung aussprechen kann (vgl. BAG, Urteil vom 28.07.1982 7 AZR 1181/79, n. v., zitiert nach JURIS; BAG, Urteil vom 12.03.1987 2 AZR 176/86, NZA 1988, 137; LAG Frankfurt, Urteil vom 18.06.1997 8 Sa 977/96, LAGE § 626 BGB Nr. 114; LAG Berlin, Urteil vom 12.07.1999 9 Sa 763/99, NZA-RR 1999, 485; LAG Köln, Urteil vom 14.08.2001 13 Sa 319/01, zitiert nach JURIS). 52

Ob die Erklärung des Betriebsrates, er werde die Frist verstreichen lassen, eine abschließende Stellungnahme in diesem Sinne ist, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, denn schon nach dem Sachvortrag der Beklagten ergeben sich aufgrund der Umstände, unter denen diese Erklärung abgegeben worden sein soll, erhebliche Zweifel an deren Endgültigkeit. Die Beklagte hat in erster Instanz vorgetragen, dass das Betriebsratsmitglied M. ausdrücklich nachgefragt habe, welche arbeitsvertragliche Regelung mit dem Kläger bestehe und ob eine Verlängerung der Probezeit erfolgt sei. Als er die entsprechenden Auskünfte erhalten habe, habe Herr M. erklärt, dass der Betriebsrat dennoch die Frist verstreichen lasse, dem Kläger jedoch nahe legen werde, Klage zu erheben, falls er Gewerkschaftsmitglied sei. Aus diesem Sachvortrag der Beklagten ergibt sich, dass nicht der Vorsitzende des Betriebsausschusses, der gemäß § 28 BetrVG i. V. m. § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG analog zuständig gewesen wäre, verbindliche Erklärungen für den Betriebsrat abzugeben, sondern ein Betriebsratsmitglied mit der Personalleitung gesprochen hat. Darüber hinaus wurde die Erklärung, der Betriebsrat werde die Frist verstreichen lassen, abgegeben, nachdem zunächst noch weitere Informationen eingeholt worden sind. Es bestehen daher erhebliche Zweifel, ob Herr M. überhaupt befugt war, ohne eine erneute Beratung des Betriebsrates eine entsprechende Erklärung der Personalleitung gegenüber abzugeben, ohne dass zuvor ein Beschluss des Gremiums herbeigeführt wurde. Gerade die Tatsache, dass zunächst noch weitere Informationen eingeholt wurden, musste auch aus Sicht der Personalleiterin der Beklagten gegen eine endgültige Stellungnahme des Betriebsrates sprechen, wenn nicht weitere Umstände die Endgültigkeit der Stellungnahme 53

nahe legten. Dass solche hier gegeben gewesen sind, ist nicht vorgetragen.

cc) Die Beklagte hat die Anhörungsfrist des § 102 Abs. 2 BetrVG eingehalten, obwohl sie bereits am 10.09.2001 um 17:00 Uhr das Kündigungsschreiben an den Kurierdienst U. übergeben hat, mit dem Auftrag, dieses am 11.09.2001 um 10:00 Uhr an den Kläger zuzustellen. 54

Eine Kündigung ist dann ohne Anhörung des Betriebsrates im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ausgesprochen, wenn der Arbeitgeber seinen Kündigungswillen bereits vor der Stellungnahme des Betriebsrates oder vor dem Ablauf der in § 102 Abs. 2 BetrVG festgelegten Fristen verwirklicht. Eine schriftliche Kündigung ist in diesem Sinne ausgesprochen, wenn das Kündigungsschreiben den Machtbereich des Arbeitgebers verlässt; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitgeber vor Abschluss des Anhörungsverfahrens das Kündigungsschreiben zur Post gibt (vgl. BAG, Urteil vom 13.11.1975 2 AZR 610/74, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt § 102 BetrVG Rz. 20). Bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung wird dem Zweck des Anhörungsverfahrens am ehesten Rechnung getragen. Hat die Kündigung bereits den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen, so ist auf dessen Seite der rechtsgeschäftliche Erklärungsvorgang beendet. Zu welchem Zeitpunkt die Kündigung dem Arbeitnehmer letztlich zugeht, ob vor oder nach einer Stellungnahme des Betriebsrates bzw. vor oder nach Ablauf der in § 102 Abs. 2 BetrVG festgelegten Fristen, ist für die Frage der ordnungsgemäßen Anhörung im Sinne des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ohne Bedeutung. Entscheidend für die Unwirksamkeit der Kündigung ist in diesen Fällen der einseitige Abbruch des Anhörungsverfahrens durch den Arbeitgeber, der sich in der Absendung des Kündigungsschreibens offenbart (vgl. BAG, Urteil vom 13.11.1975 2 AZR 610/74, a. a. O.). Die schriftliche Niederlegung des Kündigungsschreibens vor Abschluss des Anhörungsverfahrens führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, so lange das Kündigungsschreiben selbst noch nicht den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen hat. Vorher hat der Arbeitgeber nämlich seinen Kündigungswillen noch nicht verwirklicht (BAG, Urteil vom 13.11.1975 2 AZR 610/74, a. a. O.). 55

