

# Landesarbeitsgericht Köln

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 626 Abs 1, Abs 2 BGB; § 178 Abs 2 S 3 SGB 9, Art 5 Abs 1 S 1, Abs 3 S 1 GG

- 1. Beleidigt ein bereits einschlägig abgemahnter Arbeitnehmer einen dunkelhäutigen Kollegen in Anwesenheit mehrerer anderer Kollegen mit Affenlauten wie "Ugah Ugah", so kann darin ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gesehen werden.**
- 2. Zur Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 241 Abs. 2 BGB gehört auch, die Rechte der Kolleginnen und Kollegen zu achten und insbesondere diskriminierendes Verhalten zu unterlassen.**
- 3. Berichte von Betriebsratsmitgliedern über den Verlauf einer Sitzung sind einer gerichtlichen Verwertung weder entzogen, noch als Kündigungsgründe ausgeschlossen.**
- 4. Ein Betriebsratsmitglied ist gemäß § 104 BetrVG und § 75 BetrVG besonders verpflichtet, jeglicher Diskriminierung von Beschäftigten entgegen zu wirken.**
- 5. Ein Betriebsratsmitglied ist gemäß § 104 BetrVG und § 75 BetrVG besonders verpflichtet, jeglicher Diskriminierung von Beschäftigten entgegen zu wirken.**

LAG Köln, Urteil vom 06.06.2019 Az. : 4 Sa 18/19

#### **Tenor:**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 09.11.2018 - 18 Ca 7824/17 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Berufung zu tragen.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit zweier Kündigungen sowie um den vom Kläger geltend gemachten allgemeinen Beschäftigungsanspruch.

2

Die Beklagte ist ein Logistikunternehmen und der Kläger ist seit dem Jahre 2009 Mitglied des Betriebsrats, der für den Gemeinschaftsbetrieb gewählt worden war, den

die Beklagte mit zwei weiteren Gesellschaften gebildet hatte. Der Kläger ist 37 Jahre alt und ledig. Er hat keine Unterhaltungspflichten. Seit 13 Jahren war er bei der Beklagten als Serviceagent beschäftigt. Zuletzt erhielt er ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von 3.500,00 EUR. Er ist zwar nicht nach § 38 Abs. 1 BetrVG freigestellt, war aber zuletzt aufgrund von Betriebsratstätigkeit gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG kaum mehr als Serviceagent tätig.

3

Die Kündigungen der Beklagten beruhen auf drei dem Kläger gegenüber erhobenen Vorwürfen, deren Sachverhalte im Einzelnen streitig sind: Ein eigenmächtiger Urlaubsantritt des Klägers im Dezember 2016 (Sachverhalt A); der Verdacht einer Falschaussage des Klägers als Zeuge in einem anderen Verfahren vor dem Arbeitsgericht zum Nachteil der Beklagten im März 2017 (Sachverhalt B), und schließlich eine rassistische Beleidigung eines Betriebsratskollegen in einer Betriebsratssitzung am 07.11.2017 (Sachverhalt C).

4

Auf den Antrag der Beklagten mit Blick auf den letztgenannten Sachverhalt C hat der Betriebsrat am 20.11.2017 der von der Beklagten beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mittels eines Kreuzes auf dem Anhörungsbogen und der Unterschrift des Vorsitzenden zugestimmt (Anlage B1 zum Schriftsatz vom 08.12.2017, Bl. 20 ff d.A.). Mit Blick auf die Sachverhalte A und B hatte der Betriebsrat dies zuvor nicht getan. Die hierauf von der Arbeitgeberin eingeleiteten Zustimmungsersetzungsverfahren sind vor dem Arbeitsgericht Köln erfolglos verlaufen. In der Beschwerdeinstanz wurde mit Blick auf die inzwischen erklärte Zustimmung des Betriebsrats (Sachverhalt C) der Zustimmungsersetzungsantrag (Sachverhalt A und B) als "nunmehr unzulässig" zurückgewiesen. In rechtlicher Hinsicht besteht zwischen den Parteien Streit, ob die Beklagte nach der Zustimmung des Betriebsrats zum Sachverhalt C ihre nun ausgesprochene Kündigung auch mit den Sachverhalten A und B begründen kann oder ob es hierfür einer erneuten Anhörung zum "Nachschieben" der Kündigungsgründe A und B bedurft hätte.

5

(Sachverhalt A) In der Zeit vom 12.12.2016 bis zum 16.12.2016 war der Kläger abwesend. Dem lag ein Antrag des Klägers auf "Abfeiern von Mehrarbeit" zugrunde, dem der zuständige Vorgesetzte zuvor nicht stattgegeben hatte. Am 15.12.2016 ging dem Kläger eine Abmahnung zu, die er aufgrund seiner Abwesenheit aber nicht hat wahrnehmen können. Am 16.12.2016 blieb er weiterhin von der Arbeit fern. Mit Schreiben vom 27.12.2017 (Anlage B17, Bl. 146), unterschrieben vom "Manager Human Resources Services", dem Zeugen K, hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, hilfsweise außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist, an und nahm dabei ausdrücklich Bezug auf § 103 BetrVG. Wörtlich heißt es dort auszugsweise:

6

"Grund für die beabsichtigte Kündigung ist, dass Herr C schwerwiegende arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen in Form von unentschuldigtem Fehlen begangen bzw. sich eigenmächtig beurlaubt hat. (außerordentliche Tatkündigung); hilfsweise soll die außerordentliche Kündigung außerdem als solche mit einer Auslauffrist (entsprechend der ordentlichen Kündigungsfrist) ausgesprochen werden. ..."

7

(Sachverhalt B) Die Beklagte hatte einem Kollegen des Klägers, dem Betriebsratsmitglied G, vorgeworfen, im Jahre 2016 Reisekostenabrechnungen

eingereicht zu haben, die sich im Nachhinein als falsch erwiesen hätten. Nach einer Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats hat die 11. Kammer des Arbeitsgerichtsgerichts Köln auf Antrag der Beklagten mit Beschluss vom 23.03.2017 - 11 Bv 220/16 - nach Beweisaufnahme diese Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer G ersetzt. Auf die Beschwerde des Betriebsrats - 9 TaBv 58/17 - haben die dortigen Beteiligten am 23.04.2018 einen Vergleich geschlossen, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsratsmitglied G und dessen Niederlegung des Betriebsratsamtes zum Gegenstand hatte. Der Kläger des vorliegenden Verfahrens war im dortigen Verfahren vom Arbeitsgericht als Zeuge vernommen worden. Die 11. Kammer erachtete seine Bekundungen und damit seine Versuche, den Kollegen G zu entlasten, als ungläubhaft. Sie seien widersprüchlich, wichen in einem nicht erklärbaren Maße von der Darstellung des Arbeitnehmers G ab und seien über weite Strecken lebensfremd. Es wird auf den Inhalt des Protokolls der Beweisaufnahme sowie auf den Inhalt der Entscheidung der 11. Kammer vom 23.03.2017 Bezug genommen (Anlage 20 und 21, Bl. 162 ff und Bl. 176 ff d.A.). Mit Schreiben vom 19.05.2017 (Anlage B25, Bl. 205), unterschrieben vom "Manager Human Resources Services", dem Zeugen K, hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, hilfsweise außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit, an und nahm dabei ausdrücklich Bezug auf § 103 BetrVG. Wörtlich heißt es dort auszugsweise:

