

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 955/11
12 Sa 956/11
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. September 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2012 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger als Vorsitzende, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtliche Richterin Pitsch und den ehrenamtlichen Richter Gans für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. November 2011 - 12 Sa 956/11 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der 1957 geborene, verheiratete und vier Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war seit dem 1. April 1987 bei der Beklagten als Hilfskraft im Tiefdruck beschäftigt. Sein monatliches Bruttoeinkommen betrug 3.200,00 Euro. Er war das erste Ersatzmitglied der „Alternativen Liste H“, deren ordentliches Mitglied in dem bei der Beklagten gebildeten Betriebsrat Herr H war. 2

Die Beklagte betreibt in M eine Druckerei. Beim Druckvorgang werden leicht entzündliche Lösungsmittel verwendet, die sich beim Trocknungsprozess mit Luft mischen. Ferner stellen der Papierstaub sowie die Papierprodukte Brandlasten dar. In der Vergangenheit kam es mehrfach zu Bränden mit ungeklärter Ursache. Im Betrieb der Beklagten bestand seit langem ein Rauchverbot, auf das durch entsprechende Aushänge hingewiesen wird. Zuletzt wurde es in der „Betriebsvereinbarung 1/2009 Rauchverbot und Raucherzonen“ näher geregelt, welche eine Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1998 ersetzte. Das Rauchen war danach auf dem gesamten Betriebsgelände untersagt, sofern es 3

nicht in bestimmten markierten Bereichen - den „Raucherzonen“ - ausdrücklich erlaubt war.

Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Werk der Beklagten betrug 35 Stunden, verteilt auf fünf Tage in der Regel von Montag bis Freitag. Im Bereich Tiefdruck waren pro Mitarbeiter und Jahr zusätzliche neun Samstags-schichten zulässig. 4

Die Beklagte erteilte dem Kläger mehrere Abmahnungen wegen Verstoßes gegen das betriebliche Rauchverbot. In den Abmahnungen vom 11. September 1996 und 7. Januar 2003 hieß es: 5

„Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, daß Sie im Wiederholungsfalle bei einem gleichgelagerten oder einem ähnlichen Verhalten mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müssen.“

Die Abmahnungen vom 17. August 2007 und 22. September 2009 enthielten den Hinweis: 6

„Dieses Verhalten stellt eine Verletzung Ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten dar, die wir nicht akzeptieren können. Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass Sie im Wiederholungsfalle bei einem gleichgelagerten oder einem ähnlichen Verhalten mit weiteren arbeitsrechtlichen Schritten bis hin zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müssen.“

Am 5. April 2011 wurde der Kläger gegen 17:30 Uhr erneut rauchend außerhalb der Raucherzone in der Halle mit der Rotationsmaschine 9 angetroffen. Am Dienstag, dem 12. April 2011 wurde er zur Betriebsratssitzung für Donnerstag, den 14. April 2011 geladen, weil Herr H an diesem Tag abwesend war. 7

Mit Schreiben vom 12. April 2011 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an. Der Betriebsrat behandelte die Angelegenheit im Rahmen der wöchentlichen Betriebsratssitzung am 14. April 2011 ohne den Kläger. Am Vormittag des 15. April 2011 teilte die Betriebsratsvorsitzende der Geschäfts- 8

führung mit, der Betriebsrat habe beschlossen, keine Stellungnahme abzugeben. Auf eine weitere Äußerung brauche die Beklagte nicht zu warten.

Mit Schreiben vom 15. April 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich und fristlos. Das Schreiben wurde durch einen Boten am selben Tag um 15:10 Uhr in den Briefkasten des Klägers eingelegt.

9

Der Kläger arbeitete an diesem 15. April 2011 bis 14:00 Uhr in der Frühschicht, Herr H in der Spätschicht von 14:00 Uhr bis 22:00 Uhr. Für den folgenden Tag, einen Samstag, war der Kläger ebenfalls zur Arbeit eingeteilt, Herr H nicht. Ab Montag, dem 18. April 2011, hatte Herr H für mehrere Wochen Urlaub.

