

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: BetrVG 1972 § 103, § 102; KSchG 1969 § 15
BGB § 626 Ausschlußfrist

Leitsätze:

1. Die außerordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied oder einer anderen der in § 103 Abs. 1 BetrVG genannten besonders geschützten Personen, die vor Erteilung oder Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ausgesprochen wird, ist unheilbar nichtig; die Kündigung kann weder durch die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats noch durch deren spätere Ersetzung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren wirksam werden (Bestätigung von BAG AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972; auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).
2. Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gilt im Regelungsbereich des § 103 BetrVG mit der Maßgabe, daß der Arbeitgeber jedenfalls innerhalb von zwei Wochen, nachdem der Betriebsrat die Zustimmung verweigert hat, das Beschlußverfahren auf Ersetzung der Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG einleiten muß. Unentschieden bleibt, ob die Ausschlußfrist durch das Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 1 BetrVG überhaupt verlängert wird und ob nicht vielmehr dieses Verfahren auf die Ausschlußfrist keinen Einfluß hat mit der Folge, daß der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht innerhalb der Ausschlußfrist gestellt werden müßte.

Aktenzeichen: 2 ABR 111/74

Beschluß des BAG vom 20. März 1975

LAG Düsseldorf



2 ABR 111/74
11 Ta BV 15/74 Düsseldorf

Verkündet am
20. März 1975

Im Namen des Volkes!

gez. Kistner,
Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Beschluß

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 1975 durch den Vorsitzende Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Dr. Feller sowie die ehrenamtlichen Richter Kerrmann und Hammel beschlossen:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Auf die Rechtsbeschwerden des Antragsgegners und des Beteiligten W wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. April 1974 - 11 Ta BV 15/74 - aufgehoben.

Auf die Beschwerden des Antragsgegners und des Beteiligten W wird der Beschluß des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 29. Januar 1974 - 3 BV 96/73 - aufgehoben.

Der Antrag, die Zustimmung des Antragsgegners zu der Kündigung des Beteiligten W zu ersetzen, wird zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

I. Die antragstellende Arbeitgeberin hat dem für ihren Betrieb gewählten Betriebsrat, dem Antragsgegner, am 7. Dezember 1973 mitgeteilt, daß sie beabsichtige, dem Beteiligten W fristlos zu kündigen. Der Beteiligte war damals Mitglied des Betriebsrats. Ohne dessen Stellungnahme abzuwarten, hat die Antragstellerin dem Beteiligten noch am 7. Dezember 1973 fristlos gekündigt und die zunächst mündlich ausgesprochene Entlassung mit Schreiben vom 7. Dezember 1973 bestätigt. Der Antragsgegner hat am 8. Dezember 1973 die Zustimmung zu der fristlosen Entlassung des Beteiligten verweigert.

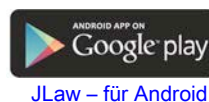
Nachdem der Beteiligte Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 7. Dezember 1973 erhoben hatte, hat die Antragstellerin am 28. Dezember 1973 das vorliegende Beschlußverfahren eingeleitet mit dem Antrag,

die am 7. Dezember 1973 mündlich und schriftlich ausgesprochene fristlose Kündigung des Beteiligten zu genehmigen bzw. die verweigerte Zustimmung des Betriebsrates zu dieser fristlosen Kündigung gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen.

Sie hat geltend gemacht, der Beteiligte habe am 6. Dezember 1973 seine Pflichten schwer verletzt, indem er trotz Abmahnung ein in ihrem Betrieb bestehendes Alkoholverbot mißachtet habe. Der Antragsgegner und der Beteiligte sind dem Begehren der Antragstellerin entgegengetreten. Sie haben



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

insbesondere die Auffassung vertreten, die Ersetzung der Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung sei nach § 103 Abs. 2 BetrVG nicht zulässig.

Das Arbeitsgericht hat die Zustimmung des Antragsgegners zu der am 7. Dezember 1973 gegenüber dem Beteiligten ausgesprochenen Kündigung ersetzt. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen von dem Antragsgegner und dem Beteiligten eingelegten Beschwerden zurückgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung zu der am 7. Dezember 1973 ausgesprochenen Kündigung sei unbegründet, weil zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung die Zustimmung nicht nachträglich ersetzt werden könne. In dem Antrag liege jedoch zugleich der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Antragsgegners zu einer erneut zu erklärenden außerordentlichen Kündigung. Dieser Antrag sei begründet, weil der Beteiligte am 6. Dezember 1973 beharrlich die Arbeit verweigert und dadurch der Antragstellerin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht habe.

Der Antragsgegner und der Beteiligte begehren mit ihren Rechtsbeschwerden die Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin, während die Antragstellerin beantragt, die Rechtsbeschwerden zurückzuweisen.