8

"Grund für die beabsichtigte Kündigung ist der - nachfolgend im Detail dargestellt - dringende Tatverdacht, dass Herr C in dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht Köln mit dem Aktenzeichen 11 Bv 220/16 in der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2017 im Rahmen seiner Zeugenaussage falsch ausgesagt und ggfls. einen (versuchten) Prozessbetrug begangen hat. ..."

9

(Sachverhalt C) Am 07.11.2017 kam es während einer Betriebsratssitzung zu einem Wortwechsel zwischen dem Kläger und dem Zeugen M, der ebenfalls Betriebsratsmitglied ist. Der Inhalt dieses Wortwechsels war u.a. Gegenstand der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme. Zwischen den Parteien ist nach wie vor streitig, ob der Kläger gegenüber seinem Kollegen, der eine dunkle Hautfarbe hat, Affenlaute ("Ugah Ugah") ausgestoßen hat. Streitig ist auch weiterhin, ob der Kollege den Kläger zuvor als "Stricher" bezeichnet, seinerseits also zu einer Eskalation beigetragen hatte, oder ob der Zeuge M die Beschimpfung "du Stricher" erst geäußert hat, nachdem der Kläger die Affenlaute ausgestoßen hatte. Der Zeuge M erhob nach dem Vorfall am 09.11.2017 eine AGG-Beschwerde beim Personalleiter, der diese Beschwerde am 13.11.2017 an die AGG-Beschwerdestelle zur Bearbeitung weiterleitete. Diese betrieb Sachverhaltsaufklärung und hörte hierzu am 14.11.2017 den Kläger sowie die Zeugen M, S, Y, G und C an. Die AGG-Beschwerdestelle kam zu dem Ergebnis, dass eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft vorliege und empfahl der Beklagten den Ausschluss des Klägers aus dem Betriebsrat und aus dem Unternehmen. Auf den Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe seinen Kollegen rassistisch diskriminiert mit den Affenlauten "Ugah Ugah" und auf die in diesem Zusammenhang erfolgte Aufforderung, zu diesem Vorwurf Stellung zu nehmen, schrieb der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten (e-mail vom 15.11.2017, Bl. 26):

10

"Allgemein ist festzustellen, dass der Umgangston im Betriebsrat durchaus hin und wieder flapsig ist. Das liegt daran, dass es von allen Betriebsratsmitgliedern gewollt ist, die teilweise abstrakte bürokratische Materie durch Auflockerung der Gesprächsatmosphäre zu fördern. Da kommt es vor, dass der eine oder andere

flapsige Spruch fällt. Das gehört zum gepflegten Umgangston unter den Betriebsratsmitgliedern und war bislang nie ein Problem."

11

Am Tag zuvor hatte der Kläger selbst der AGG-Beschwerdestelle mitgeteilt (Anlage B6 Bl. 88):

12

"Es gab eine hitzige Debatte. Jeder hatte seinen Standpunkt. Teilweise wurde es lauter. M hat mich Stricher genannt. Ich habe geantwortet bunga bunga. ..."

13

Mit Schreiben vom 17.11.2017 (Anlage B1, Bl. 15 d.A.), unterschrieben vom "Manager Human Resources Services", dem Zeugen K, und unter Bezugnahme auf ein Anhörungsschreiben an den Kläger vom 13.11.2017 (Bl. 24 d.A.) sowie dessen Antwort hierzu vom 15.11.2017 (Bl. 26 d.A.) hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, hilfsweise außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit, an und nahm dabei ausdrücklich Bezug auf § 103 BetrVG. Wörtlich heißt es dort auszugsweise:

" I.

14

Am Dienstag, den 07.11.2017, kam es während der Betriebsratssitzung zu einer Diskussion über die Bearbeitung eines IT-Systems. Hierbei haben Herr B A und Herr M inhaltlich zu dem Thema diskutiert. Herr M äußerte in diesem Zusammenhang, dass er logisch an die Bearbeitung des Systems herangehen möchte, worauf sich daran anschließend folgender Dialog zwischen Herrn C und Herrn M ergab:

15

Herr C zu Herrn M (Zitat): "weil du eine Brille hast und jetzt logisch denken kannst?".

16

Herr M entgegnete Herrn C daraufhin (Zitat): "Was willst du überhaupt?"

17

Darauf antwortete Herr C Herrn M mit Affenlauten (Zitat): "Ugah Ugah!"

18

Die Äußerung "Ugah Ugah" gegenüber dem dunkelhäutigen Mitarbeiter Herr M ist eine abschätzige, mithin rassistische Äußerung, mit welcher Herr C Herrn M offensichtlich herabwürdigen und als "Affen" bezeichnen wollte.

II.

19

Herrn C wurde am 13.11.2017 gegen 16:30 per Boten eine schriftliche Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt und die Gelegenheit gegeben, bis zum 16.11.2017 (End og Business) eine Stellungnahme zu den Verdachtsmomenten abzugeben (Anlage 1).

20

Die am 15.11.2017 eingegangene Stellungnahme (Anlage 2) ist jedoch nicht geeignet, die Vorwürfe der rassistischen Äußerung auszuräumen oder in einem anderen Licht erscheinen zu lassen. Diese enthält nur eine allgemeine und sehr pauschale

Zurückweisung der Vorwürfe und setzt sich nicht mit den in der Anhörung genannten Tathergang auseinander.

21

[...]

22

Das für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit Herrn C notwendige Vertrauensverhältnis ist durch die begangenen Taten so nachhaltig und unwiederbringlich zerstört, dass eine Weiterbeschäftigung - auch für einen begrenzten Zeitraum bzw. eine soziale Auslaufzeit - für das Unternehmen schlichtweg unzumutbar ist. Auch eine Versetzung oder Weiterbeschäftigung auf einem anderen/geänderten Arbeitsplatz oder andere mildere Mittel kommen nicht in Betracht.