10

Der Kläger hat mit seiner Kündigungsschutzklage geltend gemacht, die Kündigung sei mangels Zustimmung des Betriebsrats unwirksam. Er sei wegen des Urlaubs von Herrn H fortlaufend dafür vorgesehen gewesen, an Betriebsratssitzungen teilzunehmen und das Amt aktiv wahrzunehmen. Ihm habe deshalb der volle Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG iVm. § 103 BetrVG zugestanden. Maßgebend seien die Verhältnisse am 12. April 2011, dem Zeitpunkt der Anhörung des Betriebsrats. Selbst wenn es auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ankomme, ergebe sich nichts anderes. Der Zugang sei nicht am Freitag, dem 15. April 2011 erfolgt. Seinen Hausbriefkasten leere er im Falle seines Einsatzes in der Frühschicht regelmäßig unmittelbar bei Rückkehr von der Arbeit, und im Falle seiner Einteilung in der Spätschicht vor Schichtbeginn. Zu dieser Zeit seien die Tagespost und auch die Post der privaten Zusteller regelmäßig schon eingegangen. So habe er erstmals am Samstagmorgen im Betrieb von der Kündigung erfahren. An diesem Tag habe ihm der Schutz des § 103 BetrVG zugestanden. Es habe sich um einen mit regelmäßiger Arbeitszeit belegten Tag gehandelt. Herr Heisters, der nicht zur Arbeit eingeteilt gewesen sei, habe seinen ab dem 18. April 2011 bewilligten Urlaub tatsächlich bereits am 16. April 2011 angetreten und sei von da an verhindert gewesen, Betriebsratstätigkeiten zu verrichten.

11

Es fehle zudem an einem wichtigen Grund zur Kündigung. Er habe nicht in einem Gefahrenbereich geraucht und damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten jedenfalls nicht erheblich verletzt. Auch bei dem der letzten Abmahnung vom 22. September 2009 zugrunde liegenden Verstoß gegen das Rauchverbot habe es sich allenfalls um eine geringfügige Pflichtverletzung gehandelt. Er habe sich in der Raucherecke in Halle 7 befunden. Dort sei er vom Maschinenführer angesprochen worden mit der Bitte, sich kurz den Arbeitsablauf anzusehen. Daraufhin habe er sich höchstens zwei Meter aus der Raucherecke zur Maschine hin bewegt und dabei die Zigarette nicht aus der Hand gelegt, sondern zur Seite gehalten, als der Produktionsleiter dies bemerkt habe. Aufgrund des Inhalts der beiden letzten Abmahnungen habe er nicht ohne Weiteres mit einer Kündigung rechnen müssen. Außerdem hätten die Abmahnungen angesichts ihrer Häufung ihre Warnfunktion verloren. Ohne eindringliche letzte Warnung sei die Kündigung unverhältnismäßig. Jedenfalls die Interessenabwägung müsse zu seinen Gunsten ausfallen. Im Übrigen hat der Kläger die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats gerügt.

12

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 15. April 2011 beendet wurde.

13

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, es habe keiner Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung bedurft. Entscheidend hierfür sei der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Dieser sei - auch unter Berücksichtigung einer gewandelten Verkehrsüblichkeit bei den Postzustellzeiten - bereits am 15. April 2011 erfolgt. Selbst wenn die Kündigung erst am 16. April 2011 zugegangen sei, stehe dem Kläger nicht der volle Sonderkündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu, weil Herr H an diesem Tag noch keinen Urlaub gehabt habe und der Kläger deshalb noch nicht - wieder - in den Betriebsrat nachgerückt gewesen sei. Die Voraussetzungen des § 626 BGB lägen vor. Insoweit hat die Beklagte behauptet, außerhalb der Raucherbereiche sei keine ordnungsgemäße Entsorgung der Zigaretten gewährleistet. Am 5. April 2011 sei der Kläger etwa 15 bis 20 Meter entfernt von der Raucherecke

