

Ausfertigung

ARBEITSGERICHT ROSTOCK

Aktenzeichen:
3 BV 2/20

Verkündet am: 09.06.2020.



◀ Mdt. z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Rostock		
7. AUG. 2020		
Erladigt <i>ll</i>	Fristen + Termin <i>ll</i>	Bearbeitet

IM NAMEN DES VOLKES BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

1.

Proz.-Bev.:
Rechtsanwälte

- Antragstellerin -

Antragsgegner

2 **Betriebsrat**

3 Betriebsratsvorsitzender,

Proz.-Bev.:

hat die 3. Kammer des Arbeitsgerichts Rostock am

9. Juni 2020

beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Gründe

Die Beteiligte Ziff. 1 begehrt die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats (Beteiligter Ziff. 2) zur Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden (Beteiligter Ziff. 3).

Beteiligter Ziff. 1 betreibt bundesweit Milchwerke, in denen unter anderem Trockenmilchpulver hergestellt wird.

Der Beteiligte Ziff. 2 ist der im Dauermilchwerk gewählte Betriebsrat. Der Beteiligte Ziff. 3 ist der Betriebsratsvorsitzende des Beteiligten Ziff. 2.

Der Beteiligte Ziff. 3 ist bei der Beteiligten Ziff. 1 als Mitarbeiter Warenwirtschaft mit einem monatlichen Bruttoentgelt von ca. 3.000,00 € beschäftigt.

Mit Schreiben vom 07.02.2020 beantragte die Beteiligte Ziff. 1 die Zustimmung des Beteiligten Ziff. 2 zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Beteiligten Ziff. 3. In dem Schreiben heißt es:

„Anhörung des Betriebsrats über eine beabsichtigte außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes gemäß § 102/103 Betriebsverfassungsgesetz

Es wird beabsichtigt, Herrn M eine außerordentliche, fristlose Kündigung auszusprechen.

.....

Die Kündigung soll als außerordentliche, fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen umgehend erfolgen.

Gründe der Kündigung:

Am 19.06.2019 und am 16.10.2019 hat Herr M bereits Abmahnungen wegen der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen erhalten. Aufgrund fehlerhafter Erfassung von Kundenaufträgen ist der Firma in den letzten Monaten ein erheblicher Schaden in Höhe von 20.880,00 € entstanden. Die Abmahnungen erhalten Sie nochmals im Anhang.

Am Donnerstag, den 30.01.2020 wurde bekannt, dass Herr M weiterhin gegen seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstößt.

Am 12.02.2019 wurde mit einem Kunden ein Vertrag über 400.000 kg.

Sprühmagermilchpulver zum Preis von 1,92 € pro kg abgeschlossen.

Herr Maiss teilte dem Kunden am 19.12.2019 8 offene Lieferungen bzw. Kundenaufträge à 24.000 kg mit, obwohl zu diesem Zeitpunkt nur noch 4 volle Lieferung und eine Teillieferung offen standen. Er legte am gleichen Tag nach Prüfung der Verlademöglichkeiten und offensichtlich ohne Kontrolle der Kontraktmenge 8 neue Kundenaufträge an, von denen 3 zu viel angelegt wurden. Die Kontraktmenge des Vertrages war am 27.01.2020 erreicht bzw. bereits um 5.780 kg überschritten. Am 07.01.2020 wurden vom Kunden die gewünschten Ladetermine an Hr. M übermittelt.

Herr M gab somit drei LKWs à 24.000 kg Sprüh-Magermilchpulver zur Auslieferung frei, obwohl die Auftragsmenge laut Vertrag bereits ausgeschöpft war. Herr M kennt die Kontraktmengen bzw. ist angehalten diese stets im Auge zu behalten. Die kumulierte Menge ist im System ersichtlich. Deshalb hatte er erkennen müssen, dass der Vertrag bereits ausgeschöpft war. In der Woche vom 27.-31.01.2020 befand sich Herr M. Ein Kollege bemerkte den Fehler am 29.01.2020, da es von Seiten des Kunden zu Rückfragen kam. An diesem Tag war der erste der drei zusätzlichen LKWs bereits ausgeliefert. Nach Rücksprache mit dem Kunden stornierte dieser die beiden weiteren LKWs und gab sich für die Auslieferung des ersten LKW mit einem Preis von 2,25 € pro kg einverstanden. Dennoch ist dadurch ein Schaden in Höhe von 9.360,00 € entstanden. Hätte der Kollege den Fehler nicht bemerkt, wären der Firma aufgrund der Änderung des Marktpreises für Sprühmagermilchpulver auf 2,64 € ein Schaden in Höhe 51.840,00 € entstanden,

Der Betriebsrat wird um Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen, fristlosen Kündigung unter Rückgabe des Doppels dieses Schreibens innerhalb der gesetzlichen Frist gebeten.