23

Darüber hinaus ist erschwerend zu berücksichtigen, dass Herr C wegen verbaler Ausfälle bereits einmal abgemahnt wurde. Auch dies zementiert aus unserer Sicht die negative Zukunftsprognose und lässt mildere Mittel als eine außerordentliche Kündigung ungeeignet erscheinen. Vor diesem Erkenntnisstand und Hintergrund fällt auch die gebotene Interessenabwägung zulasten von Herrn C aus. Seine Stellung als Betriebsratsmitglied und seine Sozialdaten wurden in diesem Rahmen gebührend berücksichtigt und in die Abwägung mit einbezogen. Auch diese Umstände führen aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung allerdings zu keiner anderen Beurteilung.

24

[...]"

25

Tatsächlich hatte der Kläger zuvor am 14.02.2016 eine Abmahnung erhalten. Mit dieser Abmahnung wurde ihm vorgeworfen, er habe am 18.11.2016 dem Zeugen S in der Kantine zugerufen: "Schau woanders hin, sonst ficke ich dich ...!"

26

Mit Schreiben vom 21.11.2017, also einen Tag nachdem der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung zugestimmt hatte, kündigte die Beklagte das zwischen ihr und dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis fristlos und hilfsweise außerordentlich unter Beachtung einer sozialen Auslaufzeit. Im Jahre 2018 wurde der Kläger nicht erneut in den Betriebsrat gewählt. Der neu gewählte Betriebsrat konstituierte sich am 24.04.2018. Die Beklagte sprach sodann am 25.04.2018 erneut eine fristlose Kündigung aus, dieses Mal ohne Durchführung eines Verfahrens nach § 103 BetrVG.

27

Mit der seit dem 27.11.2017 anhängigen und hinsichtlich der weiteren Kündigung vom 25.04.2018 rechtzeitig erweiterten Klage hat sich der Kläger gegen die ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigungen gewandt.

28

Der Kläger hat vorgetragen, eine Selbstbeurlaubung habe es nicht gegeben, eine Falschaussage habe es nicht gegeben und "Ugah Ugah" habe er auch nicht gesagt. Die Behauptung, die Gegenstand der Abmahnung gewesen sei ("schau woanders hin, sonst ficke ich dich ...") sei von der Beklagten frei erfunden worden. Eine "Selbstbeurlaubung komme nach seiner Auffassung als Kündigungsgrund ohnehin nicht in Betracht. Es sei im Gemeinschaftsbetrieb geübte Praxis, insbesondere bei

Betriebsrats-Mitgliedern, dass man in den Urlaub bzw. in das Mehrarbeit-Abbummeln fahren könne, bevor eine ausdrückliche Genehmigung vorliege. Angesichts der besonderen Situation, nämlich der faktischen Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG, seien betriebliche Auswirkungen seiner Abwesenheit nicht zu beklagen gewesen. Auch auf den Verdacht einer Falschaussage könne die Kündigung nicht gestützt werden, denn er habe damals vor der 11. Kammer die Wahrheit gesagt.

29

Äußerungen, die im Rahmen einer Betriebsratssitzung gefallen seien, könnten nach seiner Auffassung auf keinen Fall Gegenstand einer Kündigungsbegründung sein, da solche Sachverhalte dem Amtsgeheimnis unterlägen. Bemerkungen aus der Betriebsratssitzung dürften daher auch gerichtlich nicht verwertet werden. Im Übrigen sei es abwegig, den Spruch "Ugah Ugah" als rassistisch zu bewerten. Bei "Ugah Ugah" handele sich um ein harmloses Kinderspiel der Spiele-Firma Haba. Er habe keinen Anlass, um Entschuldigung zu bitten oder Reue zu zeigen, da er kein Rassist sei und sich auch nicht rassistisch geäußert habe. Er bestreite die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats zu den ihm gegenüber geltend gemachten Kündigungsgründen. Gleiches gelte für die angebliche Beschlussfassung zur Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung. Bei der Fassung dieses Beschlusses sei er nämlich nicht anwesend gewesen.

30

Der Kläger hat beantragt,

31

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung vom 21.11.2017 sein Ende gefunden hat;

32

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die hilfsweise ordentlich erklärte Kündigung mit sozialer Auslauffrist zum 30.04.2018 sein Ende gefunden hat, sondern fortbesteht;

33

3. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Konditionen des geschlossenen Arbeitsvertrages als Serviceagent bis hin zum rechtskräftigen Abschluss dieses Rechtsstreits weiter zu beschäftigen;

34

4. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 25.04.2018, zugegangen am 26.04.2018, das Arbeitsverhältnis beendet hat;

35

5. festzustellen dass die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 25.04.2018 mit sozialer Auslauffrist nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers geführt hat.

36

Die Beklagte hat beantragt,

37

die Klage abzuweisen.

38

Sie hat vorgetragen, am 07.11.2017 habe der Kläger den Zeugen M rassistisch mit Affenlauten beleidigt. Es habe sich alles so zugetragen, wie sie es dem Betriebsrat in ihrem Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung beschrieben habe. Der Zeuge M habe sich verletzt gefühlt und sich deshalb an die AGG-Beschwerdestelle gewandt. Weder unmittelbar nach diesem Vorfall noch in der Folgezeit habe der Kläger Reue oder Einsicht gezeigt. Bereits am 14.12.2016 habe es Anlass für eine Abmahnung aus dem gleichen Pflichtenkreis gegeben, weil nämlich der Kläger dem Zeugen S zugerufen habe: "Schau woanders hin sonst ficke ich dich ...!" In Kenntnis dieser Abmahnung und durch diese gewarnt habe der Kläger wiederholt einen Kollegen beleidigt und dessen Würde und Persönlichkeit zusätzlich durch eine rassistische Herabsetzung verletzt. Als international tätiges Unternehmen mit multi-ethnischer Belegschaft sei es ihr nicht zumutbar, einen Mitarbeiter, der durch einschlägige Beleidigungen rassistisches Gedankengut äußert, auch nur bis zum Ablauf einer gedachten Kündigungsfrist oder sozialen Auslaufrfrist weiter zu beschäftigen. Mildere Mittel als eine fristlose Kündigung seien für sie nicht erkennbar.

39

In der Zeit vom 12.12.2016 bis zum 16.12.2016 habe sich der Kläger tatsächlich ohne Rücksprache mit ihr selbst beurlaubt. Die vom Kläger beschriebene "geübte Praxis" existiere nicht. Zwar habe es tatsächlich Fälle gegeben, in denen Mitarbeiter ihren Urlaub angetreten hätten, ohne dass sie eine schriftliche Urlaubsgenehmigung in den Händen gehalten hätten. Das seien aber Fälle gewesen, in denen eine mündliche Urlaubsgewährung erfolgt gewesen sei. Eine solche Genehmigung habe hier aber gefehlt.