14

rauchend angetroffen worden. Er habe dabei das bedruckte Papier gestapelt. Die Kündigungsandrohung sei nicht wegen zu vieler Abmahnungen entwertet gewesen. Die außerordentliche Kündigung habe auch nicht konkret angekündigt werden müssen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 15

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15. April 2011 zu Recht als wirksam angesehen. 16

I. Die Kündigung ist nicht gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG iVm. § 103 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Dem Kläger stand im maßgebenden Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nur der nachwirkende Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu. Dieser verlangt nicht die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung. 17

1. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Dieser besondere Kündigungsschutz gilt auch für Ersatzmitglieder, soweit und solange sie ein verhindertes ordentliches Betriebsratsmitglied vertreten (*BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3*). 18

2. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 BetrVG rückt ein Ersatzmitglied in den Betriebsrat nach, sofern ein ordentliches Mitglied aus diesem ausscheidet. Das gilt nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG entsprechend für die Dauer der Stellvertretung 19

eines zeitweilig verhinderten ordentlichen Mitglieds. Eine zeitweilige Verhinderung in diesem Sinne liegt vor, wenn ein Betriebsratsmitglied aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, sein Amt auszuüben (*BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3; 23. August 1984 - 2 AZR 391/83 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 46, 258*). Diese Voraussetzung ist während des Erholungsurlaubs eines Betriebsratsmitglieds jedenfalls dann erfüllt, wenn es nicht zuvor seine Bereitschaft angezeigt hat, trotz des Urlaubs für Betriebsratsstätigkeiten zur Verfügung zu stehen (*BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - aaO*). Dem Betriebsratsmitglied wird zwar aufgrund des Erholungsurlaubs die Verrichtung seiner Amtspflichten nicht ohne Weiteres objektiv unmöglich, grundsätzlich aber unzumutbar. Das beurlaubte Betriebsratsmitglied gilt zumindest so lange als zeitweilig verhindert, bis es seine Bereitschaft, gleichwohl Betriebsratsstätigkeiten zu verrichten, positiv anzeigt (*BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 29, aaO*).

3. Für die Frage, ob Sonderkündigungsschutz nach § 103 Abs. 1 BetrVG besteht, ist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung iSv. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB abzustellen (*BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 43, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3; Raab GK-BetrVG 9. Aufl. Bd. II § 103 Rn. 19; Richardi/Thüsing BetrVG 13. Aufl. § 103 Rn. 16; Schwarze/Eylert/Schrader/Eylert KSchG § 15 Rn. 34; Fischermeier ZTR 1998, 433*).

a) Bei der Kündigung handelt es sich um ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (*BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 794/09 - Rn. 40, BAGE 136, 131; 20. August 1997 - 2 AZR 518/96 - zu II 1 der Gründe, AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 11 = EzA BGB § 174 Nr. 12*). Dieses bleibt unvollständig und entfaltet keine Wirksamkeit, solange die Kündigungserklärung nicht gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen ist (*BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 794/09 - aaO*).

b) Die Anknüpfung an den Zugangszeitpunkt entspricht Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses.