Ort, Datum

Doris Thomas (Personalverwaltung)

Stellungnahme des Betriebsrats zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung :

Der beabsichtigten Kündigung wird zugestimmt:

Gegen die beabsichtigte Kündigung haben wir folgende Bedenken:

Gegen die beabsichtigte Kündigung legen wir Widerspruch ein aus folgenden Gründen:

»

Ort, Datum

Betriebsrat

Das Schreiben wurde am Freitag, den 07.02.2020 um 14:44 Uhr per E-Mail an den E-Mail-Account des Beteiligten Ziff. 2 versandt.

Nachdem der Beteiligte Ziff. 2 bis zum 13. Februar 2020 keine Erklärung abgegeben hatte, hat die Beteiligte Ziff. 1 ein Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht Rostock eingeleitet.

Die Beteiligte Ziff. 1 begehrt die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden.

Die Beteiligte Ziff. 1 trägt vor, der Beteiligte Ziff. 3 habe mehrfach gravierend gegen die ihm obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Der Beteiligte Ziff. 3 sei am 19.06.2019 wegen eines Vorfalls am 04.06.2019 in Zusammenhang mit dem Kunden Wernsing Feinkost GmbH abgemahnt worden. Die Abmahnung, Bl. 5 bis 6 d. Akte, wird zum Inhalt des Tatbestandes gemacht.

Mit gleichem Datum (19.06.2019) sei der Beteiligte Ziff. 3 wegen eines Fehlverhaltens in Zusammenhang mit der Firma Melkweg am 02.04.2019 abgemahnt worden. Die Abmahnung, Bl. 7 bis 8 d. Akte, wird zum Inhalt des Tatbestandes gemacht.

Mit Datum vom 19. Juni 2019 sei ein Fehlverhalten des Klägers in Zusammenhang mit dem Kunden F am 15.05.2019 abgemahnt worden. Die Abmahnung, Bl. 9 bis 10 d. Akte, wird zum Inhalt des Tatbestandes gemacht.

Ebenfalls am 19.06.2019 sei der Beteiligte Ziff. 3 mit einem Fehlverhalten in Zusammenhang mit einem Kunden E abgemahnt worden. Die Abmahnung, Bl. 11 bis 12 d. Akte, wird zum Inhalt des Tatbestandes gemacht.

Am 16.10.2019 sei der Beteiligte Ziff. 3 wegen eines Fehlverhaltens in Zusammenhang mit dem Kunden I abgemahnt worden. Die Abmahnung, Bl. 13 bis 14 d. Akte, wird zum Inhalt des Tatbestandes gemacht.

Am 30.01.2020 sei der Beteiligten Ziff. 1 bekannt geworden, dass der Beteiligte Ziff. 3 erneut schwerwiegend gegen die ihm obliegenden vertraglichen Verpflichtungen verstoßen habe.

Am 12.02.2019 hatte die Beteiligte Ziff. 1 mit dem Kunden P einen Vertrag über die Lieferung von insgesamt 400.000 kg Sprühhagermilchpulver zu einem Preis von 1,92 € abgeschlossen. Der Beteiligte Ziff. 3 habe dem Kunden am 19.12.2019 mitgeteilt, dass aus diesem Lieferauftrag noch 8 offene Lieferungen à 24.000 kg abgerufen werden können, obwohl zu diesem Zeitpunkt nur noch die Lieferung von 4 Einheiten à 24.000 kg und eine Teillieferung in Höhe von 13.200 kg offen war.

Der Beteiligte Ziff. 3 habe 8 Kundenaufträge angelegt, obwohl er zu diesem Zeitpunkt hätte erkennen müssen, dass dadurch eine Überlieferung erfolgt. Die Kontraktmenge des Vertrages (400.000 kg) sei mit Durchführung von 5 der 8 vom Beteiligten Ziff. 3 angelegten Lieferaufträge am 27.01.2020 erreicht worden. Tatsächlich sei die Menge bereits um 5.780 kg überschritten worden. Der Beteiligte Ziff. 3 hatte am 07.01.2020, nachdem der Kunde Ladetermine übermittelt hatte, noch 3 LKWs à 24.000 kg Sprühhagermilchpulver

zur Auslieferung freigegeben, obwohl für ihn erkennbar gewesen sein musste, dass die Auftragsmenge laut Vertrag bereits überschritten war.

