Landesarbeitsgericht Köln, 4 Ta 55/20

Datum:	15.04.2020
Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper:	4. Kammer
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	4 Ta 55/20
ECLI:	ECLI:DE:LAGK:2020:0415.4TA55.20.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Köln, 8 Ga 26/20
Schlagworte:	Einstweilige Verfügung; Weiterbeschäftigung nach außerordentlicher Kündigung; Dringender Fall; Entscheidung durch das Arbeitsgericht ohne mündliche Verhandlung; Verfügungsanspruch; keine offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung; Betriebsratswahl; Sitzplatz für Minderheitengeschlecht; unzutreffende Ermittlung des Wahlergebnisses; Nichtigkeit/Unanfechtbarkeit einer Betriebsratswahl; Zustimmung des Betriebsrates nach § 103 BetrVG
Normen:	§§ 62 Abs. 2, 78 Satz 1 ArbGG; §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 567 ff. ZPO;; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG; § 626 BGB; §§ 15 Abs. 2, 23 Abs. 1, 103 BetrVG; §§ 5 Abs. 1, Abs. 2, 22 Abs. 4 WO
Sachgebiet:	Arbeitsrecht
Leitsätze:	Der Verfügungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers, dem gegenüber eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde, ist nur dann gegeben, wenn die Kündigung des Arbeitgebers offensichtlich unwirksam ist.

Tenor:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 24.03.2020(8 Ga 26/20) wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

G r ü n d e 1

I. Die Parteien streiten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes über die Weiterbeschäftigung der Verfügungsklägerin (nachfolgend auch: Antragstellerin) nach Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung. 2

Die Verfügungsbeklagte (nachfolgend auch: Antragsgegnerin) betreibt in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG eine Wurst- und Fleischwarenfabrikation und vertreibt Wurstspezialitäten aus Rind-, Lamm- und Geflügelfleisch. Der Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft ist Herr A E E . 3

Die am 30.07.1964 geborene Antragstellerin ist seit dem 01.01.1993 bei der Antragsgegnerin als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Ausgehend von einem Jahresgehalt im Jahre 2019 iHv. 30.515,83 Euro brutto betrug das durchschnittliche Bruttomonatsgehalt zuletzt 2.542,99 Euro. Nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten ist die Antragstellerin Mitglied der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG). 4

Aufgrund eines Wahlausschreibens vom 08.02.2018, indem aufgrund der Zusammensetzung der Belegschaft ein Sitz für das Minderheitengeschlecht (Frauen) im Betriebsrat angegeben wurde, wurde im Betrieb der Verfügungsbeklagten am 23.03.2018 ein neuer Betriebsrat (7-köpfig) gewählt. Es erfolgte eine Personen- und keine Listenwahl. Die Verfügungsklägerin war damals Vorsitzende des Wahlvorstandes. Es gab noch zwei weitere Mitglieder des Wahlvorstandes, die nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten allerdings der deutschen Sprache kaum mächtig sein sollen. Bzgl. der Stimmverteilung auf die zur Wahl stehenden Arbeitnehmer wird auf Bl. 54-56 d.A. Bezug genommen. Bezogen auf die Anzahl der auf sie entfallenen Stimmen hatte die Verfügungsklägerin den 10. Rang. Nach Auffassung der Verfügungsbeklagten war die Verfügungsklägerin somit nur „3. Nachrückerin“. 5

Der Wahlvorstand unter Leitung der Verfügungsklägerin erstellte am 26.03.2018 eine Wahlniederschrift in deutscher Sprache. Nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten sei die Wahlniederschrift unter Verstoß gegen § 16 WO nicht in öffentlicher Sitzung nach § 13 WO erstellt worden und sie würde auch nicht die vollständige Auszählung der Höchstzahlen enthalten. In der Wahlniederschrift wurde die Verfügungsklägerin als gewähltes Betriebsratsmitglied angegeben. Der Wahlvorstand ging davon aus, dass auf das Geschlecht der Minderheit ein Sitz im Betriebsrat entfiel. Unter Anwendung des Höchstzählverfahrens nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 WO iVm. § 15 Abs. 2 BetrVG entfiel jedoch auf das Minderheitengeschlecht (Frauen) kein Sitz im Betriebsrat, da selbst bei 115 geteilt durch 7 (Sitze) der Quotient 16,43 beträgt und damit höher ist als die Anzahl der Arbeitnehmerinnen bei der Verfügungsbeklagten. 6

In der konstituierenden Sitzung des Betriebsrates am 27.03.2018 wurde Herr M B zum Vorsitzenden des Betriebsrates und die Verfügungsklägerin zur stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden gewählt. Insofern wird Bezug genommen auf den „Bericht des Wahlvorstandes“ vom 28.03.2018 auf Bl. 52 d.A. 7

Die Betriebsratswahl wurde nicht binnen der Zwei-Wochen-Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG angefochten. 8

Am 27.11.2018 wurde die Verfügungsklägerin zur Vorsitzenden des Betriebsrates gewählt. 9

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Zusammenarbeit zwischen der Verfügungsbeklagten und dem gebildeten Betriebsrat dem gesetzlichen Leitbild der vertrauensvollen Zusammenarbeit iSv. § 2 Abs. 1 BetrVG entspricht. 10

Mit Schreiben vom 13.03.2020, der Verfügungsklägerin am selben Tag zugegangen, gab die Verfügungsbeklagte ihr Gelegenheit, sich bis zum 16.03.2020 um 12:00 Uhr zu dem Vorwurf der Manipulation des Wahlergebnisses der Betriebsratswahl vom 23.03.2018 und einer deswegen beabsichtigten fristlosen Kündigung zu äußern. Bzgl. des Anhörungsschreibens wird Bezug genommen auf Bl. 8, 28 d.A. Die Verfügungsklägerin äußerte sich weder binnen der Frist noch bat sie um eine Fristverlängerung. 11

Am 13.03.2020 fand ein Gespräch zwischen dem sog. „Kommunikationsmanager“ der Verfügungsbeklagten, Herrn T , und mehreren Betriebsratsmitgliedern statt. 12

Am 16.03.2020 gab es ein Gespräch zwischen der Verfügungsklägerin und Herrn T statt. Der Inhalt und der Verlauf des Gesprächs sind zwischen den Parteien umstritten. 13

Die Verfügungsbeklagte stellte die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 16.03.2020 frei und untersagte ihr, das Firmengelände ohne Voranmeldung und ohne eine vom Betriebsleiter bestimmte Person zu betreten. Insofern wird Bezug genommen auf Bl. 29 d.A. Die Verfügungsklägerin erhielt das Schreiben am selben Tag. 14

Die Verfügungsbeklagte kündigte sodann mit Schreiben vom 17.03.2020 das Arbeitsverhältnis fristlos. Das Kündigungsschreiben ist vom Personalleiter, Herrn Me , unterschrieben. Bzgl. des Kündigungsschreibens wird auf Bl. 30 d.A. Bezug genommen. 15

Die Verfügungsklägerin hat sich im Verfahren nicht dazu geäußert, ob sie fristgerecht binnen der Drei-Wochen-Frist des §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG beim Arbeitsgericht Köln eine Kündigungsschutzklage erhoben hat. 16