- aa) Das Zustimmungserfordernis nach § 103 Abs. 1 BetrVG dient primär dem Schutz der Arbeit und Funktionsfähigkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Organe, welche vor Eingriffen des Arbeitgebers bewahrt werden sollen (*BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 38, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3; 17. März 2005 - 2 AZR 275/04 - zu B II 1 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 27 Nr. 6 = EzA BetrVG 2001 § 28 Nr. 1*). Es soll verhindern, dass das demokratisch gewählte Gremium durch den Verlust einzelner Mitglieder in seiner Funktionsfähigkeit und in der Kontinuität seiner Amtsführung beeinträchtigt wird. 23
- bb) Einen Eingriff in die Zusammensetzung des Betriebsrats stellt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines ordentlichen oder nachgerückten Mitglieds erst mit ihrem Zugang dar. Davor entfaltet sie keine Rechtswirkungen. Soweit das Landesarbeitsgericht (*ebenso Fitting 26. Aufl. § 103 Rn. 9; KR-Etzel 9. Aufl. § 103 BetrVG Rn. 62*) demgegenüber auf den Zeitpunkt abstellen will, zu dem die Kündigung den Machtbereich des Arbeitgebers verlässt, überzeugt dies nicht. Der Schutz des Gremiums erfordert das Eingreifen des Zustimmungserfordernisses nach § 103 BetrVG in Fällen, in denen das Ersatzmitglied im Zugangszeitpunkt ein verhindertes ordentliches Mitglied vertritt, unabhängig davon, ob der Vertretungsfall schon zu dem Zeitpunkt vorlag, zu dem die Kündigung den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen hat. Darin liegt auch keine unzumutbare Benachteiligung des Arbeitgebers, der ein Nachrücken im Zwischenzeitraum bis zum Zugang der Kündigung uU nicht vorhersehen kann. Als der die Kündigung Erklärende trägt der Arbeitgeber das Risiko einer Veränderung der maßgeblichen Umstände zwischen Abgabe und Zugang der Kündigungserklärung. Er hat es dabei in der Hand, den Zugang zeitnah sicherzustellen und dadurch das Risiko zu begrenzen. Der Gefahr eines Rechtsmissbrauchs auf Seiten des Ersatzmitglieds kann mit Hilfe von § 242 BGB sachgerecht begegnet werden. Danach kann die Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz im Einzelfall ausgeschlossen sein. Davon wäre in der Regel auszugehen, wenn ein Verhinderungsfall kollusiv zu dem Zweck herbeigeführt würde, dem Ersatzmitglied den besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen (*vgl. BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 39, AP KSchG 1969 § 15*). 24

Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3; 12. Februar 2004 - 2 AZR 163/03 - zu B I 2 der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 1 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 56).

cc) Etwas anderes folgt nicht daraus, dass eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG abgeschlossen sein muss, bevor die Kündigung den Machtbereich des Arbeitgebers verlässt. Die Anhörung soll eine Beeinflussung der Willensbildung des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung ermöglichen (BAG 27. November 2003 - 2 AZR 654/02 - zu B I der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 136 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 6; 8. April 2003 - 2 AZR 515/02 - zu II 1 a und c aa der Gründe, BAGE 106, 14; Fischermeier ZTR 1998, 433, 434). Diese Möglichkeit muss während des gesamten Laufs der Äußerungsfrist bestehen. Eine Willensbeeinflussung ist ab dem Zeitpunkt ausgeschlossen, zu dem die schriftliche Kündigung den Machtbereich des Arbeitgebers verlässt. 25

dd) Für das Eingreifen des Zustimmungserfordernisses nach § 103 BetrVG ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht auf den Zeitpunkt des Beginns der Anhörung des Betriebsrats abzustellen. Die Erwägung, das Ersatzmitglied sei anderenfalls unter dem Druck einer unmittelbar bevorstehenden außerordentlichen Kündigung in der Ausübung seines Amtes eingeschränkt, vermag dies nicht zu rechtfertigen. Seine Unabhängigkeit bei der Amtsführung ist durch § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG und den nachwirkenden Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG gesichert. Die letztgenannte Regelung gewährleistet eine „Abkühlungsphase“ in der Beziehung zwischen dem ehemaligen Betriebsratsmitglied und dem Arbeitgeber, indem sie für gewisse Zeit die ordentliche Kündigung - vorbehaltlich der Regelungen in § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG - ausschließt. Dieser Schutz steht auch Ersatzmitgliedern zu, soweit sie während der Vertretungszeit Betriebsratsaufgaben wahrgenommen haben (BAG 19. April 2012 - 2 AZR 233/11 - Rn. 41, NZA 2012, 1449; 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 40, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3). 26

4. Danach bedurfte es im Streitfall keiner Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs. 1 BetrVG. Unabhängig davon, ob die Kündigung dem Kläger gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB noch am 15. oder erst am 16. April 2011 27

zugegangen ist, bestand mangels Verhinderung des ordentlichen Betriebsratsmitglieds für den Kläger kein Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG.