40

Aus dem Urteil der 11. Kammer ergebe sich eindeutig, dass der Kläger nach Auffassung der 11. Kammer als Zeuge gelogen habe. Dies habe sie zum Anlass genommen eine Kündigung wegen versuchten Betruges zu ihren Lasten zu betreiben.

41

Mit Urteil vom 09.11.2018 hat das Arbeitsgericht Köln die Klage abgewiesen. Es hatte zuvor Beweis erhoben zu den von der Beklagten behaupteten Tatsachen im Zusammenhang mit der Abmahnung (Zeugen S und R ) sowie zu den Tatsachen im Zusammenhang mit der behaupteten rassistischen Beleidigung während der Betriebsratssitzung am 07.11.2017 (Zeugen A , M , B , S , G , C , Ö und A ). Das Arbeitsgericht ist nach Durchführung der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass der Kläger wie in der Abmahnung beschrieben den Zeugen S in der Kantine in aggressivem Ton mit den Worten "Schau woanders hin, sonst ficke ich dich ...!" beleidigt habe. Die Abmahnung sei daher zu Recht ergangen. Weiter ist die am Arbeitsgericht erkennende Kammer zu der Überzeugung gelangt, dass der Kläger den Zeugen M mit Affenlauten beleidigt habe, ohne dass dieser Zeuge zuvor zur Eskalation beigetragen habe. Insbesondere habe der Zeuge erst nach den vom Kläger geäußerten Affenlauten diesen als Stricher bezeichnet. Der Kläger und die Zeugen A , Ö und C hätten nach Überzeugung der Kammer falsch ausgesagt und somit das Gericht belogen. Das gelte insbesondere hinsichtlich des Zeugen Ö , der gar nicht im Raum gewesen sei. Die Bekundungen der Zeugen A und C hätten sich einerseits durch inhaltliche Übereinstimmung und andererseits durch eine signifikante Detailarmut ausgezeichnet. Die Kombination aus beidem sei nur durch eine vorangegangene Absprache zu erklären. Die rassistische Beleidigung als solche reiche als wichtiger Grund aus. Im Zeitpunkt der Tatbegehung sei eine allgemein in der Gesellschaft eingetretene Sensibilisierung der Bevölkerung für den besonderen Unrechtsgehalt ethnischer Diskriminierungen gegeben gewesen, welche zu der

Bewertung der klägerischen Pflichtverletzung als besonders schwerwiegend beitrage. Auf die anderen Sachverhalte komme es daher nicht an.

42

Gegen das ihm am 27.12.2018 zugestellte Urteil hat der Kläger am 10.01.2019 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 27.03.2019 begründet.

43

Der Kläger trägt zur Begründung seiner Berufung vor, nach seiner Auffassung sei die Beweisaufnahme vor dem Arbeitsgericht überflüssig gewesen, denn selbst wenn der Vortrag der Beklagten als richtig unterstellt werde, könne eine so angenommene bloße Beleidigung keinesfalls einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bilden. Das Arbeitsgericht habe nicht einmal dargestellt, welche Vertragspflicht - er sei schließlich Service Agent - es eigentlich meine, wenn es von Pflichtverletzung spreche. Er lege Wert auf die Tatsache, dass die Bezeichnung eines Mitmenschen als "Affe" nicht ohne weiteres rassistisch gemeint sei. Auch Oliver Kahn sei als Affe bezeichnet worden. Der Umgangston in den Betriebsratssitzungen sei allgemein roh gewesen. Die Formulierung "Du Arschloch" werde allgemein als akzeptabel empfunden. Für ihn sei es deshalb unverständlich, warum in der Begriffsreihe "Arschloch", "Ugah Ugah" und "Stricher" ausgerechnet die Äußerung "Ugah Ugah" kündigungsrelevant sein solle, die anderen Äußerungen aber nicht. Er sei kein Rassist und berufe sich im Übrigen auf sein Recht der freien Meinungsäußerung. Wenn das Arbeitsgericht darauf abstelle, dass er keine Reue gezeigt habe, dann missachte das Arbeitsgericht die Tatsache, dass er die behauptete Beleidigung bestritten habe.

44

Die vom Arbeitsgericht angestellte negative Zukunftsprognose sei von diesem nicht begründet worden. Das Arbeitsgericht habe nicht die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt: Es handele sich allenfalls um die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht; er sei ein nach § 37 Abs. 2 BetrVG fast vollständig frei gestelltes Betriebsratsmitglied; die fragliche Äußerung sei - wenn überhaupt - während einer Betriebsratssitzung gefallen sein; es handele sich um einen Fall wechselseitiger Beleidigungen; der Kläger sei nur in seiner Funktion als Betriebsratsmitglied aktiv geworden; er genieße den besonderen Kündigungsschutz nach § 15 KSchG; es sei - wenn überhaupt - von einem geringen Verschuldensgrad auszugehen; der Betriebsrat habe keinen Antrag nach § 23 BetrVG auf Ausschluss aus dem Gremium gestellt; jahrelang sei das Arbeitsverhältnis beanstandungsfrei verlaufen; er sei kein Rassist, nach dem Vorfall habe der Zeuge M ganz normal mit ihm kommuniziert.

45

Die Kündigung sei jedenfalls unverhältnismäßig. Auch das habe das Arbeitsgericht nicht geprüft. Als Reaktion auf das von der Beklagten behauptete Verhalten seien mehrere mildere Mittel denkbar gewesen: eine Belehrung, eine Verwarnung, ein Verweis, eine sonstige Rüge, eine Abmahnung, eine weitere Abmahnung, eine Umsetzung, eine Versetzung oder eine Abberufung als Betriebsratsmitglied.

46

Die Kündigung stelle jedenfalls eine unzulässige Benachteiligung wegen Betriebsratstätigkeit dar. Ziel der Beklagten sei es offensichtlich, eine bestimmte Personengruppe aus dem Betriebsrat zu entfernen.

47

Weiterhin vertrete er die Auffassung, dass die hier zum Gegenstand der Kündigungsbegründung gemachten Äußerungen Betriebsratsinterna darstellten und daher wegen § 30 BetrVG nicht verwertbar seien. Die Betriebsratsanhörung sei unvollständig gewesen. Die Beklagte habe dem Betriebsrat nämlich nicht mitgeteilt, dass der Kläger vom Zeugen als "Stricher" beleidigt worden sei, bevor er selber "Bunga Bunga" gesagt habe. Die Kündigung sei daher schon gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG unwirksam. Nach wie vor bestreite er einen wirksamen Betriebsrats-Beschluss zur Zustimmung zur Kündigung.