Mit ihrem am 23.03.2020 (17:38 Uhr) beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag auf einstweiligen Rechtschutz hat die Antragstellerin ihren allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, dass die außerordentliche Kündigung vom 17.03.2020 offensichtlich unwirksam sei, da sie ohne Zustimmung des Betriebsrates ausgesprochen worden sei. Sie hat behauptet, dass die Zustimmung des (restlichen) Betriebsrates aufgrund unzulässiger Druckausübung durch die Verfügungsbeklagte erschlichen worden sei. Insbesondere würde die Verfügungsbeklagte sich zu Unrecht einer Schadensersatzforderung iHv. 600.000,- Euro ihr gegenüber berühmen. Es hätte am 16.03.2020 keine (ordnungsgemäße) Sitzung des Betriebsrates gegeben, da die Verfügungsklägerin hierzu nicht geladen worden sei. Auch ihre Abwahl sei nicht rechtmäßig erfolgt, da die Verfügungsbeklagte – vertreten durch ihren „Kommunikationsmanager“, Herrn T – die Annahmeerklärung durch Herrn B vorbereitet und vorformuliert habe. Zudem habe Herr T der Verfügungsklägerin in dem Gespräch am 16.03.2020 gedroht. Die Verfügungsklägerin hat selber die Ansicht vertreten, dass sie nach dem Wahlergebnis nicht zum Betriebsratsmitglied gewählt wurde. Insofern sei ihr ein Fehler unterlaufen. Allerdings treffe sie im Ergebnis kein Verschulden, da der Wahlvorstand als Gremium die Sitzverteilung bzgl. des Minderheitengeschlechts beschlossen habe. Daher habe sie keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Ferner hat die Verfügungsklägerin die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gerügt. 17

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich beantragt, 18

der Antragsgegnerin aufzugeben, die Antragstellerin als kaufmännische Angestellte weiter zu beschäftigen. 19

Die Verfügungsbeklagte hat erstinstanzlich keinen Antrag angekündigt oder gestellt, da das Arbeitsgericht die Antragsschrift im Hinblick auf § 922 Abs. 3 ZPO iVm. § 936 ZPO zunächst nicht zugeleitet (Bl. 11 d.A.) und diese – nach Eingang der sofortigen Beschwerde – später formlos an den Verfügungsbeklagtenvertreter weitergeleitet hat (Bl. 72 d.A.). 20

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss des Vorsitzenden vom 24.03.2020 ohne mündliche Verhandlung den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der zulässige Antrag unbegründet sei. Im Hinblick auf § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG begründet das Arbeitsgericht die Alleinentscheidung durch den Vorsitzenden mit „der derzeitigen Ausnahmesituation der Corona-Pandemie“. Materiell-rechtlich mangele es zum einen am Verfügungsanspruch. Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung sei vorliegend nicht gegeben, da diese Kündigung nicht offensichtlich unwirksam sei. So gäbe es einen Beschluss des Betriebsrates nach § 103 BetrVG, so dass die Verfügungsbeklagte ohne Zustimmungsersetzungsverfahren unmittelbar habe kündigen können. Etwaige Unregelmäßigkeiten bei der Beschlussfassung am 16.03.2020 könnten nicht im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens geklärt werden. Eine weitere materiell-rechtliche „Vorab-Bewertung“ der Rechtmäßigkeit einer Kündigung können in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren ebenfalls nicht erfolgen. Zum anderen würde ein Verfügungsgrund fehlen, zumal bereits die Antragsschrift hierzu schweigen würde. Angesichts der derzeitigen Corona-Pandemie müsste die Verfügungsklägerin darzulegen, inwieweit im Betrieb der Verfügungsbeklagten vor dem Hintergrund der landesweiten Kontaktsperren und der damit verbundenen Betriebseinschränkungen überhaupt eine reguläre Beschäftigung der Antragstellerin als kaufmännische Angestellte erfolgen könnte. Schließlich habe die Verfügungsklägerin einen etwaigen Verfügungsgrund auch nicht glaubhaft gemacht, da der Antragsschrift unstreitig keine Versicherung an Eides statt beigefügt war. Bezüglich des weiteren Inhalts des Beschlusses des Arbeitsgerichts wird auf die Beschlussgründe auf Bl. 12-16 d.A. Bezug genommen. Dieser Beschluss wurde dem Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin am 25.03.2020 zugestellt (Bl. 31 d.A.). 21

Am 27.03.2020 hat der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsbeklagten im Zentralen Schutzschriftenregister (ZSSR) elektronisch über den sicheren Übermittlungsweg aus einem besonderen Anwaltspostfach (beA) eine Schutzschrift mit ausführlicher Begründung für die Zurückweisung des streitgegenständlichen Antrages, wobei der Schutzschrift eine Vorab-Kopie der Antragsschrift beigefügt war, hinterlegt. Bzgl. dieser Schutzschrift nebst Anlagen wird Bezug genommen auf Bl. 33-58 d.A. 22

Gegen den ihr am 25.03.2020 zugestellten Beschluss des Arbeitsgerichts hat die Antragstellerin mit am 07.04.2020 per Fax beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz – das Original des Schriftsatzes ging erst am 08.04.2020 beim Landesarbeitsgericht ein – sofortige Beschwerde eingelegt und hat diese zugleich begründet. Das Arbeitsgericht, dem die Akte zunächst wieder zugeleitet worden war, hat mit Beschluss vom 07.04.2020 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen. Bzgl. der Begründung der Nichtabhilfeentscheidung wird auf Bl. 69-71 d.A. Bezug genommen. Das Original der Versicherung an Eides statt vom 07.04.2020 ist beim Landesarbeitsgericht erst am 08.04.2020 eingegangen. 23

24

Die Antragstellerin wiederholt und vertieft ihre Sachvortrag. Sie ist weiterhin der Auffassung, dass die außerordentliche Kündigung vom 17.03.2020 offensichtlich unwirksam sei, so dass ein Verfügungsanspruch auf Weiterbeschäftigung bestünde. Die Beschlüsse des Betriebsrates in der Sitzung vom 16.03.2020 seien mittlerweile beim Arbeitsgericht angefochten, ua. weil die im Betrieb der Verfügungsbeklagten vertretene Gewerkschaft NGG bzw. deren Gewerkschaftssekretär von der Sitzung erst nach deren Ende erfahren habe, obwohl eine zwingende Ladung nach § 31 BetrVG der Beschlusslage des Betriebsrates entsprechen würde. Materiell-rechtlich hätte die Verfügungsklägerin keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, denn der Personalleiter der Verfügungsbeklagten hätte das damalige Wahlausschreiben, in dem der eine Sitz für das Minderheitengeschlecht ausgewiesen ist, genehmigt, so dass der objektive Fehler ihr nicht zugerechnet werden könnte. Ferner bestünde auch ein Verfügungsgrund. Bei der Verfügungsbeklagten würde trotz eines Nachfragerückgangs aufgrund der derzeitigen Corona-Pandemie weiter produziert bei grundsätzlicher Präsenzpflicht aller Mitarbeiter, auch im kaufmännischen Bereich, obgleich Freizeitansprüche gewährt würden. So müsse Fleisch eingekauft und die fertigen Produkte verkauft werden. Eine Tätigkeit im Home-Office würde die Verfügungsbeklagte nicht anbieten.