II. Die Rechtsbeschwerden sind begründet. Sie führen zur Aufhebung der vorinstanzlichen Beschlüsse und zur Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin, die Zustimmung des Antragsgegners zu der Kündigung des Beteiligten zu ersetzen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, daß der erst am 28. Dezember 1973 gestellte Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Antragsgegners zu der bereits am 7. Dezember 1973 ausgesprochenen fristlosen Kündigung des Beteiligten unbegründet ist.

a) Wie der Senat in seinem Beschluß vom 22. August 1974 - 2 ABR 17/74 - (demnächst AP Nr.1 zu § 103 BetrVG 1972 = AR-Blattei "Betriebsverfassung IX" Entsch. 20 mit zustimmender Anmerkung von Herschel - auch zum Abdruck in der Amtlichen



- 4 -

Sammlung des Gerichts bestimmt) in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ausgeführt hat, ist die in § 103 Abs. 1 BetrVG vorgeschriebene Zustimmung des Betriebsrates oder die gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG durch das Gericht ersetzte Zustimmung Wirksamkeitsvoraussetzung für die außerordentliche Kündigung gegenüber den in § 103 Abs. 1 BetrVG genannten besonders geschützten Personen. Die (vom Betriebsrat erteilte oder durch das Gericht ersetzte) Zustimmung muß vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vorliegen. Fehlt die Zustimmung, dann ist die Kündigung unheilbar nichtig. Ein Antrag auf Ersetzung der Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung ist demgemäß von vornherein unbegründet.

b) Der Senat hat diese Auslegung vor allem mit dem Zweck des § 103 BetrVG begründet, der im Interesse der besonders geschützten Personen verhindern soll, daß sie durch eine unberechtigte oder gar willkürliche Kündigung fristlos aus dem Betrieb entfernt werden können, solange noch nicht das Erfordernis der Zustimmung erfüllt ist. Gegen diese Begründung hat Richardi (RdA 1975, 73 [78] - insbesondere Fußnote 34 -) eingewandt, der Senat habe ebenso wie die herrschende Lehre nicht beachtet, daß die nachträgliche Zustimmung keine Rückwirkung habe und deswegen die bereits vorher ausgesprochene Kündigung erst dann wirksam werde, sobald der die Zustimmung des Betriebsrats ersetzende Beschluß des Gerichts rechtskräftig geworden sei.

Dieser Einwand gibt dem Senat keine Veranlassung, seine Auffassung aufzugeben. Er bleibt vielmehr dabei, daß eine vor Erteilung oder Ersetzung der Zustimmung ausgesprochene Kündigung in keinem Falle durch die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats oder durch deren spätere Ersetzung wirksam wird. Die Gefahr, daß die besonders geschützten Personen durch eine unberechtigte oder gar willkürliche Kündigung an der weiteren Tätigkeit im Betrieb gehindert werden, besteht auch dann, wenn mit Richardi (aaO) angenommen wird, die nachträgliche Zustimmung oder deren Ersetzung habe entgegen der gesetzlichen Regel des § 184 Abs. 1 BGB keine Rückwirkung. Wenn eine vor Erteilung oder Ersetzung der Zustimmung ausgesprochene außerordent-

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

liche Kündigung nur schwebend unwirksam und deshalb nicht ohne weiteres unzulässig wäre, könnte das den Arbeitgeber veranlassen, bereits während des Schwebezustandes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit den besonders geschützten Arbeitnehmern abzulehnen. Sie wären dann gezwungen, ihren Anspruch auf Beschäftigung gerichtlich durchzusetzen, was mindestens vorübergehend zu ihrem tatsächlichen Ausscheiden aus dem Betrieb führen würde. Der besondere Kündigungsschutz des § 103 BetrVG in Verbindung mit § 15 KSchG ist aber gerade nur dann voll gewährleistet, wenn der Arbeitgeber vor der Zustimmung durch den Betriebsrat oder deren gerichtlicher Ersetzung eine Kündigung auch nicht in der Erwartung aussprechen kann, daß sie nachträglich wirksam werde.

c) Hiervon zu unterscheiden ist die ganz andere Frage, ob das Schutzbedürfnis der in § 103 Abs. 1 BetrVG und § 15 KSchG genannten Arbeitnehmer darüber hinaus auch erfordert, daß der Arbeitgeber die Kündigung erst aussprechen darf, wenn die Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung rechtskräftig ist, oder ob er bereits vor Eintritt der Rechtskraft kündigen kann, sobald nur ein Gericht für Arbeitssachen die Zustimmung ersetzt hat. In diesem Zusammenhang könnte die Erwägung weiterhelfen, die nach Erlaß einer die Zustimmung ersetzenden, aber noch nicht rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung ausgesprochene Kündigung als schwebend unwirksam anzusehen. Der Klärung dieser Frage bedarf es im vorliegenden Verfahren jedoch nicht (vgl. zum Meinungsstand Fitting-Auffarth-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl., § 103 Anm. 15; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl., § 15 Anm. 57; Richardi, RdA 1975, 73 [78]).

2. Der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung zu der am 7. Dezember 1973 ausgesprochenen Kündigung ist darüber hinaus auch deshalb unbegründet, weil die Antragstellerin erst nach Ablauf der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB das Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG eingeleitet hat.

a) Nach dem angeführten Beschluß des Senates vom 22. August

- 6 -



- 6 -

1974 gilt die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG. Diese Frist beginnt nicht erst mit der Zustimmung des Betriebsrates oder deren gerichtlicher Ersetzung, sondern bereits mit der Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Daraus folgt, daß der Arbeitgeber innerhalb dieser Frist alles unternehmen muß, um die Voraussetzungen für die Ausübung seines Kündigungsrechtes zu schaffen. Dazu gehört zunächst, daß er innerhalb der Ausschußfrist dessen Zustimmung beim Betriebsrat beantragt.

b) Der Senat hat bislang nicht entschieden, ob der Arbeitgeber für den Fall, daß der Betriebsrat seine Zustimmung verweigert, auch noch innerhalb der zweiwöchigen Ausschußfrist das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung einleiten oder wie sonst die Ausschußfrist im Rahmen des § 103 BetrVG 1972 gehandhabt werden muß. Das braucht auch im Streitfall nicht abschließend geklärt zu werden, weil die Antragstellerin die Anrufung des Arbeitsgerichts in diesem Verfahren über Gebühr verzögert hat.

Es wäre nämlich mit dem Zweck der Ausschußfrist nicht zu vereinbaren, wenn der Arbeitgeber nach der Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat beliebig lange warten könnte, bevor er die Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht beantragt. Auch das muß vielmehr ebenso wie bei Ermittlungen, die der Arbeitgeber zur Aufklärung des Kündigungssachverhaltes anstellt, mit der gebotenen Eile geschehen (vgl. dazu BAG AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 3 der Gründe]; das Urteil ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Demgemäß kann nur fraglich sein, ob der Ablauf der Ausschußfrist für die Dauer der Behandlung des Falles beim Betriebsrat nach § 103 Abs. 1 BetrVG gehemmt oder unterbrochen oder ob hierdurch die Ausschußfrist nicht verlängert wird (vgl. zum Meinungsstand Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., § 103 Anm. 17; Hueck, aaO, § 15 Anm. 57; Lepke, BB 1973, 894 [898]; Weisemann, DB 1974, 2476 [2478]).

Es spricht einiges dafür, daß die Behandlung des Falles beim Betriebsrat, also das eigentliche Zustimmungsverfahren,

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

auf die Ausschlußfrist keinen Einfluß hat, das Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG mithin innerhalb von zwei Wochen seit Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen eingeleitet werden muß. Bei der nach § 102 Abs. 1 BetrVG vorgeschriebenen Anhörung des Betriebsrates vor einer außerordentlichen Kündigung nicht besonders geschützter Arbeitnehmer wird die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB durch die Anhörungsfrist von drei Tagen nach herrschender Ansicht nicht verlängert (vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 102 Anm. 8 b mit Nachweisen). Es ist deshalb zu erwägen, ob dieser für das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG geltende Grundsatz auch auf das Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 1 BetrVG mit der Maßgabe zu übertragen ist, daß der Betriebsrat nach Anrufung durch den Arbeitgeber unverzüglich zusammentreten muß, um darüber zu entscheiden, ob er der Kündigung zustimmen will, und daß die Zustimmung als verweigert anzusehen ist, wenn sich der Betriebsrat nicht innerhalb von drei Tagen äußert (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 9; Hueck, aaO, § 15 Anm. 49; beide mit Nachweisen).

c) Im Streitfall kann es der Senat offenlassen, welcher der verschiedenen Auffassungen zu folgen ist. Auch bei der für die Antragstellerin günstigsten Auslegung, daß die Ausschlußfrist am 8. Dezember 1973, als der Antragsgegner seine Zustimmung verweigerte, neu zu laufen begonnen hat, war nämlich die Frist jedenfalls verstrichen, als die Antragstellerin am 28. Dezember 1973 das vorliegende Beschlußverfahren einleitete.

3. Da die Antragstellerin die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt hat, kann sie sich nicht mehr darauf berufen, daß ihr wegen der angeblichen Pflichtverletzungen des Beteiligten vom 6. Dezember 1973 die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden sei (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 [zu 1 der Gründe] und AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlußfrist [zu II 2 a der Gründe]; beide auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Wegen dieser Verfristung der Kündigungsgründe kann deshalb auch nicht die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung ersetzt werden. Es kommt somit nicht mehr darauf an, ob die Annahme des Landesarbeitsgerichts zutrifft, der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung



gez. Dr. Gröninger Hillebrecht Dr. Feller
Kerrmann Hammel



ANDROID APP ON
Google play

JLaw – für Android