48

Er bleibe aber dabei: Er habe nicht "Ugah Ugah" gesagt sondern "Bunga Bunga". Dieses "Bunga Bunga" sei seine spontane Antwort auf die vom vermeintlichen Diskriminierungsopfer M geäußerte Beleidigung "du Stricher" gewesen. Die Reihenfolge sei also genau anders herum gewesen, wie hier vom Arbeitsgericht angenommen: Zuerst habe der Zeuge M "du Stricher" gesagt und dann habe er mit "Bunga Bunga" geantwortet. Die durch das Arbeitsgericht vorgenommene Beweisaufnahme sei fehlerhaft gewesen. Das Gericht habe sich auf den konkreten Wortwechsel konzentriert und nicht den Gesamtzusammenhang aufgeklärt. Mangels weiterer Befragung zum Gesamtzusammenhang habe das Arbeitsgericht bei keinem Zeugen das Erinnerungsvermögen prüfen können. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts sei in Bezug auf die Beweiswürdigung widersprüchlich, lückenhaft und lebensfremd. Das Gericht habe seiner Beurteilung ein Allerwelts-Profil zu Grunde gelegt. Nach diesem Prüfungsprofil wären auch die Aussagen von Christof Daum und Bill Clinton als "wahr" angenommen worden, obwohl doch die ganze Welt wisse, dass beide gelogen hätten.

49

Die Sachverhalte A und B könnten nach seiner Auffassung mangels gesonderter Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG nicht als Kündigungsgrund verwertet werden.

50

Das Arbeitsgericht habe den vom Gesetzgeber besonders betonten Schutz der Betriebsratstätigkeit nicht berücksichtigt. Würde hier das Arbeitsverhältnis aufgrund der Betriebsratstätigkeit enden, so wäre die Generation nach dem Kläger im Betriebsrat eine Generation von Ja-Sagern.

51

Der Kläger beantragt,

52

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 09.11.2018 - 18 Ca 7824/17 -

53

a. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung vom 21.11.2017 sein Ende gefunden hat;

54

b. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die hilfsweise ordentlich erklärte Kündigung vom 21.11.2017 mit sozialer Auslauffrist zum 30.04.2018 sein Ende gefunden hat, sondern fortbesteht;

55

c. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Konditionen des geschlossenen Arbeitsvertrages als Serviceagent bis hin zum rechtskräftigen Abschluss dieses Rechtsstreits weiter zu beschäftigen;

56

d. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 25.04.2018 zum 30.09.2018, das Arbeitsverhältnis beendet hat.

57

Die Beklagte beantragt,

58

die Berufung zurückzuweisen.

59

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Ihrer Auffassung nach könne sie alle drei Sachverhalte als Begründung für die Kündigung verwerten. Jedenfalls in Kombination mit einem der beiden anderen Sachverhalte reiche die Beleidigung des Zeugen M durch die Affenlaute aus. Die Zeugen C , Ö und A hätten inzwischen ihr gegenüber ihre Zeugenaussagen widerrufen und mitgeteilt, sie seien vor der Beweisaufnahme durch den Kläger und seinen Prozessbevollmächtigten "gelenkt" worden.

60

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

61

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

62

II. Das Rechtsmittel bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen.

63

1. Die Klage ist mit dem Antrag zu 1 unbegründet, denn die fristlose Kündigung der Beklagten vom 21.11.2017 hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit dem Zeitpunkt ihres Zugangs beendet.

64

a. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert nicht am Fehlen einer Zustimmung des Betriebsrats (§ 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG iVm § 103 BetrVG), denn eine solche Zustimmung lag vor (Anlage B1 zum Schriftsatz vom 08.12.2017, Bl. 20 ff d.A.). Das weitere Bestreiten einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung ändert nichts an der bereits vom Arbeitsgericht erläuterten Tatsache, dass Mängel des Anhörungsverfahrens, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrats entstehen,

grundsätzlich nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen und nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen (BAG v. 22.09.2016 - 2 AZR 276/16 -).

65

b. Die Kündigung ist auch nicht deshalb gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG unwirksam, weil es ihr an einem wichtigen Grund fehlen würde. Die fristlose Kündigung ist vielmehr wirksam, denn es liegen Tatsachen vor, auf Grund derer der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Zu den Konkretisierungen dieses Gesetzestextes aus § 626 BGB durch Rechtsprechung und Lehre wird Bezug genommen auf die Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtlichen Urteils und auf die dortigen Nachweise (Seite 6 und 7 des Urteils).

66

Es kann - wie bereits vom Arbeitsgericht erkannt - dahin gestellt bleiben, ob eine Selbstbeurlaubung (Sachverhalt A) oder der dringende Tatverdacht einer Falschaussage (Sachverhalt B) als wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung der Beklagten gegenüber dem Kläger in Betracht kommen. Jedenfalls ist nämlich die fristlose Kündigung durch die Prognose der Beklagten gerechtfertigt, der Kläger werde sich auch in Zukunft weiterhin seinen Kollegen gegenüber beleidigend und insbesondere rassistisch verhalten.

67

(1.) Indem der zuvor einschlägig abgemahnte Kläger dem Zeugen M gegenüber in der Betriebsratssitzung Affenlaute geäußert hat, hat er für eine fristlose Kündigung einen wichtigen Grund "an sich" gesetzt. Der vom Arbeitsgericht nach Beweisaufnahme und Beweiswürdigung angenommene Sachverhalt ist richtig. Der Kläger hat folglich dem Zeugen M gegenüber "Ugah Ugah", also Affenlaute geäußert. Die Äußerung des Zeugen "du Stricher" war eine Reaktion auf diese Affenlaute und geschah somit zeitlich nach dem "Ugah Ugah" des Klägers. Der Kläger hatte zuvor ein Abmahnungsschreiben erhalten, das zutreffend eine vom Kläger vorgenommene Beleidigung eines Kollegen beschrieb.

68

Für eine Wiederholung der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz fehlten konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme begründen und deshalb eine erneute Tatsachenfeststellung hätten gebieten können (§§ 513 Abs. 1 2. Alt, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Fehler im Beweisverfahren oder Fehler in der Beweiswürdigung sind dem Arbeitsgericht nicht unterlaufen. In dieser Hinsicht hat auch der Kläger nichts Verwertbares vorgetragen. Das Arbeitsgericht hat über Stunden hinweg eine außergewöhnlich ausführliche Beweisaufnahme durchgeführt. In den Entscheidungsgründen hat das Arbeitsgericht die Beweise auf sechs Seiten konkret und ausgewogen gewürdigt. Hierzu beschränkt sich die Kritik des Klägers auf die Rüge, dies sei anhand eines "Allerwelts-Profiles" geschehen. Diese Rüge ist keine hinreichend konkrete Tatsache im oben genannten Sinne, die eine Wiederholung der Beweisaufnahme rechtfertigen könnte.