Die Antragstellerin beantragt im Beschwerdeverfahren – nach einer ursprünglichen Antragserweiterung um betriebsverfassungsrechtliche Ansprüche und deren zwischenzeitlicher Rücknahme – zuletzt, 25

unter Abänderung des Beschlusses des Arbeitsgerichts Köln vom 24.03.2020 (8 Ga 26/20) der Antragsgegnerin aufzugeben, die Antragstellerin als kaufmännische Angestellte weiter zu beschäftigen. 26

Die Antragsgegnerin beantragt (sinngemäß), 27

die sofortige Beschwerde der Verfügungsklägerin zurückzuweisen. 28

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass der bei ihr gebildete Betriebsrat seit der Wahl am 23.03.2018 nicht ordnungsgemäß besetzt sei, da die Verfügungsklägerin in ihrer Funktion als Vorsitzende des Wahlvorstandes das Wahlergebnis bewusst unzutreffend ermittelt hat, um für sich mittels der Regelungen zum Minderheitengeschlecht einen Sitz im Betriebsrat zu ergattern, obwohl die personelle Zusammensetzung des Betriebes (Gesamtzahl der Arbeitnehmer und Geschlechterverteilung) und die Größe des Betriebsrates (7-köpfig) dies nicht hergaben. Zudem habe die Verfügungsklägerin damals einen Wahlleitfaden der Gewerkschaft NGG gehabt (Bl. 58 d.A.), aus dem sich ergibt, wie Sitze für das Minderheitengeschlecht rechtlich korrekt errechnet werden. Die Verfügungsbeklagte bestreitet, dass ihr Personalleiter, Herr Me , in irgendeiner Weise an der Erstellung des Wahlausschreibens vom 08.02.2018 beteiligt gewesen wäre. Vorliegend hätte sich die Verfügungsklägerin und der Wahlvorstand nicht verrechnen können, da ein Sitz für das Minderheitengeschlecht offensichtlich ausgeschlossen war. Damit habe die Verfügungsklägerin sich das von ihr ausgeübte Betriebsratsmandat und die damit verbundenen Arbeitsfreistellungen unter Fortzahlung der Vergütung gemäß § 37 BetrVG rechtswidrig erschlichen. Im Ergebnis hält die Verfügungsbeklagte die Betriebsratswahl für nichtig oder zumindest anfechtbar. Von den diversen Wahlfehlern und der falschen Zusammensetzung des Betriebsrates habe sie „erst wenige Tage vor dem Ausspruch der Kündigung“ Kenntnis erlangt (Bl. 24 d.A.). Aufgrund der bislang fehlerhaften Zusammensetzung des Betriebsrates stand den am 23.03.2018 tatsächlich Gewählten und eigentlichen Betriebsratsmitgliedern das Recht zu einem Selbstzusammentritt zu, um sich ordnungsgemäß zu konstituieren. Am 16.03.2020 habe diese Sitzung stattgefunden. In dieser 29

Sitzung sei zum einen mit fünf von sieben Stimmen Herr B zum neuen Vorsitzenden des Betriebsrates gewählt worden und zum anderen habe der Betriebsrat der fristlosen Kündigung der Verfügungsklägerin ausdrücklich zugstimmt. Insofern wird Bezug genommen auf die Kopie der schriftlichen Mitteilung von Herrn B vom 16.03.2020 auf Bl. 57 d.A. An dieser Sitzung habe die Verfügungsklägerin als 3. Nachrückerin nicht teilnehmen müssen. Nach Auffassung der Verfügungsbeklagten würde die Verfügungsklägerin mangels eines Betriebsratsmandats zwar nicht § 103 BetrVG unterfallen. Allerdings würde sie zumindest dem nachwirkenden Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG unterfallen, da sie nach den Behauptungen der Antragsgegnerin im Dezember 2019 zurecht wegen vieler Erkrankungen der Betriebsratsmitglieder als 3. Nachrückerin an einer Sitzung des Betriebsrates teilgenommen habe. Im Übrigen sei die Tätigkeit der Verfügungsklägerin als Bürohilfskraft nicht derart notwendig, dass ein ununterbrochener Kontakt zur Belegschaft erforderlich sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze, ihre Beweisantritte und die von ihnen eingereichten Unterlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen (§ 64 Abs. 7 ArbGG iVm. § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO). 30

II. Die gem. § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO iVm. § 78 Satz 1 ArbGG statthafte sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 24.03.2020 (8 Ga 26/20) ist zulässig. Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. 31

1. Die sofortige Beschwerde ist statthaft und zulässig. Sie ist form- und fristgerecht im Sinne des § 569 Abs. 1, Abs. 2 ZPO iVm. § 78 Satz 1 ArbGG eingelegt und gemäß § 571 Abs. 1 ZPO iVm. § 78 Satz 1 ArbGG begründet worden. Die Zwei-Wochen-Frist für die Einlegung des Rechtsmittels ist gewahrt. Auch ist es zulässig, dass die sofortige Beschwerde beim Beschwerdegericht (iudex ad quem) und nicht beim Ausgangsgericht (iudex a quo) eingelegt wurde (§ 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO iVm. § 78 Satz 1 ArbGG). 32

2. Die sofortige Beschwerde bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg, denn das Arbeitsgericht hat den zulässigen Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung zurecht durch Beschluss des Vorsitzenden ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen. 33

a) Zunächst ist es vorliegend im Hinblick auf § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG nicht zu beanstanden, dass das Arbeitsgericht alleine durch den Vorsitzenden (§ 53 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und nicht durch die vollbesetzte Kammer entschieden hat. Die Rechtsfrage, durch welchen Spruchkörper eine gerichtliche Entscheidung ergeht, hat unmittelbaren Einfluss auf das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, so dass eine unzulässige Alleinentscheidung des Vorsitzenden statt der Kammer einen Verfassungsverstoß und damit einen Verfahrensfehler darstellen würde, der als Rechtsfolge eine Zurückverweisung gemäß § 572 Abs. 3 ZPO iVm. § 78 Satz 1 ArbGG an das Arbeitsgericht zur Folge haben könnte, sofern und soweit die Regelung des § 68 ArbGG im Beschwerdeverfahren keine Anwendung finden sollte (vgl. Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. Januar 2019 – 3 Ta 5/19, Rn. 24, juris). 34

aa) Gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Damit soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. Es soll vermieden werden, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst werden kann, gleichgültig, von welcher Seite eine solche Manipulation ausgeht. Damit soll die 35

Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden. Dieses Vertrauen nähme Schaden, müsste der rechtsuchende Bürger befürchten, sich einem Richter gegenüber zu sehen, der mit Blick auf seinen Fall und seine Person bestellt worden ist. Aus diesem Zweck des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgt, dass der für die einzelne Sache zuständige Richter sich im Voraus möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Regelung ergeben muss. Dies setzt einen Bestand von Rechtssätzen voraus, die für jeden Streitfall den Richter bezeichnen, der für die Entscheidung zuständig ist (BVerfG, Beschluss vom 8. April 1997 – 1 PBvU 1/95, zu C I 1 der Gründe mwN, BVerfGE 95, 322, 327 f.). Da gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch die im Einzelfall zur Mitwirkung berufenen Richter sind, muss sich die abstrakt-generelle Vorausbestimmung bis auf die letzte Regelungsstufe erstrecken, auf der es um die Person des konkreten Richters geht. Der gesetzliche Richter ist nicht gewahrt, wenn er durch eine Ermessensentscheidung bestimmt werden kann (BAG, Urteil vom 22. März 2001 – 8 AZR 565/00, Rn. 78, juris).