- a) Das Zustimmungserfordernis ergibt sich nicht schon aus der Betriebsratstätigkeit des Klägers am 14. April 2011. Der Verhinderungsfall, der dieser Tätigkeit zugrunde lag, nämlich die Ortsabwesenheit des ordentlichen Betriebsratsmitglieds Herrn H, endete mit diesem Tag. Am 15. April 2011 arbeitete Herr H wieder. Der Kläger konnte sich aufgrund seiner Betriebsratstätigkeit am 14. April 2011 demzufolge nur auf den nachwirkenden Kündigungsschutz aus § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG berufen, ohne dass es auch der Zustimmung des Betriebsrats bedurft hätte (*vgl. BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 19, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3; 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - Rn. 22 f. mwN, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 2 = EzA ArbGG 1979 § 69 Nr. 5*). 28
- b) Der Kläger war am 16. April 2011 noch nicht erneut in den Betriebsrat nachgerückt. 29
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat keine Umstände festgestellt, aufgrund derer am 16. April 2011 eine Verhinderung des ordentlichen Betriebsratsmitglieds Herrn H vorgelegen hätte. Herr H hatte Erholungsurlaub erst ab dem 18. April 2011. Dass er aus anderen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen bereits am 16. April 2011 verhindert gewesen wäre, Betriebsratsaufgaben wahrzunehmen, hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt. Sein Vorbringen erschöpft sich in der nicht näher substantiierten Behauptung, Herr H habe seinen Urlaub tatsächlich bereits am 16. April 2011 angetreten. Ab wann genau und in welcher Weise dies geschehen sei mit der Folge, dass Herr H an der Ausübung von Betriebsratstätigkeit gehindert gewesen sei, hat der Kläger nicht vorgetragen. Er hat - auch nachdem ihm das Landesarbeitsgericht Gelegenheit zur Substantiierung gegeben hatte - lediglich behauptet, Herr H habe sich „schon in Urlaub“ befunden und als Betriebsratsmitglied nicht mehr zur Verfügung gestanden. Dies genügt den an die Darlegung einer zeitweiligen Verhinderung iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zu stellenden Anforderungen nicht. 30

- bb) Herr H war am 16. April 2011 nicht deshalb iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zeitweilig verhindert, weil er arbeitsfrei hatte. Anders als im Falle bewilligten Erholungsurlaubs ist einem Betriebsratsmitglied die Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben außerhalb der persönlichen Arbeitszeit nicht grundsätzlich unzumutbar (*vgl. für den Fall der einseitigen Freistellung von der Arbeit BAG 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 46, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70 = EzA BetrVG 2001 § 25 Nr. 3*). Es muss vielmehr ein tatsächlicher Verhinderungsgrund vorliegen und vom Ersatzmitglied, das sich auf ein Nachrücken und das Eingreifen von Sonderkündigungsschutz gem. § 103 BetrVG beruft, dargelegt werden. Daran fehlt es im Streitfall. 31
- c) Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte den Kläger lediglich im Hinblick auf den - wie ihr bekannt - ab 18. April 2011 erneut eintretenden Vertretungsfall gekündigt hätte, gibt es nicht. Die Beklagte hat sich auf den Verstoß des Klägers gegen das betriebliche Rauchverbot am 5. April 2011 berufen. Da die Kündigung dem Kläger in der Zeit zwischen zwei Vertretungsfällen zuging, war eine Zustimmung des Betriebsrats von Rechts wegen nicht erforderlich. 32
- II. Die außerordentliche Kündigung vom 15. April 2011 erfolgte aus wichtigem Grund iSv. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB. Dies hat das Landesarbeitsgericht fehlerfrei erkannt. 33
1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (*zum Prüfungsmaßstab vgl. BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 38; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 14, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36*). Stützt der Arbeitgeber den wichtigen Grund bei einem Betriebsratsmitglied auf dessen Verhalten, muss dieses sich als Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellen (*BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 39; 12. Mai 2010 - 2 AZR 587/08 - Rn. 15 f., AP KSchG 1969 § 15 Nr. 67 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 67*). 34

2. Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, das Verhalten des Klägers rechtfertige „an sich“ eine außerordentliche Kündigung. Der Kläger hat gegen das Rauchverbot im Betrieb der Beklagten verstoßen und damit seine Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis erheblich verletzt. Umstände, aus denen sich die Unwirksamkeit des Verbots ergeben könnte, sind nicht dargetan. Sie sind auch objektiv nicht erkennbar (*zur Eignung eines Verstoßes gegen ein wirksames Rauchverbot als wichtiger Grund vgl. ErfK/Müller-Glöge 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 127; KR-Fischermeier 9. Aufl. § 626 Rn. 440*). Es handelt sich um ein Rauchverbot aus Sicherheitsgründen. Die Beklagte hat eine aufgrund der Brandgefahr in ihrem Betrieb bestehende besondere Gefahrensituation zum Anlass genommen, unter Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats das Rauchverbot zu erlassen. Die dazu bestehenden Regelungen galten absolut. Danach war das Rauchen ausschließlich in den markierten Raucherzonen gestattet. 35
3. Die Kündigung ist auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt. 36
- a) 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 (*BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 42; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 26, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36*). 37
- b) Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, lassen sich 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 (*BAG 19. Juli 2012* 38

- 2 AZR 989/11 - Rn. 43; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 27, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36). Auch Unterhaltspflichten und der Familienstand können - je nach Lage des Falls - Bedeutung gewinnen. Sie sind jedenfalls bei der Interessenabwägung nicht generell ausgeschlossen und können zu berücksichtigen sein (BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - aaO; 16. Dezember 2004 - 2 ABR 7/04 - zu B II 3 b aa der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 191 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 7). 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 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 43; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - aaO).

c) Für die Beurteilung, ob Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber iSv. § 15 Abs. 1, Abs. 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund zur Kündigung berechtigen, ist auf die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist abzustellen. Ist eine Weiterbeschäftigung bis dahin zumutbar, ist die Kündigung unwirksam (BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 44; 12. Mai 2010 - 2 AZR 587/08 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 67 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 67). 39

d) Danach lässt die Einzelfallprüfung und Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts, bei der ihm ein Beurteilungsspielraum zukommt (dazu BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 989/11 - Rn. 45; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 29, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36), keinen Rechtsfehler erkennen. 40

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, auch unter Berücksichtigung der Dauer der Betriebszugehörigkeit des Klägers, seines Alters und seiner Unterhaltspflichten überwiegen die Interessen der Beklagten an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger habe selbst dann, wenn er entsprechend seiner Behauptung nur vier bis fünf Meter von der Raucherzone entfernt geraucht habe, die Markierung nicht nur versehentlich oder geringfügig übertreten, sondern bewusst gegen das Rauchverbot verstoßen. Auch wenn er dadurch konkret keine Brandgefahr ausgelöst habe, wiege der Verstoß schwer. 41

Die Beklagte sei darauf angewiesen, dass die Raucherzonen eingehalten würden. Bei einem Brand drohten erhebliche Personen- und Sachschäden. Dennoch habe der Kläger beharrlich außerhalb der Raucherzone geraucht. Er habe bewusst seine eigene Einschätzung der Sicherheitserfordernisse an die Stelle derjenigen gesetzt, die von der Beklagten im Einvernehmen mit dem Sicherheitsbeauftragten und dem Betriebsrat gefunden worden sei. Im Kündigungszeitpunkt sei davon auszugehen gewesen, dass er dieses Verhalten wiederholen werde. Das habe die Beklagte zum Schutz der übrigen Belegschaft auch nur für den Lauf der fiktiven Kündigungsfrist nicht akzeptieren können. Der Kläger sei mehrfach einschlägig abgemahnt worden. Unter keinem Gesichtspunkt habe es einer weiteren Abmahnung bedurft, um ihm die sich aus einer Wiederholung des Verhaltens ergebenden nachteiligen Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses aufzuzeigen.