In der Woche vom 27. bis zum 31.01.2020 sei der Beteiligte Ziff. 3 auf einem Seminar gewesen. Sein Vertreter habe den Fehler des Klägers aufgrund einer Rückfrage des Kunden am 29.01.2020 bemerkt. Zu diesem Zeitpunkt sei bereits die erste der drei überschreitenden Lieferungen ausgeliefert worden. Die anderen bereits freigegebenen LKW-Ladungen konnten noch storniert werden. Dem Vertreter des Beteiligten Ziff. 3 sei es gelungen, für die Überlieferung einen Preis auszuhandeln, der über dem zuvor mit dem Kunden vereinbarten Preis, aber noch unterhalb des derzeitigen Marktpreises, lag. Die Beteiligte Ziff. 1 geht davon aus, dass ihr dadurch ein Schaden in Höhe von 9.360,00 € entstanden sei. In Anbetracht der bereits erteilten Abmahnungen sei der Beteiligte Ziff. 1 eine Weiterbeschäftigung des Beteiligten Ziff. 3 nicht mehr zumutbar.

Die Beteiligte Ziff. 1 beantragt:

die Zustimmung des Antragsgegners und Beteiligten zu 2) zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen.

Die Beteiligten Ziff. 2 und 3 beantragen:

Zurückweisung.

Der Beteiligte Ziff. 2 rügt, dass der Beteiligte Ziff. 3 zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet sei und nicht nur einem, wie in Anhörungsbogen für den Betriebsrat vermerkt. Das monatliche Bruttoentgelt des Beteiligten Ziff. 3 betrage 3.380,00 €.

Auch sei der Betriebsrat nicht umfassend informiert worden. Den Beteiligten Ziff. 1 habe eine Gegendarstellung des Beteiligten Ziff. 3 vorgelegen. Diese habe die Beteiligte Ziff. 1 dem Betriebsrat nicht zur Kenntnis gebracht.

Zudem sei der Antrag auf Zustimmungsersetzung beim Arbeitsgericht Rostock zu früh eingegangen.

Zum Zeitpunkt des Zugangs der E-Mail am 07.02.2020 um 14:44 € hatten die Betriebsratsmitglieder auf Grundlage der Gleitzeitvereinbarung den Betrieb bereits verlassen (Der Betriebsratsvorsitzende um 13:32 Uhr, der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende um 11:24 Uhr und das Betriebsratsmitglied Elie um 12:28 Uhr). Am Samstag und Sonntag sei

ein Betriebsratsmitglied Herr O im Rahmen des Bereitschaftsdienstes im Betrieb gewesen, habe aber keine Betriebsratstätigkeit wahrgenommen. Erst am 10.02.2020 habe ein Betriebsratsmitglied das Anhörungsschreiben zur Kenntnis genommen. An diesem Tag seien der Betriebsratsvorsitzende und sein Stellvertreter im Urlaub gewesen.

Die 3-Tages-Frist habe deshalb erst mit Ablauf des 13.02.2020 geendet.

Der Beteiligte Ziff. 3 bestreitet, dass Gründe vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Der Beteiligte Ziff. 3 trägt vor, die erste Abmahnung (Firma M) sei nicht gerechtfertigt. Der Beteiligte Ziff. 3 habe eine Bestellung von 24 Tonnen Milchpulver, die in Bigbags geliefert werden sollten, versehentlich in 25 kg Säcken erfasst. Die Auftragsbestätigung sei durch keine der Personen, die die Auftragsbestätigung erhalten hätten, gerügt worden. Eine Rechtsgrundlage bestehe deshalb nicht.

Die zweite Abmahnung sei ebenfalls nicht gerechtfertigt. Bei der Anlieferung beim Kunden müsse ein Analysezertifikat des verladenen Milchpulvers mitgeliefert werden. Diese Analysezertifikate seien zum Zeitpunkt der Verladung oft noch nicht fertig. So auch in diesem Fall. In solchen Fällen erteilt der Produktionsleiter die Freigabe. Der Beteiligte Ziff. 3 sei lediglich der Absender des Analysezertifikats durch Mailübersendung zum Kunden und nicht verantwortlich für den Fettgehalt der jeweiligen Lieferung.