bb) Es kann vorliegend dahinstehen, ob ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters und damit das Vorliegen eines Verfahrensfehlers nur auf eine ordnungsgemäße Rüge oder von Amts wegen zu prüfen ist, da das Arbeitsgericht vorliegend ordnungsgemäß besetzt war. Grundsätzlich ist der sog. absolute Revisionsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts (§ 547 Nr. 1 ZPO) ein nicht von Amts wegen zu beachtender Verfahrensmangel, da er selbst im Rechtsbeschwerdeverfahren gemäß § 576 Abs. 3, § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO nur auf Rüge hin beachtet werden darf (vgl. BAG, Beschluss vom 17. September 2014 – 10 AZB 43/14, Rn. 14 mwN, juris). Vorliegend hat die Verfügungsklägerin die Besetzung des Arbeitsgerichts nicht gerügt, so dass eine derartige Prüfung im Beschwerdeverfahren unterbleiben müsste. Allerdings könnte eine Ausnahme hiervon zu machen und insofern eine Prüfung von Amts wegen vorzunehmen sein, wenn die angefochtene gerichtliche Entscheidung objektiv willkürlich gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters verstößt (vgl. BGH, Beschluss vom 22. November 2011 – VIII ZB 81/11, Rn. 9, juris; BAG, Beschluss vom 17. September 2014 – 10 AZB 43/14, Rn. 15, juris), wobei auch dies vorliegend dahinstehen kann, da das Arbeitsgericht vorliegend bei seiner Entscheidung ordnungsgemäß besetzt war, wie nachfolgend dargestellt. 36

cc) In arbeitsgerichtlichen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gilt § 62 Abs. 2 ArbGG. Nach dessen Satz 1 finden die entsprechenden Vorschriften der ZPO Anwendung, dh. auch die §§ 935 ff. ZPO iVm. §§ 916 ff. ZPO. § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG bestimmt allerdings spezialgesetzlich und abweichend von § 937 Abs. 2 ZPO, dass die Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in dringenden Fällen, „auch dann, wenn der Antrag zurückzuweisen ist“, ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Nur dann ist zudem gemäß § 53 Abs. 1 ArbGG die Alleinentscheidungskompetenz des Vorsitzenden – ohne die bei mündlichen Verhandlungen obligatorische Zuziehung der ehrenamtlichen Richter – gegeben. Dementsprechend hat die Entscheidung darüber, ob mit oder ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, unmittelbar Einfluss auf die Bestimmung des gesetzlichen Richters. 37

Enger als § 937 Abs. 2 ZPO, wo eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung sowohl bei besonderer Dringlichkeit als auch im Falle der Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch den Vorsitzenden ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, schreibt § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG für das arbeitsgerichtliche Verfahren vor, dass die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nur in dringenden Fällen möglich ist. Durch die Formulierung „auch dann, wenn der Antrag zurückzuweisen ist“ wird hier in Abweichung von § 937 Abs. 2 ZPO keine unabhängig von der Dringlichkeit bestehende 38

Alternative beschrieben, sondern klargestellt, dass bei dringlichen Fällen „auch dann" ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, wenn eine zurückweisende Entscheidung – mithin aus anderen Gründen als der Dringlichkeit – erfolgt. Die Grundvoraussetzung der besonderen Dringlichkeit muss aber auch dann erfüllt sein, anderenfalls ist aufgrund mündlicher Verhandlung und damit unter Zuziehung der ehrenamtlichen Richter zu entscheiden (allgemeine Auffassung, vgl. Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. Januar 2019 – 3 Ta 5/19, Rn. 18, juris; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 26. Mai 2011 – 1 Ta 76 c/11, Rz. 24, juris; Landesarbeitsgericht Sachsen, Beschluss vom 8. April 1997 – 1 Ta 89/97, MDR 1997, 855 f.; Germelmann/Matthes/Prütting/Germelmann, ArbGG, 8. Auflage 2014, § 62 Rn. 85; Walker, in: Schwab/Weth, ArbGG, 5. Auflage, 2018, § 62 Rn. 115 mwN.).

Da es sich um eine für die Bestimmung des gesetzlich zuständigen Richters entscheidende Frage handelt, ob und warum ein dringender Fall nach § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG vorliegt (Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. Januar 2019 – 3 Ta 5/19, Rn. 19, juris; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 26. Mai 2011 – 1 Ta 76 c/11, Rz. 25, juris) und darüber hinaus mit dieser Verfahrensentscheidung der - weitere verfassungsrechtlich gewährleistete - Anspruch auf rechtliches Gehör unmittelbar betroffen ist, muss eine Entscheidung, die entgegen dem gesetzlichen Leitprinzip der Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung ausnahmsweise ohne diese und damit in anderer Besetzung des Spruchkörpers ergeht, eine zumindest kurze Begründung zu den Voraussetzungen des § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG enthalten (so ebenfalls Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. Januar 2019 – 3 Ta 5/19, Rn. 19, juris; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 26. Mai 2011 – 1 Ta 76c/11, Rz. 27, juris; Dreher, in: Düwell/Lipke, ArbGG, 5. Auflage 2019, § 62 Rn. 65). Denn grundsätzlich ist zwar der Einfluss, den ein Vorsitzender durch seine Befugnis zur Terminierung auf die Zusammensetzung der Richterbank gewinnen kann, mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar, da die Anberaumung von Gerichtsterminen nicht ohne Rücksicht auf den Sach- und Streitstand erfolgen kann (BVerfG, Beschluss vom 20. März 2007 – 2 BvR 2470/06, Rz. 25, juris). Die Terminierung ist, um den von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erstrebten Zweck zu erreichen, aber jedenfalls einer Willkürkontrolle zu unterziehen und wird diesem Maßstab nicht gerecht, wenn sie weder die Beachtung der insoweit relevanten gesetzlichen Grundlage erkennen lässt noch überhaupt eine Begründung für das richterliche Vorgehen der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung und damit in anderer Spruchkörperzusammensetzung enthält. 39

dd) Ein dringender Fall im Sinne von § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG liegt vor, wenn im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes die Warnung des Gegners oder die Zeitdauer, die mit einer mündlichen Verhandlung verbunden ist, vermieden werden muss und die zeitliche Dringlichkeit nicht auf ein zögerliches Verhalten des Antragstellers zurückzuführen ist (Walker, in: Schwab/Weth, ArbGG, 5. Auflage 2018, § 62 Rn. 115 mwN.). Der dringende Fall geht somit in den Anforderungen noch deutlich über die des ohnehin stets erforderlichen Verfügungsgrundes hinaus. Sein Anwendungsbereich ist eng zu fassen, da mit ihm eine Ausnahme zu dem Grundsatz der mündlichen Verhandlung als Regelfall auch bei der einstweiligen Verfügung ermöglicht wird, damit zugleich der gesetzliche Richter (Kammer unter Zuziehung der ehrenamtlichen Richter oder Alleinentscheidung des Vorsitzenden) bestimmt und der Umfang des rechtlichen Gehörs geschmälert wird. 40

ee) Hieran gemessen hat das Arbeitsgericht nicht gegen § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG verstoßen. Der angefochtene Beschluss enthält zunächst eine (knappe) Begründung für die Entscheidung durch den Vorsitzenden ohne mündliche Verhandlung, dh. dem angefochtenen 41