bb) Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Landesarbeitsgericht hat alle relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und vertretbar gegeneinander abgewogen. 42

(1) Ohne Rechtsfehler hat es eine Weiterbeschäftigung des Klägers auch nur bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist insbesondere aufgrund der Beharrlichkeit seiner Pflichtverletzungen und der nicht ausgeräumten Wiederholungsgefahr für unzumutbar gehalten. Zwar ist nicht festgestellt, dass das Verhalten des Klägers die Brandgefahr konkret erhöht hätte. Es ist aber nicht zu beanstanden, dem Interesse der Beklagten an der strikten Einhaltung des Rauchverbots und einer Beschränkung des Rauchens auf die erlaubten Zonen unabhängig hiervon allein wegen des im Betrieb gegebenen generell hohen Gefahrenpotenzials eine erhebliche Bedeutung beizumessen. 43

(2) Das Landesarbeitsgericht hat den Abmahnungen wegen früherer Verstöße des Klägers gegen das Rauchverbot zu Recht eine hinreichende Warnfunktion entnommen. 44

(a) Der Arbeitgeber muss für den Wiederholungsfall nicht ausdrücklich (*auch*) eine außerordentliche Kündigung androhen. Es reicht aus, dass der 45

Arbeitnehmer erkennen kann, dass bei einem erneuten Verstoß der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (*BAG 19. April 2012 - 2 AZR 258/11 - Rn. 23, DB 2012, 2404*). Dies war nach der nicht zu beanstandenden Würdigung des Landesarbeitsgerichts bei den dem Kläger wegen Verstoßes gegen das Rauchverbot erteilten Abmahnungen der Fall, weil darin ausdrücklich zumindest auch die Möglichkeit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses angedroht worden war.

(b) Die Warnfunktion der Kündigungsandrohung in den letzten beiden Abmahnungen ist nicht wegen der im Vergleich zu den früheren Abmahnungen anderen Wortwahl als geringer anzusehen. Nach beiden Formulierungen musste der Kläger im Wiederholungsfall mit einer Kündigung rechnen. In den letzten Abmahnungen wird zwar ausdrücklich auf die Möglichkeit anderer arbeitsrechtlicher Maßnahmen hingewiesen. Diese waren aber auch nach der früheren Formulierung nicht ausgeschlossen. 46

(c) Eine Abschwächung der Warnfunktion ist nicht dadurch eingetreten, dass die Beklagte den Kläger insgesamt vier Mal wegen Verstoßes gegen das Rauchverbot abgemahnt hat. Zwar können Abmahnungen ihre Warnfunktion einbüßen, wenn der Arbeitgeber trotz ständig neuer Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers weiterhin nur abmahnt. Der Arbeitnehmer muss die in der Abmahnung enthaltene Drohung noch ernst nehmen können; es darf sich nicht um eine „leere“ Drohung handeln (*BAG 16. September 2004 - 2 AZR 406/03 - zu B I 4 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64; 15. November 2001 - 2 AZR 609/00 - zu II 3 a aa der Gründe, BAGE 99, 340*). Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht aber im Streitfall einen solchen Sachverhalt nicht als gegeben angesehen, weil insbesondere zwischen den ersten beiden Abmahnungen ein erheblicher Zeitraum lag. Die Beklagte konnte bei Ausspruch der zweiten Abmahnung berechtigterweise annehmen, der Zeitablauf mache es erforderlich, dem Kläger die möglichen Folgen einer Missachtung des Rauchverbots nochmals vor Augen zu führen (*vgl. zum Verlust der Warnfunktion einer Abmahnung nach längerer Zeit einwandfreier Führung des Arbeitnehmers BAG* 47