69

Beleidigt ein bereits einschlägig abgemahnter Arbeitnehmer einen dunkelhäutigen Kollegen in Anwesenheit mehrerer anderer Kollegen mit Affenlauten wie "Ugah Ugah", so kann darin ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gesehen werden. Wird die Äußerung "Ugah Ugah" gegenüber einem Menschen dunkler Hautfarbe auf

den vier Kommunikationsebenen nach Schulz von Thun (Schulz von Thun, Friedemann: Miteinander reden 1 - Störungen und Klärungen. Allgemeine Psychologie der Kommunikation; Reinbek 1981) betrachtet, und wird mangels dagegen sprechender Tatsachen davon ausgegangen, dass sowohl der Sender wie auch der Empfänger auf allen Ebenen gleich stark sendet und empfängt, so ergibt sich der folgende Sinngehalt der vom Kläger geäußerten Grunzlaute, wie er vom Erklärungsempfänger verstanden werden konnte und - ausweislich seiner AGG-Beschwerde - verstanden wurde:

70

Auf der Sachebene: "Ich sehe in dir einen Primaten, der sich nahezu kommunikationsunfähig auf dem geistigen Niveau eines zweijährigen Kindes bewegt."

71

Auf der Appellebene: "Hör auf zu reden und tue nicht so, als könntest du denken!"

72

Auf der Selbstoffenbarungsebene: "Die Hautfarbe eines Mitmenschen ist für mich ein grundsätzlicher und bestimmender Faktor menschlicher Fähigkeiten und Eigenschaften, ich lasse mich also von rassistischen Gedanken leiten."

73

Auf der Beziehungsebene: "Ich verachte dich. Die mir gleichen Menschen sind hochwertig, die dir gleichen Menschen sind geringwertig."

74

Diese Auffächerung in die verschiedenen Kommunikationsebenen zeigt, dass es hier nicht um eine schlicht derbe Beleidigung eines Kollegen geht wie "Arschloch", "dumme Sau" oder "Stricher". Durch die Verbindung zu einem nach § 1 AGG verpönten Merkmal wird die schlichte Beleidigung - die lediglich ein Zeichen mangelnder Beherrschung und fehlender Erziehung wäre - zur Selbstoffenbarung eines Diskriminierenden und in diesem speziellen Fall: eines Rassisten. Dabei kann sich der Kläger nicht auf schlichtes Bestreiten zurückziehen und darauf, die Affenlaute seien nicht rassistisch gemeint gewesen, "Affe" sei nichts anderes als "Sau", und auch Oliver Kahn sei mit Bananen beworfen worden. Wie es die Wertung in § 22 AGG zum Ausdruck bringt, ist es nämlich die schlichte Kombination aus dem verpönten Merkmal des Opfers (dunkle Hautfarbe) mit der diskriminierenden Facette der Beleidigung (dunkelfarbenes Dschungeltier), die dem Beleidigenden nach § 138 Abs. 1 und 2 ZPO die Aufgabe zuweist, deutlich zu machen, warum dieses rassistische Begriffspaar in diesem speziellen Falle ausnahmsweise nicht rassistisch gemeint gewesen sein soll. Hierzu findet sich in den Darlegungen des Klägers kein Wort. Im Gegenteil zeigen die Stellungnahmen des Klägers, dass er trotz ausdrücklichen Hinweises auf die rassistische Tendenz - jedenfalls auf das rassistische Verständnis - seines Verhaltens an dieser Tendenz festhält oder zumindest so tut, als würde er sie nicht wahrnehmen oder als würde er sie nicht wahrnehmen wollen. Hierfür symptomatisch ist das vom Kläger benannte Beispiel des vom Fußballpublikum als Affen titulierten Oliver Kahn, der alles andere als dunkelhäutig ist. Er hat damals die Bananen und Affenlaute aus dem Publikum wegen seines Verhaltens im Tor bekommen. Das ist auch nicht schön und ebenfalls als Beleidigung zu betrachten, hat aber nichts mit Diskriminierung und insbesondere nichts mit Rassismus zu tun. In die gleiche Richtung weist die Einlassung des Klägers, es handele sich bei "Ugah Ugah" um ein harmloses Kinderspiel. Tatsächlich hat der Spielehersteller Haba ein Gesellschaftsspiel mit diesem Namen produziert. Ausweislich der Werbung zu diesem Spiel (Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom

24.01.2018, Bl. 63 d.A.) geht es dort um die "Steinzeitjäger Knochenkalle und Mammutmanni", also um geistig beschränkte Wilde. Das macht die Äußerung gegenüber dem dunkelhäutigen Zeugen M nicht besser. Gänzlich uneinsichtig und die rassistische Tendenz seines Verhaltens dem Zeugen M gegenüber verstärkend wirkt die Stellungnahme, die der Kläger nach seiner Anhörung durch die Beklagte abgeben hat, wenn er dort durch seinen Prozessbevollmächtigten schreibt, im Betriebsrat sei der Umgangston "hin und wieder flapsig", das geschehe zur "Auflockerung der Gesprächsatmosphäre" und gehöre zum "gepflegten Umgang". Spätestens mit dieser Stellungnahme hat der Kläger deutlich gemacht, dass es hier nicht um ein Spontanversagen, um eine traurige Entgleisung oder um einen bedauernswerten Ausrutscher geht, sondern um eine Manifestation einer rassistischen Grundeinstellung. Als Alternativverhalten, das möglicherweise eine Negativprognose und damit eine Kündigung hätte verhindern können, wäre in dieser Situation noch eine Entschuldigung in Betracht gekommen: "Es tut mir leid; so bin ich nicht; es soll nie wieder vorkommen". Die Einlassung des Klägers in der Berufungsbegründung hierzu, er brauche keine Reue zu zeigen, denn er habe ja die behauptete Beleidigung bestritten, zeigt ein grundlegendes Missverständnis auf: Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass der Kläger mit seinem Bestreiten entgegen seiner prozessualen Pflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO gelogen hat, dies aber nicht wahrhaben will - so wie damals die vom Kläger selbst zitierten Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens Cristoph Daum und Bill Clinton. Der Kläger hat zum Kollegen mit dunkler Hautfarbe "Ugah Ugah" gesagt und deshalb ist von ihm zur Widerlegung der Annahme einer rassistischen Grundtendenz zumindest eine Bitte um Entschuldigung zu erwarten gewesen. Mit seinem wahrheitswidrigen Bestreiten steht auch der Grad seines Verschuldens fest: Er handelte vorsätzlich.