Beschluss kann entnommen werden, dass das Arbeitsgericht die gesetzliche Vorschrift des § 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG gesehen und geprüft hat. Auch liegt in Anwendung der og. Grundsätze der Ausnahmefall einer besonderen Dringlichkeit vor. Die Verfügungsklägerin hat eine fristlose Kündigung am 17.03.2020 (Dienstag) erhalten und hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung noch vor Ablauf einer Woche am Montag, den 23.03.2020 beim Arbeitsgericht eingereicht. Angesichts der derzeitigen Corona-Pandemie und der einhergehenden Kontaktsperren ist es nicht zu beanstanden, wenn das Arbeitsgericht einen dringenden Fall angenommen hat. Es ist im Hinblick auf die Gesundheitsgefahren, die mit einer Anwesenheit einer vollbesetzten Kammer des Arbeitsgerichts und einer mündlichen Verhandlung mit beiden Parteien verbunden sind, davon auszugehen, dass eine gerichtliche Entscheidung nicht zeitnah hätte erfolgen können, zumal ohnehin unklar ist, ob und, wenn ja, zu welchen Zeitpunkt ehrenamtliche Richter zu einem Verhandlungstermin hätten ordnungsgemäß geladen werden können. Diese Unwägbarkeiten und möglichen Verzögerungen konnten der Verfügungsklägerin, die ihrerseits zügig und gerade nicht zögerlich nach Erhalt der außerordentlichen Kündigung vom 17.03.2020 gehandelt hat, nicht zugemutet werden. Hinzu kommt, dass die Verfügungsklägerin in der Antragsschrift vom 23.03.2020 auch ausdrücklich eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung und damit nach § 53 Abs. 1 Satz 1 ArbGG alleine durch den Vorsitzenden beantragt hat. Damit ist die Alleinentscheidung des Vorsitzenden des Arbeitsgerichts nicht zu beanstanden, so dass auch weder ein (rügefähiger) Verfahrensfehler noch ein etwaiger Verfassungsverstoß vorliegt.

b) Der Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO iVm. § 62 Abs. 2 Satz 1 ArbGG ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt. 42

aa) Eine Klageschrift und damit auch eine Antragsschrift im einstweiligen Verfügungsverfahren muss die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag enthalten (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG). Die im Erkenntnisverfahren zu prüfende Bestimmtheit des Antrages steht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem sich ggf. anschließenden Vollstreckungsverfahren. Bei der Titulierung des dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen zustehenden Anspruchs auf Weiterbeschäftigung muss der Vollstreckungstitel verdeutlichen, um welche Art von Beschäftigung es geht. 43

Für den Schuldner muss aus rechtsstaatlichen Gründen erkennbar sein, in welchen Fällen er mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat. Andererseits erfordern das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können. Bei im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebener Arbeitspflicht kann der Titel aus materiell-rechtlichen Gründen nicht so genau sein, dass er auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten ist. Darauf hat der Arbeitnehmer regelmäßig keinen Anspruch, weil das Weisungsrecht nach § 106 GewO dem Arbeitgeber zusteht. Um diesen Gesichtspunkten gerecht zu werden, ist es jedenfalls erforderlich, dass die Art der ausgeurteilten (Weiter-)Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Titel ersichtlich ist. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder sonstigen Arbeitsbedingungen muss der Titel demgegenüber nicht enthalten. Dafür reicht es aus, wenn sich aus dem Titel das Berufsbild, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, ergibt oder diesem zu entnehmen ist, worin die ihm zuzuweisende Tätigkeit bestehen soll (BAG, Urteil vom 27. Mai 2015 – 5 AZR 88/14, Rn. 44, juris; BAG, Beschluss vom 15. April 2009 – 3 AZB 93/08, Rn. 19, juris). 44

45

bb) Hieran gemessen genügt der Antrag der Verfügungsklägerin auf Weiterbeschäftigung als „kaufmännische Angestellte“ den og. Anforderungen. Zwar enthält der vorliegende Weiterbeschäftigungsantrag weder die Art der Beschäftigung der Verfügungsklägerin noch ein unmittelbares Berufsbild noch ist ihm zu entnehmen, worin die der Verfügungsklägerin zuzuweisende Tätigkeit konkret bestehen soll. Allerdings ist eine Konkretisierung des Weiterbeschäftigungsantrags in eine dieser drei Richtungen der Verfügungsklägerin nicht möglich, weil sie damit notwendig eine nicht gerechtfertigte Einschränkung des Weisungsrechts der Verfügungsbeklagten (§ 106 GewO) herbeiführte, die wiederum die Abweisung des Weiterbeschäftigungsantrags als unbegründet nach sich zöge. Denn eine Konkretisierung der Arbeitspflicht der Verfügungsklägerin ausschließlich auf eine bestimmte Tätigkeit, bspw. die zuletzt ausgeübte Tätigkeit, und eine entsprechende Einschränkung des Weisungsrechts der Verfügungsbeklagten hat nicht stattgefunden. Damit ist auf den Anstellungsvertrag der Parteien zurückzugreifen, der zwar nicht nur Akte gereicht wurde, aber nach dessen Inhalt die Verfügungsklägerin übereinstimmend als „kaufmännische Angestellte“ im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses angestellt worden ist (vgl. hierzu auch Landesarbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 23. August 2017 – 5 SaGa 2/17, Rn. 37, juris).

c) Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO iVm. § 62 Abs. 2 Satz 1 ArbGG (Befriedigungsverfügung) ist jedoch unbegründet, da der Verfügungsklägerin kein Verfügungsanspruch zukommt. Sie hat vorliegend gegen die Verfügungsbeklagte keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung im gekündigten Arbeitsverhältnis nach dessen Beendigung im Hinblick auf die von der Verfügungsbeklagten erklärte außerordentliche Kündigung vom 17.03.2020, wobei der zeitlich unbeschränkt gestellte Weiterbeschäftigungsantrag der Verfügungsklägerin im Hinblick auf § 938 Abs. 1 ZPO und das sog. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ohnehin zeitlich auf den Zeitpunkt einer erstinstanzlichen Hauptsacheentscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag zu begrenzen gewesen wäre. 46

aa) Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung im gekündigtem Arbeitsverhältnis nach dessen Ende beruht nach allgemeiner Ansicht unmittelbar auf der sich für den Arbeitgeber aus § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG über den Persönlichkeitsschutz ergebenden arbeitsvertraglichen Förderungspflicht der Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers. 47

Da der Weiterbeschäftigungsanspruch aus einer sich aus Treu und Glauben ergebenden Pflicht des Arbeitgebers herzuleiten ist, muss er allerdings dort zurücktreten, wo überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Der Arbeitgeber ist nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, die Interessen des Arbeitnehmers ohne Rücksicht auf eigene überwiegende und schutzwerte Interessen zu fördern. Wird nämlich das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber gekündigt und wird das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses streitig, weil der gekündigte Arbeitnehmer die Kündigung für unwirksam hält und sich dagegen mit einer Klage zur Wehr setzt, so verändert sich dadurch die Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien im Hinblick auf eine weitere tatsächliche Beschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers. Zwar ist Grundvoraussetzung für den allgemeinen Beschäftigungsanspruch stets der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses, so dass ein vertraglicher Beschäftigungsanspruch für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits nur gegeben sein kann, wenn nach der objektiven Rechtslage die ausgesprochene Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis demzufolge auch während des Kündigungsprozesses fortbesteht. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsprozesses herrscht aber Ungewissheit über die objektive Rechtslage. Gerade diese Ungewissheit ist es, die sich auf die Interessenlage auswirkt und sie verändert. Bis zur 48

Entscheidung der ersten Instanz im Kündigungsschutzprozess ist nach Ablauf der Kündigungsfrist ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers anzuerkennen (*BAG, Beschluss vom 27. Februar 1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122 ff.*).