Im vorliegenden Fall hat das Kündigungsschreiben nach Auffassung der Kammer den Machtbereich der Beklagten durch die Übergabe an den Kurierdienst noch nicht verlassen, denn das Kündigungsschreiben war damit noch nicht unwiderruflich einem fremden Willensbereich ausgeliefert. Bei Übergabe des Kündigungsschreibens an den Kurierdienst hatte die Beklagte den Auftrag erteilt, dieses Schreiben am folgenden Tag, d. h. am 11.09.2001 um 10:00 Uhr zuzustellen. Bis zu diesem Zeitpunkt war der Kurierdienst für die Beklagte telefonisch erreichbar, sie hätte die Auslieferung der Sendung noch stoppen können. Auch wenn sie das Schreiben nicht mehr selbst in Händen hielt, so hatte sie sich dennoch nicht jeder Einflussnahmemöglichkeit begeben. Der Kurierdienst hat selbst bestätigt, dass die Sendung noch bis 22:30 Uhr, d. h. bis zur Verladung in das Nachtlinienfahrzeug zurückgehalten werden kann und dass dann die Möglichkeit besteht, nach entsprechender telefonischer Order das Schreiben zwischen 7:00 und 8:00 Uhr in der jeweiligen Auslieferungsstation zurückzuhalten. Hätte die Beklagte also bis 24:00 Uhr am 10.09.2001 noch eine Mitteilung des Betriebsrates bezüglich der Kündigung des Klägers erhalten, wäre sie in der Lage gewesen, am nächsten Morgen den Zugang des Kündigungsschreibens bei dem Kläger zu verhindern. 56

Die Übergabe eines Schreibens an einen Kurierdienst ist nicht mit der Situation vergleichbar wie sie sich darstellt, wenn ein Schreiben zur Post gegeben wird. Bei der Übergabe des Schreibens an die Post verliert der Absender jegliche Einflussnahmemöglichkeit. Eine 57

Briefsendung wird von der Post ausschließlich an den Empfänger und nicht mehr an den Absender herausgegeben. Die Entscheidung, eine Briefsendung in den Briefkasten zu werfen, ist damit endgültig und unwiderruflich. Hierdurch unterscheidet sich diese Zustellungsmöglichkeit von der Zustellung durch einen Kurierdienst, der im Falle von veränderten Umständen gestoppt werden kann. Solange der Erklärende eine schriftliche Erklärung noch zurückhalten kann, hat er seinen Willen noch nicht endgültig geäußert und deshalb ist seine Willenserklärung dann noch nicht abgegeben (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 30.10.1986 15 W 394/86, NJW-RR 1987, 260).

Soweit der Kläger hierzu ausführt, dass die Rückrufmöglichkeit mit Unsicherheiten und Risiken verbunden ist, führt dies nicht dazu, dass damit festgestellt werden muss, dass der Brief den Machtbereich des Absendenden dann verlassen hat, wenn er an den Kurierdienst übergeben wird. Es trifft zwar zu, dass es wie der Kläger ausführt - bei der Handybenutzung zu Störungen durch sog. Funklöcher kommen kann. Derartige Störungen treten in dicht besiedelten Gebieten - wenn überhaupt wegen der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Sendemasten nur kurzfristig auf. Da die Kurierfahrer aber nicht nur über Handy, sondern auch über Funk von der Firma zu erreichen sind, dürfte das Risiko, dass eine Sendung wegen Nichterreichbarkeit des Fahrers nicht mehr gestoppt werden kann, gegen Null gehen. 58