75

Bei der Stellungnahme des Klägers in der Email seines Prozessbevollmächtigten vom 15.11.2017 handelt es sich nicht um unbeachtliches Nachtatverhalten, sie ist vielmehr Gegenstand des Kündigungsgrundes selbst und Teil der Grundlage für die Prognose der Arbeitgeberin über die weitere Zumutbarkeit einer Beschäftigung des Klägers. Die Wirksamkeit einer Kündigung ist grundsätzlich nach den objektiven Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen. Dieser Zeitpunkt ist im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB sowohl für die Prüfung des Kündigungsgrundes als auch für die Interessenabwägung maßgebend. Umstände, die erst danach entstanden sind, können die bereits erklärte Kündigung nicht rechtfertigen. Sie können allenfalls als Grundlage für eine weitere Kündigung oder einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG dienen (BAG v. 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 -). Die Stellungnahme vom 15.11.2017 ist aber nicht erst nach Zugang der Kündigung (21.11.2017) abgegeben worden, sondern vorher und sie war ausdrücklich Gegenstand der Betriebsratsanhörung, ist also als Teil des Kündigungsgrundes verwertbar.

76

(2.) Aufgrund des so angenommenen wichtigen Grundes "an sich" konnte der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden. Die Prognose, dass sich der Kläger seinen Kollegen gegenüber weiterhin rassistisch-beleidigend äußern wird, ergibt sich aus der Nachhaltigkeit seines Verhaltens: Er war bereits wegen einer Beleidigung eines Kollegen, also wegen einer Pflichtverletzung aus dem gleichen Regelkreis, abgemahnt worden. Er war also gewarnt. Trotz dieser Warnung erlaubte sich der Kläger gegenüber dem Zeugen M die Affenlaute und trotz der Einleitung eines AGG-Verfahrens und trotz einer Aufforderung zur Stellungnahme unter Hinweis auf die Tatsache, dass sein Verhalten als rassistisch

empfunden wird, antwortete er bagatellisierend, es handele sich um einen Teil des "gepflegten Umgangstons" im Betriebsratsgremium. Sein pflichtwidriges Verhalten war beharrlich, seine Selbstwahrnehmung uneinsichtig. Nichts sprach dafür, dass er bereit war, sein Verhalten zu ändern oder an der rassistischen Grundtendenz seiner Kommunikation zu arbeiten.

77

Die Interessen der Beklagten an der sofortigen Entfernung des Klägers aus dem Betrieb überwiegen die Interessen des Klägers an seinem Verbleib. Die Beklagte führt ein international aufgestelltes Unternehmen. Schon aus wirtschaftlichem Gesichtspunkt hat sie ein vitales Interesse, sich als weltoffen und tolerant darzustellen. Rassistische Kommunikation ist vor diesem Hintergrund in hohem Maße geschäftsschädigend. Abgesehen von diesem wirtschaftlichen Interesse ist die Beklagte nicht nur aus § 241 Abs. 2 BGB, aus § 1, 7 AGG, aus § 75 Abs. 1 BetrVG und vielen anderen Vorschriften verpflichtet, Rassismus in ihrem Unternehmen zu unterbinden, es gehört vielmehr auch zu ihrem schlicht menschlichen Interesse, ihre Mitarbeiter vor diskriminierenden Angriffen zu schützen. Es sind deshalb aus ihrem Blickwinkel keine Gründe ersichtlich, wieso sie der Empfehlung der im Gemeinschaftsbetrieb gebildeten Beschwerdestelle, den Kläger aus dem Unternehmen auszuschließen, nicht folgen sollte.

78

Die Interessen des Klägers an einer weiteren Beschäftigung im Unternehmen der Beklagten - wenigstens bis zum Ablauf einer fiktiven Kündigungsfrist oder sozialen Auslaufrist - überwiegen das Trennungsinteresse der Arbeitgeberin nicht. Der Kläger ist zwar mit 13 Jahren Betriebszugehörigkeit schon recht lange beschäftigt, er ist aber mit Blick auf seine weiteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt noch relativ jung. Unterhaltspflichten hat er nicht. Die von ihm angesprochenen Punkte sind allesamt nicht geeignet, das überwiegende Trennungsinteresse der Beklagten in Frage zu stellen:

79

aa. Die Tatsache, dass es sich bei der verletzten Pflicht um eine vertragliche Nebenpflicht handelt, also eine Pflicht, die nicht in dem Gegenseitigkeitsverhältnis steht, das in § 611a BGB geregelt ist, macht die Pflichtverletzung entgegen der Auffassung des Klägers nicht weniger gravierend. Gemäß § 241 Abs. 2 BGB ist der Arbeitnehmer aus dem Schuldverhältnis, das er mit dem Arbeitgeber eingegangen ist, verpflichtet, auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Zu dieser Rücksichtnahmepflicht gehört es auch, die Rechte der Kolleginnen und Kollegen zu achten und insbesondere diskriminierendes Verhalten zu unterlassen.

80

bb. Dass der Kläger ein Betriebsratsmandat hat, lässt sein Verhalten nicht in einem für ihn günstigeren Licht erscheinen. Im Gegenteil ist der Kläger als Mitglied des Gremiums gemäß § 104 BetrVG und § 75 BetrVG besonders verpflichtet, jeglicher Diskriminierung von Beschäftigten entgegen zu wirken.

81

cc. Die Tatsache, dass die Äußerung in einer Betriebsratssitzung erfolgt ist, ändert nichts. Die Betriebsratssitzungen sind nach § 30 Satz 4 BetrVG zwar nicht öffentlich. Daraus folgt aber weder, dass die Betriebsratssitzung ein rechtsfreier Raum wäre, noch folgt daraus, dass Berichte von Betriebsratsmitgliedern über den Verlauf der Sitzung einer gerichtlichen Verwertung entzogen wären, oder als Kündigungsgründe ausgeschlossen wären.

82

dd. Dass der Zeuge M als Reaktion auf die rassistische Beleidigung durch den Kläger seinerseits mit einer Beleidigung reagiert hat, indem er den Kläger als "Stricher" beschimpfte, stellt gleichfalls eine Vertragspflichtverletzung dar, rechtfertigt aber nicht die vorher erfolgte Pflichtverletzung des Klägers.

83

ee. Der Kläger hat den Zeugen M zwar im Rahmen einer Betriebsratssitzung rassistisch beleidigt. Entgegen der von ihm geäußerten Auffassung war er damit aber nicht "in seiner Funktion als Betriebsratsmitglied" aktiv. Er war jedenfalls nicht mit einer Betriebsratstätigkeit befasst die gesetzlich besonders geschützt wäre z.B. durch § 15 KSchG. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, dass es hier nicht um die Beleidigung eines Vorgesetzten oder der Arbeitgeberin geht, sondern um eine rassistische Beleidigung eines Kollegen.