Auch die dritte Abmahnung (Firma F) sei nicht gerechtfertigt. Hier habe der Beteiligte Ziff. 3 einen Auftrag angelegt, obwohl der Preis weder vom Geschäftsführer oder der Logistik am Hauptsitz bestätigt worden sei. Der Beteiligte Ziff. 3 habe den Auftrag nicht verlieren wollen. Da zwischen Auftragserteilung und gewünschtem Liefertermin eine lange Zeit lag, sei zu erwarten gewesen, dass der begehrte Preis in der entsprechenden Zeitspanne noch kommen werde.

Auch die vierte Abmahnung (Firma W) sei unwirksam. Die Firma W hatte per Mail bei Frau V und bei der Logistik 750 g Sprühdarmmilchpulver bestellt. Frau V habe dem Beteiligten Ziff. 3 den Auftrag mit der Anweisung, diesen fertig zuzustellen, übergeben. Daraufhin habe der Beteiligte Ziff. 3 trotz des erfüllten Vertrages dem Kunden bestätigt, dass die Restmenge zum 31.12.2019 750 kg betragen würde. Er war davon ausgegangen, dass dies von Frau V mit dem Kunden so besprochen worden sei. Das Datum 31.12.2019 sei vom Beteiligten Ziff. 3 so gemacht worden, da dies

die Neuanlage des Auftrages überflüssig mache und schneller die Erfüllung der Bestellung erfolgen könne.

Auch die fünfte Abmahnung (I) sei unwirksam. Hier habe ein Vertrag über die Lieferung von 600 Tonnen Sprüh/Magermilchpulver in Form von Siloverladung bestanden. Bei Bezahlung eines Mehrpreises konnte auch in 25 kg Säcken geliefert werden. Der Kundenauftrag habe auch eine mögliche Verladung in Bigbags vorgesehen, die den Beteiligten Ziff. 3 jedoch nicht bekannt waren. Dem Beteiligten Ziff. 3 sei nicht klagewesen, dass ein Mehrpreis je nach Art der Lieferung vereinbart war. Dies hätte nach Auffassung des Beteiligten Ziff. 3 auch die Finanzbuchhaltung merken müssen. Der Beteiligte Ziff. 3 hält die Abmahnung für ungerechtfertigt.

Bezogen auf den Kündigungsvorwurf erklärt der Beteiligte Ziff. 3, sei heute nicht mehr nachvollziehbar, weshalb 8 zusätzliche Aufträge angelegt worden seien. Insgesamt sei es bei der Abwicklung des Auftrags wiederholt zu Störungen und Problemen gekommen. Der Beteiligte Ziff. 3 kann sich nicht vorstellen, dass es zu einer Überlieferung gekommen wäre, wenn der bearbeitende Mitarbeiter manuell kontrolliert hätte.

Das gesamte schriftsätzliche Vorbringen der Parteien wird zum Inhalt der Gründe gemacht.

Der Antrag ist zurückzuweisen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein vor der Entscheidung des Betriebsrats gestellter, unbedingter Ersetzungsantrag unzulässig und wird nicht mit der Zustimmungsverweigerung zulässig (SAG Urteil vom 07.05.1986, 2 ABR 27/85 und BAG Urteil vom 24.10.1996, 2 AZR 3/96).

Im vorliegenden Fall ist der am 13.02.2020 gestellte Ersetzungsantrag gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG nicht vor Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG beim Arbeitsgericht Rostock beantragt worden.

Gemäß § 130 Abs. 1 BGB wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Das E-Mailpostfach gehört zum Bereich des Empfängers. Danach ist das Anhörungsschreiben am Freitag, den 07.02.2020 in den Herrschaftsbereich des Betriebsrats

gelangt. An diesem Tag hatte der Betriebsrat aber unter normalen Verhältnissen nicht mehr die Möglichkeit, von dieser E-Mail Kenntnis zu nehmen.

Gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist der Vorsitzende des Betriebsrats oder im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter berechtigt zur Entgegennahme von Erklärungen gegenüber dem Betriebsrat.

Im vorliegenden Fall war der Betriebsratsvorsitzende verhindert.