Auch der Hinweis des Klägers, gerade dass die Beklagte zur Stützung ihrer These bei der Firma U. nachgefragt und diese mit Schreiben vom 05.06.2002 geantwortet habe, mache deutlich, dass das Schreiben sich nicht mehr im Geschäftsbereich der Beklagten befunden habe, überzeugt nicht. Dass sich die Beklagte die Abwicklung der Zustellungsaufträge durch die Firma U. noch einmal schriftlich erläutern ließ, um das entsprechende Schreiben im Verfahren vorzulegen, erscheint sachdienlich. 59

Hinzukommt, dass sich die Situation nicht anders dargestellt hätte, wenn die Personalleiterin der Beklagten selbst das Kündigungsschreiben an sich genommen hätte, um nach Oberhausen zu fahren und es dort am folgenden Tage dem Kläger zuzustellen. In diesem Fall hätte das Schreiben unzweifelhaft nicht den Machtbereich der Beklagten verlassen, denn es hätte sich noch in den Händen der bei der Beklagten für die Kündigung zuständigen Person befunden. Auch in diesem Fall hätte die Gefahr bestanden, dass man Frau T. nicht mehr rechtzeitig hätte erreichen können, wenn doch noch eine Stellungnahme des Betriebsrates eingegangen wäre. Auch das Hessische Landesarbeitsgericht (Urteil vom 20.10.1994 3 Sa 717/93, LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 48) hat für den Fall, dass der Prokurist der Arbeitgeberin das Kündigungsschreiben an sich nahm und körperlich bei sich führte, entschieden, dass das Kündigungsschreiben damit noch nicht den Machtbereich der Arbeitgeberin verlassen hatte. 60

Die Tatsache, dass es sich bei dem Kurierdienst um einen betriebsfremden Boten handelt, führt hier nicht zu einer anderen Einschätzung. Entscheidend bleibt die Möglichkeit des Absenders weiterhin auf Frage der Zustellung des entsprechenden Schreibens Einfluss zu nehmen. Diese ist wie bereits ausgeführt im Falle des Kurierdienstes gegeben. 61

III. 62

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels waren gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1, 101 ZPO dem Kläger aufzuerlegen. Die durch die Säumnis der Beklagten im Termin am 07.12.2001 entstandenen Mehrkosten waren gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 344 ZPO der Beklagten aufzuerlegen. 63

IV. 64

Die Revision an das Bundesarbeitsgericht war zuzulassen, da dem vorliegenden Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden kann (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG).	65
Eine grundsätzliche Bedeutung eines Rechtsstreits ist dann anzunehmen, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von einer klärungsfähigen und klärungsbedürftigen Rechtsfrage abhängt und diese Klärung entweder von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung ist oder wegen ihrer tatsächlichen Auswirkung die Interessen der Allgemeinheit oder eines größeren Teiles der Allgemeinheit berührt (vgl. BAG, Beschluss vom 05.12.1979 - 4 AZN 41/79, AP Nr. 1 zu § 72 a ArbGG 1979 Grundsatz).	66
Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Rechtsstreit mit grundsätzlicher Bedeutung, da die Frage, ob die Kündigungsfrist des § 102 Abs. 2 BetrVG auch dann gewahrt ist, wenn bereits vor Fristablauf das Kündigungsschreiben an einen privaten Kurierdienst übergeben wird, die Interessen der Allgemeinheit berührt.	67
RECHTSMITTELBELEHRUNG	68
Gegen dieses Urteil kann von dem Kläger	69
REVISION	70
ingelegt werden.	71
Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	72
Die Revision muss	73
innerhalb einer Notfrist von einem Monat	74
nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim	75
Bundesarbeitsgericht,	76
Hugo-Preuß-Platz 1,	77
99084 Erfurt,	78
Fax: (0361) 2636 - 2000	79
ingelegt werden.	80
Die Revision ist gleichzeitig oder	81
innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils	82
schriftlich zu begründen.	83
Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.	84
Dauch Gutzmann Wiertz	85