84

ff. Die Regelung in § 23 Abs. 1 BetrVG ermöglicht zwar, ein Betriebsratsmitglied aus dem Gremium zu entfernen. Diese Möglichkeit lässt die Pflichtverletzung des Klägers aber nicht in einem milderen Licht erscheinen.

85

gg. Entgegen der Auffassung des Klägers ist das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Arbeitgeberin nicht "jahrelang beanstandungsfrei verlaufen". Das Gegenteil ist der Fall. Der Kläger hatte zuvor eine Abmahnung erhalten.

86

hh. Der Kläger mag nunmehr geltend machen, er sei weder ein Rassist noch ein Radikaler. Das ändert nichts an der Tatsache, dass sich das Verhalten des Klägers als rassistische Beleidigung eines Kollegen darstellt.

87

ii. Der Kläger hatte zu seiner Entlastung vorgetragen, der Zeuge M habe nach dem Vorfall "normal" mit ihm kommuniziert. Das mag ein Zeichen dafür sein, dass der Zeuge M trotz allem in der Lage ist, seine Emotionen in der Kommunikation zu beherrschen, kann aber nicht zu Gunsten des Klägers Berücksichtigung finden.

88

(3.) Der Ausspruch der fristlosen Kündigung, und damit der Griff der Beklagten zum "letzten Mittel des Arbeitsrechts", ist auch im Übrigen nicht unverhältnismäßig. Mildere Mittel sind nicht ersichtlich. Wegen des gravierenden Gewichts der Vertragspflichtverletzung, wegen ihrer Beharrlichkeit und wegen der Uneinsichtigkeit des Klägers kommt als Mittel nur die fristlose Kündigung in Betracht, um die Gefährdung der Belegschaft durch das Verhalten des Klägers zu beenden. Das gilt für alle vom Kläger angesprochenen milderen Mittel: Belehrung, Verwarnung, Verweis, Sonstige Rügen, Abmahnung, weitere Abmahnung, Umsetzung, Versetzung, Abberufung als Betriebsrat. Insbesondere der letzte Punkt ist kein in Betracht kommendes milderes Mittel, denn das Mittel ist nicht geeignet, die notwendige Beendigung der Gefahr diskriminierender Angriffe auf die Mitarbeiter zu gewährleisten. Es ist kein Grund erkennbar, warum sich die Gefährdung durch das Verhalten des Klägers auf Betriebsratsmitglieder und nur während Betriebsratssitzungen beschränken sollte.

89

Anhaltspunkte zur Stützung der vom Kläger geäußerten Vermutung, es handele sich bei der streitgegenständlichen Kündigung um eine Benachteiligung

90

wegen seiner Funktion als Betriebsratsmitglied, also um eine Verletzung des § 78 Satz 2 BetrVG, sind nicht ersichtlich. Der einzige Anknüpfungspunkt ist die Tatsache, dass die rassistische Beleidigung im Rahmen einer Betriebsratssitzung fiel. Die Äußerung des Klägers ist keine Äußerung gegenüber einem Vorgesetzten, gegenüber der Personalabteilung oder gegenüber anderen Repräsentanten der Beklagten gewesen. Die Äußerung hatte nichts mit der Wahrnehmung eines Mitbestimmungsrechts zu tun, und nichts mit der Erledigung von Aufgaben gegenüber der Arbeitgeberin nach § 80 BetrVG, auf dessen Absatz 1 Nr. 7 noch besonders hinzuweisen wäre. Der Kläger hat zwar vorgetragen, dass Beleidigungen ("Arschloch") im Betrieb der Beklagten an der Tagesordnung seien, er hat aber nicht vorgetragen, welche konkreten rassistischen Beleidigungen die Beklagte beim wem hat durchgehen lassen, in welcher Hinsicht sie also mit Blick auf rassistische Ausfälle mit zweierlei Maß gemessen hätte. Die bloße Tatsache, dass er Betriebsratsmitglied ist, macht die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht zur Betriebsratsbenachteiligung. Soweit der Kläger andeutet, mit den diversen zurzeit anhängigen Zustimmungersetzungsverfahren beabsichtige die Beklagte eine ihr nicht genehme Gruppe aus dem Betriebsratsgremium zu entfernen, lässt seine Darlegung jede Substanz vermissen. So blieb bis zuletzt offen, um welche Gruppe es sich handeln soll und wodurch sich diese Gruppe von dem restlichen Gremium unterscheiden könnte. Wenn der Kläger meint vortragen zu müssen, er werde hier für seine Betriebsratstätigkeit bestraft, dann muss er auch die konkrete Betriebsratstätigkeit benennen, für die sich die Beklagte nach seiner Auffassung "rächen" möchte. Dass die rassistische Beleidigung eines Kollegen eine solche geschützte Betriebsratstätigkeit nicht sein kann, wurde dargestellt.

91

c. Die Kündigung ist schließlich auch nicht nach § 102 BetrVG unwirksam, denn die Anhörung des Betriebsrats war ausführlich und fehlerfrei. Dass sich im Anhörungsschreiben die Reaktion des Zeugen M ("du Stricher") auf den rassistischen Angriff des Klägers nicht findet, ist aus zwei Gründen unerheblich. Erstens kann ein rassistischer Angriff nicht durch eine nachfolgende Beleidigung gerechtfertigt werden und zweitens kannte das Gremium den Vortrag des Klägers, weil die Beklagte dem Betriebsrat die Dokumentation der AGG-Beschwerde in der Anlage zur Anhörung übersandt hatte.

92

2. Die Klage ist auch mit den Anträgen zu 2, 3, 4 und 5 unbegründet. Da das Arbeitsverhältnis wie gezeigt bereits durch die fristlose Kündigung vom 21.11.2017 sein Ende gefunden hat, konnte ein Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der sozialen Auslaufzeit nicht mehr festgestellt werden. Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung kommt aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht. Ebenso wenig kann der Bestand eines Arbeitsverhältnisses festgestellt werden, dass durch die Kündigung vom 25.04.2018 betroffen gewesen wäre, denn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war das Arbeitsverhältnis bereits beendet.

93

III. Nach allem bleibt es somit bei der klageabweisenden erstinstanzlichen Entscheidung. Als unterliegende Partei hat der Kläger gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung zu tragen. Gründe für eine Revisionszulassung sind nicht gegeben, da die Entscheidung auf den Umständen des vorliegenden Einzelfalls beruht.