Verhindert und von seiner Organtätigkeit ausgeschlossen ist der Vorsitzende bei Maßnahmen und Regelungen, die ihn individuell und unmittelbar betreffen. Im Rahmen der Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 ff. ist das nur dann der Fall, wenn der Vorsitzende, wie im vorliegenden Fall, selbst die Person ist, auf die sich das Zustimmungersuchen des Arbeitgebers unmittelbar errichtet (Fitting, BetrVG, § 26, Rn. 45 a). Maßgeblich ist deshalb im vorliegenden Fall auf den stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden, Herrn O, abzustellen. Dieser hatte unter normalen Verhältnissen am Freitag, den 07.02.2020 nicht mehr die Möglichkeit, die E-Mail zur Kenntnis zu nehmen. „Unter normalen Verhältnissen“ bezieht sich auf die persönliche Arbeitszeit des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden. Dieser hatte am 07.02.2020 bereits um 11:24 Uhr den Betrieb verlassen. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende war jedoch am Samstag, den 08.02. und am Sonntag, den 09.02.2020, im Dienst. Hier hatte er die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Inhalts der E-Mail. Es kommt nicht darauf an, ob er diese tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Er ist nicht, wie etwa ein einfaches Betriebsratsmitglied, Bote des Arbeitgebers. Das Schreiben des Arbeitgebers ist danach am Samstag, den 08.02., beim Betriebsrat eingegangen. Die 3-Tage-Frist war danach zum Zeitpunkt des Zugangs des Ersetzungsantrags beim Arbeitsgericht Rostock bereits abgelaufen.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Der Fehler des Beteiligten Ziff. 3 im Zusammenhang mit dem Kunden Prolac ist auch unter Berücksichtigung der dem Beteiligten Ziff. 3 bereits im Vorfeld erteilten Abmahnungen nicht geeignet, eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.

Aufgrund der allgemeinen menschlichen Unzulänglichkeit kommt es bei der Arbeit immer wieder zu Fehlern. Oft werden diese Fehler durch die Aufmerksamkeit anderer Arbeitnehmer verhindert. Fehlt es dagegen an Mitarbeitern, die die Arbeitsleistung des einzelnen Arbeitnehmers wohlwollend beobachten und kontrollieren, werden die Fehler nicht verhindert und können, gerade wenn die Tätigkeit, wie die des Beteiligten Ziff. 3, mit einem höheren Schadensrisiko verbunden ist, zu beachtlichen Schäden führen. Der Beteiligte Ziff. 3 kann nicht erklären, warum er den Kunden der Beteiligten Ziff. 1 im Dezember 2019 falsch informiert hat und an diesen Lieferungen autorisiert hat, die diesem Kunden nicht mehr zustehen. Vorsatz unterstellt die Bet. Ziffer 1 dem Beteiligten Ziffer 3 nicht. Ohne konkret zu werden, führt der Beteiligte Ziff. 3 aus, dass es bei der Abwicklung des Auftrags wiederholt zu Störungen und Problemen gekommen sei. Wenn manuell kontrolliert worden wäre, wäre der Fehler aufgefallen. Die Abwesenheit des Beteiligten Ziff. 3 zu diesem Zeitpunkt wegen einer BR-Schulung kann ihm nicht vorgeworfen werden.

Qualitativ schlechte Leistungen des Arbeitnehmers können den Arbeitgeber zur ordentlichen Kündigung berechtigen. Ist die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen, wird es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar sein, das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Kündigungsfrist fortzusetzen (Niemann in Erfurter Kommentar 20. Aufl. § 626 BGB Rn-Nr. 128). Im vorliegenden Fall ist die ordentliche Kündigung aufgrund der Betriebsrattätigkeit des Bet. Ziffer 3 ausgeschlossen.

Dies darf aber nicht dazu führen, dass bei BR-Mitgliedern ein anderer Maßstab als bei normalen Arbeitnehmern angelegt wird. Ein wichtiger Grund kann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von Umständen, die in seiner Sphäre liegen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung auf unabsehbare Dauer nicht mehr in der Lage ist (Niemann a.a.O.). Derartiges ist von der Bet. Ziffer 1 bislang nicht vorgetragen worden.

Ein wichtiger Grund, der der Weiterbeschäftigung des Bet. Ziffer 3 bis um Ablauf der Kündigungsfrist entgegensteht, ist danach nicht gegeben.

Nach alledem ist der Antrag zurückzuweisen.