Diese Ungewissheit über den Fortbestand des gekündigten Arbeitsvertrags kann nur dann nicht zu einer Verschiebung der Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien gegenüber der Zeit des unangefochtenen Bestands des Arbeitsverhältnisses führen, wenn die umstrittene Kündigung offensichtlich unwirksam ist. Bei offensichtlicher Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung besteht in Wahrheit kein ernstzunehmender Zweifel am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, so dass in einem solchen Fall allein mit der rein subjektiven Ungewissheit des Arbeitgebers über den Prozessausgang kein der Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers entgegenstehendes überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründet werden kann. In solchen Fällen besteht nämlich objektiv gar keine Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, so dass sie auch nicht zum Anlass genommen werden kann, den Arbeitnehmer vorübergehend nicht weiter zu beschäftigen (*BAG, Beschluss vom 27. Februar 1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122 ff.*). 49

Eine offensichtlich unwirksame Kündigung ist allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn ein Instanzgericht die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt. Sie liegt vielmehr nur dann vor, wenn sich schon aus dem eigenen Vortrag des Arbeitgebers ohne Beweiserhebung und ohne dass ein Beurteilungsspielraum gegeben wäre, jedem Kundigen die Unwirksamkeit der Kündigung geradezu aufdrängen muss. Die Unwirksamkeit der Kündigung muss also ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht offen zu Tage liegen (vgl. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. Februar 2015 – 5 SaGa 7/14, Rn. 38, juris). Nur bei einem solchen Verständnis des Begriffs der offensichtlich unwirksamen Kündigung ist es gerechtfertigt, diese Kündigung für die Interessenabwägung unberücksichtigt zu lassen und für den Weiterbeschäftigungsanspruch davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien fortbesteht. Abgesehen von den Fällen der offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Unsicherheit über die Wirksamkeit der Kündigung und damit die Ungewissheit des Prozessausgangs mit den daraus folgenden Risiken ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers, den gekündigten Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsprozesses nicht weiter zu beschäftigen (*BAG, Beschluss vom 27. Februar 1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122 ff.*). 50

bb) Hieran gemessen drängt sich die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Verfügungsbeklagten vom 17.03.2020 nicht auf, dh. die außerordentliche Kündigung ist nicht offensichtlich unwirksam, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat. 51

(1) Im Hinblick auf die (Un-)Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Verfügungsbeklagten vom 17.03.2020, die dem Schriftformgebot des § 623 BGB genügt, wird zunächst zugunsten der Antragstellerin unterstellt, dass sie binnen der Drei-Wochen-Frist des §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht eingereicht hat, wobei sich die Verfügungsklägerin insofern nicht erklärt hat. Jedenfalls wird insofern zugunsten der Antragstellerin unterstellt, dass keine materielle Präklusion iSv. § 7 KSchG eingetreten ist. 52

(2) Die außerordentliche Kündigung der Verfügungsbeklagten vom 17.03.2020 verstößt zunächst nicht offensichtlich gegen § 103 Abs. 1 BetrVG iVm. § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, wonach die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds der Zustimmung des Betriebsrates bedarf. 53

54

Wäre die Betriebsratswahl vom 23.03.2018 wegen der vor der Verfügungsbeklagten genannten diversen Wahlfehler, insbesondere bzgl. des einen Sitzes für das Minderheitengeschlecht, nichtig, dann würde diese Nichtigkeit rückwirkende Kraft entfalten und der Betriebsrat hätte nicht bestanden, dh. die Verfügungsklägerin hätte auch kein Betriebsratsmandat rechtmäßig erworben, so dass sie auch nicht in den Anwendungs- bzw. Schutzbereich von § 103 Abs. 1 BetrVG fiele. Die Verfügungsbeklagte ihrerseits bedürfte dann keiner Zustimmung zur fristlosen Kündigung der Verfügungsklägerin gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG.

Sollte die Betriebsratswahl vom 23.03.2018, insbesondere bzgl. des einen Sitzes für das Minderheitengeschlecht (vgl. BAG, Beschluss vom 10. März 2004 – 7 ABR 49/03, BAGE 110, 27 ff.), und damit die Wahl der Verfügungsklägerin zum Betriebsratsmitglied lediglich anfechtbar sein, wobei sie binnen der Zwei-Wochen-Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht angefochten wurde, wäre der Betriebsrat in seiner jetzigen personellen Zusammensetzung im Ergebnis rechtmäßig gebildet und die Verfügungsklägerin unterfiele dem Schutzbereich des § 103 Abs. 1 BetrVG. In diesem Fall könnte sich die Verfügungsbeklagte jedoch auf die schriftliche Erklärung des nach ihrer Auffassung derzeitigen Betriebsratsvorsitzenden B vom 16.03.2020 (Bl. 57 d.A.) stützen, mit dem ein Beschluss des Betriebsrates vom 16.03.2020 bestätigt wird, der die Zustimmung zur beabsichtigten fristlosen Kündigung enthält. Die Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Beschlusses des Betriebsrates drängt sich im Hinblick auf die rechtzeitige Ladung aller Betriebsratsmitglieder unter Angabe der Tagesordnung (§ 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) und der rechtzeitigen Mitteilung des Zeitpunkts des Sitzung an den Beauftragten der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft NGG(§ 31 BetrVG) sowie im Hinblick auf die von der Verfügungsklägerin behauptete Einflussnahme auf die Willensbildung der einzelnen Betriebsratsmitglieder und des Gremiums insgesamt nicht auf. So hat die Verfügungsklägerin behauptet, dass sie zu der Sitzung – zumal als bisherige Vorsitzende – weder eingeladen hat noch wurde der der zuständige Gewerkschaftssekretär hierzu geladen. Die Verfügungsbeklagte kann aber zu den näheren Umständen des Zustandekommens von Beschlüssen des Betriebsrates aus eigener Kenntnis keine Angaben machen und kann sich nur auf die Erklärungen des Betriebsratsvorsitzenden als Ansprechpartner im Rahmen von § 103 BetrVG iVm. § 26 Abs. 2 BetrVG verlassen. Die Aufklärung der tatsächlichen Umstände und die Klärung der rechtlichen Fragen der Zulässigkeit des Zustimmungsbeschlusses des Betriebsrates vom 16.03.2020, sowie ob es zu einer unzulässigen Einflussnahme auf die Willensbildung gekommen ist, bleibt einem etwaigen Hauptsachverfahren vorbehalten. Sofern eine schriftliche Zustimmungserklärung durch einen möglicherweise amtierenden Betriebsratsvorsitzenden vorliegt, ist gegen die Regelung des § 103 Abs. 1 BetrVG nicht offensichtlich verstoßen worden. 55

Da schließlich nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten der Betriebsrat am 16.03.2020 zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung der Verfügungsklägerin angehört wurde und es jedenfalls formal einen Zustimmungsbeschluss gibt, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Drei-Tages-Fist nach § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG verkürzt wurde, da mit dem Zustimmungsbeschluss das Verfahren nach § 103 BetrVG abgeschlossen ist. Da die Verfügungsklägerin die außerordentliche Kündigung nicht vor dem 17.03.2020 erhalten hat, hat die Verfügungsbeklagte die Kündigung auch nicht vor der Beendigung des Verfahrens nach § 103 BetrVG erklärt. 56

(3) Ferner verstößt die außerordentliche Kündigung der Verfügungsbeklagten vom 17.03.2020 auch nicht offensichtlich gegen § 626 Abs. 1 BGB. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist 57

gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(a) Das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB ist in zwei Stufen zu prüfen (vgl. bspw. BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/16, Rn. 13, NZA 2017, 1179, 1180; BAG, Urteil vom 7. Juli 2005 – 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 ff.). Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist (1. Stufe). Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (2. Stufe) (st. Rspr., siehe bspw. BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 – 2 AZR 85/15, Rn. 21 mwN, juris; BAG, Urteil vom 19. April 2012 – 2 AZR 186/11, Rn. 20 mwN, NJW 2013, 104 ff.). 58