19. Juli 2012 - 2 AZR 782/11 - Rn. 20, NZA 2013, 91; 18. November 1986 - 7 AZR 674/84 - zu II 5 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 4). Unter Einbeziehung der zweiten Abmahnung hat die Beklagte den Kläger bis zur Kündigung insgesamt drei Mal hinreichend zeitnah wegen einer Verletzung des Rauchverbots abgemahnt. Es hält sich im Bewertungsspielraum des Landesarbeitsgerichts, wenn es angenommen hat, bei dieser Anzahl könne die Drohung mit einer Kündigung noch nicht als „leer“ angesehen werden (vgl. auch BAG 16. September 2004 - 2 AZR 406/03 - zu B I 4 b bb (1) der Gründe, aaO). Das gilt umso mehr, als es sich bei dem mit der letzten Abmahnung vom 22. September 2009 gerügten Verstoß um eine schlichte Nachlässigkeit des Klägers gehandelt haben konnte und eine Kündigung zum damaligen Zeitpunkt mit dem Risiko der Unverhältnismäßigkeit behaftet gewesen wäre. Soweit die Beklagte dem Kläger wegen anderer Pflichtverletzungen in den Jahren 1998 bis 2005 vier zusätzliche Abmahnungen erteilt hatte, hat das Landesarbeitsgericht diesen im gegebenen Zusammenhang zu Recht keine Bedeutung beigemessen. Die Warnfunktion einer Abmahnung erstreckt sich nur auf gleichartige Pflichtverletzungen (vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 31, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 13. Dezember 2007 - 2 AZR 818/06 - Rn. 41, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 64 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 82). Sie wird durch Abmahnungen aus anderen Gründen regelmäßig nicht beeinträchtigt (vgl. auch BAG 16. September 2004 - 2 AZR 406/03 - zu B I 4 b aa der Gründe, aaO).

(3) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe beharrlich gegen das betriebliche Rauchverbot verstoßen, steht nicht im Widerspruch zu seiner Annahme, dem abgemahnten Verhalten vom 22. September 2009 könne schlichte Nachlässigkeit zugrunde gelegen haben. Der Kläger hatte das Rauchverbot außerdem schon drei weitere Male verletzt und dies trotz der Abmahnungen wiederholt. 48

(4) Soweit sich der Kläger im Revisionsverfahren darauf beruft, die vom Landesarbeitsgericht für gegeben erachtete negative Prognose decke sich nicht 49

mit seiner „gelebten Einsicht“, hat er keine zulässige Verfahrensrüge erhoben. Er hat nicht dargelegt, aus welchen mit welchem Schriftsatz vorgetragenen Umständen sich bereits für den Zeitpunkt des Kündigungszugangs das Vorliegen einer solchen Einsicht ergeben habe.

III. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Zwei- 50
Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei durch die spätestens am 16. April 2011
zugegangene Kündigung eingehalten. Der Kläger hatte zuletzt am 5. April 2011
gegen das Rauchverbot verstoßen.

IV. Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung 51
gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Nachdem der Kläger die ord-
nungsgemäße Anhörung des Betriebsrats in der Klageschrift gerügt hatte, hat
die Beklagte hierzu im Einzelnen unter Bezugnahme auf die schriftliche Anhö-
rung vom 12. April 2011 vorgetragen. Hierüber hätte sich der Kläger nach § 138
Abs. 1 und Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären müssen (*vgl. BAG 23. Juni 2005*
- 2 AZR 193/04 - zu II 1 b der Gründe, AP ZPO § 138 Nr. 11 = EzA
BetrVG 2001 § 102 Nr. 12). Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, an
solchem Vorbringen habe es im Streitfall gefehlt, so dass der Vortrag der
Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu gelten habe, greift die
Revision nicht mit Verfahrensrügen an. Ein materieller Rechtsfehler ist ange-
sichts der Schlüssigkeit des Vorbringens der Beklagten nicht zu erkennen (*zum*
Erfordernis einer solchen Schlüssigkeitsprüfung vgl. BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR
206/11 - Rn. 48 ff., NZA 2013, 137).

V. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO der 52
Kläger zu tragen.

Berger

Rinck

Rachor

Gans

Pitsch