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zuzumuten ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG, Urteil vom 19. April 2012 – 2 AZR 186/11, Rn. 21 mwN, NJW 2013, 104 ff.). 59

(b) Hieran gemessen ist ein wichtiger Grund, der die Verfügungsbeklagte zur außerordentlichen Kündigung berechtigen würde, nicht offensichtlich ausgeschlossen. 60

(aa) Entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin ist das Amt eines Mitglieds des Wahlvorstandes nicht nur ein Ehrenamt, dessen fehlerhafte Ausübung den Arbeitgeber nicht zu Sanktionen berechtigen würde. Zunächst liegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die einer fehlerfreien Wahldurchführung dienende Tätigkeit des Wahlvorstandes mindestens ebenso im Interesse des Unternehmens wie die Betriebsratstätigkeit. Daher ist die persönliche Rechtsstellung der Mitglieder des Wahlvorstands derjenigen von Betriebsratsmitgliedern weitgehend angenähert (BAG, Urteil vom 26. April 1995 – 7 AZR 874/94, Rn. 22, BAGE 80, 54 ff.). Die Verletzung von betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten kann zwar grundsätzlich nur nach § 23 Abs. 1 BetrVG („grobe Verletzung“), nicht aber arbeitsvertraglich sanktioniert werden. Gleichwohl ist es nicht ausgeschlossen, dass eine grobe Pflichtverletzung der Pflichten eines Betriebsratsmitglieds bzw. eines Mitglieds des Wahlvorstandes zugleich eine Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellt (zB. wenn ein Betriebsratsmitglied unter dem Vorwand von Betriebsratsarbeit unberechtigt von der Arbeit freihält), so dass der Arbeitgeber dann ein Wahlrecht hätte, ob er nach § 23 Abs. 1 BetrVG vorgeht oder eine außerordentliche 61

Kündigung ausspricht (Fitting, BetrVG, 29. Auflage 2018, § 23 Rn. 22; Richardi/Thüsing, BetrVG, 15. Auflage 2016, § 23 Rn. 22 ff.). Vorliegend scheidet wegen Ablaufs des Mandats des Wahlvorstands, das mit der Einberufung des Betriebsrates zur konstituierenden Sitzung geendet hat (Fitting, BetrVG, 29. Auflage 2018, § 16 Rn. 83 mwN), ein Vorgehen gegenüber der Verfügungsklägerin nach § 23 Abs. 1 BetrVG aus, da sie nach den Behauptungen der Verfügungsklägerin nicht ihre Pflichten als Betriebsratsmitglied, sondern als Mitglied und Vorsitzende des Wahlvorstandes verletzt haben soll. Da die Verfügungsklägerin als einziges Mitglied im Wahlvorstand nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten der deutschen Sprache mächtig ist, ist es nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass die Verfügungsklägerin ihre damalige Position als Vorsitzende des Wahlvorstandes eigennützig ausgenutzt und sich bewusst unter Missachtung der gesetzlichen Regelungen zu Sitzen für das Minderheitengeschlecht einen Betriebsratssitz zugesprochen hat, den weder das Wahlergebnis noch die Zusammensetzung der Belegschaft rechtfertigen. In einem solchen Fall läge in der Verletzung der Verpflichtungen als Wahlvorstand zugleich eine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten, denn es handelte sich um eine bewusste Täuschung der Wähler und des Arbeitgebers und um eine Manipulation des Wahlergebnisses und damit der Zusammensetzung des Betriebsrates. Ob sich die Verfügungsklägerin bzw. der Wahlvorstand bei der Bekanntgabe des Wahlergebnisses und der Frage, ob dem Minderheitengeschlecht ein Sitz zusteht, schlicht verrechnet haben oder ob hier eine bewusste Manipulation erfolgte, bliebt einem etwaigen Hauptsachverfahren vorbehalten. Hiervon ausgehend ist eine außerordentliche Kündigung iSv. § 626 BGB wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen (1. Stufe) durch die Verfügungsklägerin jedenfalls nicht offensichtlich ausgeschlossen.

(bb) Auch ist eine derartige außerordentliche Kündigung nicht offensichtlich unverhältnismäßig (2. Stufe). Zugunsten der Verfügungsklägerin ist bei der Interessenabwägung ihr Alter (ca. 56 Jahre) und ihre Beschäftigungsdauer (ca. 25,5 Jahre) zu berücksichtigen. Andere relevante persönliche Umstände hat die Verfügungsklägerin nicht genannt. Zugunsten der Verfügungsbeklagten würde jedoch im Falle der bewussten bzw. manipulativen Erschleichens eines Betriebsratsmandats, das weder die Rechtslage noch die Zusammensetzung der Belegschaft noch das Wahlergebnis hergeben, sprechen, dass die Verfügungsklägerin eine demokratische Wahl aus eigennützigen Motiven manipuliert hätte und dadurch sowohl die Belegschaft, den Arbeitgeber und den Wahlbewerber mit der 7.-höchsten Stimmenanzahl über rund zwei Jahre getäuscht hätte. Es ist nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass eine derartige folgenreiche Manipulation im Rahmen einer Interessenabwägung sich zu Gunsten der Verfügungsbeklagten und trotz der og. Sozialdaten der Verfügungsklägerin zu deren Lasten auswirkt. 62

(cc) Einer derartigen außerordentlichen Kündigung kann die Verfügungsklägerin auch nicht entgegenhalten, dass sie zuvor angehört hätte werden müssen. 63

Soweit die außerordentliche Kündigung als Tatkündigung ausgesprochen wurde, bedarf es einer vorherigen Anhörung der Verfügungsklägerin als Kündigungsempfängerin nicht (vgl. BAG, Urteil vom 23. Juni 2009 – 2 AZR 474/04, zu III 2 b aa, NZA 2009, 1136; BAG, Urteil vom 18. September 1997 – 2 AZR 36/97, zu II 2 a, NZA 1998, 95). 64

Soweit die außerordentliche Kündigung als Verdachtskündigung ausgesprochen worden sein soll, bedarf es zwar einer vorherigen Anhörung der Verfügungsklägerin (st. Rspr., vgl. bspw. BAG, Urteil vom 23. Juni 2009 – 2 AZR 474/04, zu III 2 a aa, NZA 2009, 1136). Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist – anders als bei der sog. Tatkündigung – zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung. Das folgt aus 65

dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Annahme, dass für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unabdingbare Vertrauen sei bereits aufgrund des Verdachts eines erheblichen Fehlverhaltens des Arbeitnehmers zerstört, ist zumindest solange nicht gerechtfertigt, wie der Arbeitgeber die zumutbaren Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts nicht ergriffen hat. Dazu gehört es insbesondere, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Verdachtsmomenten zu geben, um dessen Einlassungen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen zu können. Versäumt der Arbeitgeber dies, kann er sich im Prozess nicht auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers berufen; die hierauf gestützte Kündigung ist unwirksam (BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 611/17, Rn. 31 mwN, juris). Die Anhörung des Arbeitnehmers hat im Zuge der gebotenen Aufklärung des Sachverhalts zu erfolgen (BAG, Urt. v. 13. März 2008 - 2 AZR 961/06, Rn. 15, juris). Der erforderliche Umfang und damit auch ihre Ausgestaltung richten sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. BAG, Urt. v. 12. Februar 2015 – 6 AZR 845/13, Rn. 56, juris). Dabei ist ein objektiver Maßstab aus Sicht eines verständigen Arbeitnehmers zugrunde zu legen. Die Anhörung muss einerseits nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen genügen, die an eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG gestellt werden. Andererseits reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich mit einer allgemein gehaltenen Wertung konfrontiert. Der Arbeitnehmer muss vielmehr erkennen können, zur Aufklärung welchen Sachverhalts ihm Gelegenheit gegeben werden soll. Er muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggf. zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen. Um dieser Aufklärung willen wird dem Arbeitgeber die Anhörung abverlangt (BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 611/17, Rn. 32 mwN, juris). Das verlangt nicht notwendig, dass der Arbeitgeber hinsichtlich eines für aufklärungsbedürftig gehaltenen Sachverhalts bereits einen (dringenden) Verdacht gegen den Arbeitnehmer hegt und dies überdies im Rahmen der Anhörung ausdrücklich erklärt. Erforderlich ist allein, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, welchen Sachverhalt der Arbeitgeber für aufklärungsbedürftig hält, dass er jedenfalls auch seine, des Arbeitnehmers, Verantwortung dafür in Betracht zieht und dass ihm, dem Arbeitnehmer, Gelegenheit gegeben werden soll, zu den aufklärungsbedürftigen Geschehnissen und Verdachtsmomenten Stellung zu nehmen. Dies kann sich hinreichend auch aus den Umständen der Anhörung ergeben (BAG, Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 611/17, Rn. 33 mwN, juris).

Die Verfügungsklägerin hat aber vorliegend unstreitig das Anhörungsschreiben vom der Verfügungsbeklagten 13.03.2020 (Bl. 28 d.A.) erhalten und sie hat von der Möglichkeit einer Stellungnahme bis zum 16.03.2020 um 12:00 Uhr keinen Gebrauch gemacht. Es ist vorliegend nicht offensichtlich, dass die Verfügungsbeklagte damit den Anforderungen an eine Verdachtskündigung nicht Genüge getan hätte. Ob das Schreiben vom 13.03.2020 noch ergebnisoffen formuliert war oder ob „bereits der Stab über der Verfügungsklägerin gebrochen“ wurde, wie sie es dem Wortlaut entnimmt, und der Kündigungsentschluss bereits feststand, bleibt einem etwaigen Hauptsacheverfahren vorbehalten. 66

(4) Des Weiteren verstößt die fristlose Kündigung der Verfügungsbeklagten vom 17.03.2020 auch nicht offensichtlich gegen § 626 Abs. 2 BGB, wonach die Kündigung binnen von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt, dem zu kündigenden Arbeitnehmer zugehen muss. 67

Soweit die Verfügungsklägerin in diesem Zusammenhang auf das Wahlausschreiben vom 08.02.2018 abstellt und insofern behauptet, dass es vom damaligen 68

und jetzigen Personalleiter, Herrn Me , „genehmigt“ worden sei, kann sich daraus – unabhängig von der zwischen den Parteien umstrittenen „Genehmigung“ und der betriebsverfassungsrechtlichen Verantwortung des Wahlvorstandes – noch keine Kenntnis der Verfügungsbeklagten von der möglicherweise fehlerhaften Zusammensetzung des gewählten Betriebsrates und damit von dem Kündigungsgrund ergeben. Im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens am 08.02.2018 durch den Wahlvorstand stand noch nicht fest, welche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sich zur Wahl stellen werden und wie das Wahlergebnis ausfällt. Erst anhand des konkreten Wahlergebnisses der Betriebsratswahl vom 23.03.2018 und der Feststellung, ob überhaupt Arbeitnehmerinnen für ein Betriebsratsmandat kandidiert haben, nach Ermittlung der Höchstzahlen sowie unter Beachtung der Regelung des § 22 Abs. 4 WO konnte der Wahlvorstand das verbindliche Wahlergebnis verkünden und dabei entscheiden, ob und inwieweit Sitze auf das Minderheitengeschlecht oder auf weibliche Kandidaten aufgrund der Höchstzahlen entfallen. Vor der Verkündung des Wahlergebnisses hätte für den Wahlvorstand noch die Möglichkeit bestanden, den Fehler im Wahlausschreiben bzgl. des Sitzes für das Minderheitengeschlecht zu korrigieren und erst nach Verkündung des Wahlergebnisses konnte die Verfügungsbeklagte erkennen, ob der Betriebsrat fehlerhaft zusammengesetzt ist. Da aber nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten die Wahlniederschrift unter Verstoß gegen § 16 WO nicht in öffentlicher Sitzung nach § 13 WO erstellt worden sei und sie auch nicht die vollständige Auszählung der Höchstzahlen enthalten würde, konnte die Verfügungsbeklagte ohne Einblick in die Wahlunterlagen nicht die Fehlerhaftigkeit der Wahl erkennen, denn es wäre auch ohne Weiteres möglich gewesen, dass die Verfügungsklägerin mindestens die 7.-höchste Stimmenanzahl gehabt hätte, wodurch sie – unabhängig von der Frage eines Sitzes für das Minderheitengeschlecht – regulär zum Betriebsratsmitglied gewählt worden wäre. Es sind aber keine Umstände zu erkennen, die bislang Anlass gegeben hätten, in die Wahlunterlagen Einsicht zu nehmen. Nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten hat sie allerdings erst wenige Tage vor dem Ausspruch der fristlosen Kündigung von Unregelmäßigkeiten bei der Verkündung des Wahlergebnisses und damit von dem Kündigungsgrund erfahren, so dass im Ergebnis die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht offensichtlich verletzt wurde.

(5) Auch ein Verstoß gegen den sog. nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist vorliegend nicht offensichtlich gegeben, da die Verfügungsklägerin nach den Behauptungen der Verfügungsbeklagten im Dezember 2019 zumindest als Ersatzmitglied an einer Betriebsratssitzung teilgenommen hätte, so dass die den nachwirkenden Kündigungsschutz genießen würde. Da aber die Verfügungsbeklagte eine nicht offensichtlich unwirksame außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde iSv. § 626 BGB ausgesprochen ha (siehe oben), liegt auch kein offensichtlicher Verstoß gegen § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG vor. 69

d) Angesichts des mangelnden Verfügungsanspruchs ist es nicht mehr entscheidungserheblich, ob der Verfügungsklägerin vorliegend ein Verfügungsgrund zukommen würde und ob sie diesen durch die Vorlage der Versicherung an Eides statt iSv. § 294 ZPO, die erstmals am 07.04.2020 und damit während des laufenden Beschwerdeverfahrens im Original vorgelegt wurde, in prozessual ordnungsgemäßer Weise bewiesen hätte. 70

3. Die Kosten des erfolglosen Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 1 ZPO. 71

72

4. Diese Entscheidung ergeht ihrerseits ohne mündliche Verhandlung und durch den Vorsitzenden auf der Grundlage des § 78 Satz 3 ArbGG.

5. Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Die in § 72 Abs. 4 ArbGG enthaltene Einschränkung gilt auch für Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts über einstweilige Verfügungen im sofortigen Beschwerdeverfahren (BAG, Beschluss vom 22. Januar 2003 – 9 AZB 7/03, RdA 2004, 121 ff.; GK-ArbGG/Vossen, § 62 Rn. 96b; Dreher, in: Düwell/Lipke, ArbGG, 5. Auflage 2019, § 62 Rn. 71; Germelmann/Matthes/Prütting/Schleusener, ArbGG, 9. Aufl. 2017, § 62 Rn. 87). 73

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE