

Aktenzeichen: 2 ABR 27/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Beschluß vom 7. Mai 1986
- 2 ABR 27/85 -

I. Arbeitsgericht
Koblenz

Beschluß vom 11. Juli 1984
- 2 BV 11/84 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Beschluß vom 12. März 1985
- 2 TaBV 29/84 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Unwirksamer Ersetzungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG

Gesetz: BetrVG 1972 § 103; BGB § 626 Ausschußfrist

Leitsätze:

1. Der Zustimmungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG ist unheilbar unwirksam, wenn er unter der Bedingung gestellt wird, daß der Betriebsrat die Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung verweigert.
2. Auch ein vor der Entscheidung des Betriebsrats gestellter unbedingter (vorsorglicher) Ersetzungsantrag ist unzulässig und wird nicht mit der Zustimmungsverweigerung zulässig. Durch einen solchen Antrag wird deshalb die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt, die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972) mit der Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beginnt und innerhalb deren der Arbeitgeber auch den Ersetzungsantrag beim Arbeitsgericht stellen muß.



2 ABR 27/85

9 (7) Ta BV 29/84 Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. Mai 1986

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Beschluß

In Sachen

pp.



hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 7. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Brenne für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 12. März 1985 - 9 (7) TaBV 29/84 - wird zurückgewiesen.

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

G r ü n d e :

A. Die Antragstellerin, ein Verlagsunternehmen, bat mit Schreiben vom 24. Mai 1984 den in ihrem Betrieb bestehenden Betriebsrat, den Antragsgegner, der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung gegenüber seinem Mitglied Wilfried M. , dem Beteiligten, zuzustimmen und hierüber noch am selben Tag zu entscheiden. Zur Begründung trug sie vor, der Beteiligte habe am Abend des 10. Mai 1984 im technischen Betrieb laut und vernehmlich ihrem Geschäftsführer T zugerufen:

"Ich werde Ihnen eine in die Fresse schlagen.
Ich habe Ihnen ja schon einmal Prügel angedroht."

Der Antragsgegner trat noch am 24. Mai 1984 zusammen, vertagte sich jedoch auf den folgenden Tag. Mit Schreiben vom



24. Mai 1984 teilte er dies der Antragstellerin mit. Zur Begründung brachte er vor, wegen der kurzen Frist habe er keine ausreichende Gelegenheit gehabt, die näheren Umstände des Falles zu erfahren und in angemessener Zeit zu beraten. Auch sei es unmöglich gewesen, einen in dieser für ihn wichtigen Angelegenheit unbedingt erforderlichen Rechtsrat einzuholen.

In der Sitzung vom 25. Mai 1984 verweigerte der Antragsgegner die erbetene Zustimmung. Mit Schreiben vom selben Tag begründete er diese Entscheidung der Antragstellerin gegenüber damit, er sehe aufgrund glaubwürdiger Auskünfte für erwiesen an, daß der Beteiligte die ihm zur Last gelegten Äußerungen nicht getan habe.

Mit einem bereits am 24. Mai 1984 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag hatte die Antragstellerin beantragt, die Zustimmung des Antragsgegners zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen ihr und dem Beteiligten zu ersetzen. Nach einer kurzen Schilderung des Sachverhalts wurde anschließend ausgeführt, der Geschäftsführer T habe wegen des plötzlichen Todes seiner Mutter nicht sofort die erforderlichen Maßnahmen treffen können. Sie habe heute (24. Mai 1984) bei dem Antragsgegner die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung beantragt. Der Ersetzungsantrag werde nur vorsorglich für den Fall der Verweigerung der Zustimmung gestellt.

Das Arbeitsgericht beraumte am 25. Mai 1984 Termin zur mündlichen Anhörung auf den 11. Juli 1984 an. Auf eine entspre-



chende Anfrage des Gerichts vom 5. Juni 1984 teilte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14. Juni 1984 (beim Arbeitgericht eingegangen am 18. Juni 1984) mit, daß der Antragsgegner einer Kündigung widersprochen habe und das Verfahren durchgeführt werden müsse.

Im Anhörungstermin hat die Antragstellerin den in dem Schriftsatz vom 24. Mai 1984 formulierten Antrag gestellt.

Der Antragsgegner hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Er hat vorgetragen, hierfür bestehe kein Rechtsschutzinteresse; zudem liege kein Fall des § 103 Abs. 2 BetrVG vor. Denn bei Antragstellung sei noch nicht über den Zustimmungsantrag entschieden und im Zeitpunkt seiner Entscheidung sei bereits die zweiwöchige Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB verstrichen gewesen, innerhalb derer auch der Ersetzungsantrag gestellt werden müsse. Die Antragstellerin habe am 10. Mai 1984 von dem - angeblichen - Vorfall Kenntnis erlangt. Nur wenn die Zustimmung noch am 24. Mai 1984 verweigert worden wäre, hätte der Ersetzungsantrag noch fristgerecht gestellt werden können, da er erst nach Verweigerung der Zustimmung zulässig sei. Diese Antragsvoraussetzung könne nicht dadurch umgangen werden, daß vor der Beschlußfassung des Betriebsrats ein vorsorglicher Ersetzungsantrag gestellt werde. Der Antrag sei aber auch unbegründet, weil der Beteiligte die ihm zur Last gelegte Äußerung nicht getan habe.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag wegen Versäumung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB als unbegründet abgewiesen.



In der Beschwerdeinstanz hat die Antragstellerin vorgetragen, der Ersetzungsantrag sei fristgerecht gestellt worden. Über die Äußerung des Beteiligten habe der Gruppenleiter ihres Werk sicherheitsdienstes ihren weiteren Geschäftsführer Dr. Th und den Personalleiter am 16. Mai 1984 unterrichtet. An diesem Tag sei der Geschäftsführer T wegen des Todes seiner Mutter abwesend gewesen. Er habe erst am 21. Mai 1984 seine Tätigkeit wieder aufgenommen und sei noch am selben Tag von dem Geschäftsführer Dr. Th über den Vorfall befragt worden. Dabei habe sich herausgestellt, daß er damals nur das Wort "Fresse" gehört habe. Er habe jedoch nicht feststellen können, wer die Äußerung getan und ob sie ihm gegolten habe. Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB habe somit erst am 21. Mai 1984 begonnen, da sie berechtigt gewesen sei, den ihr am 16. Mai 1984 zur Kenntnis gebrachten Sachverhalt weiter aufzuklären. Der Antrag sei in jedem Falle am 25. Mai 1984 mit der Zustimmungsverweigerung des Antragsgegners zulässig geworden.

Zudem sei die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der auch der Ersetzungsantrag innerhalb der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gestellt werden müsse, mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar, da hierdurch die dem Arbeitgeber eingeräumte zweiwöchige Überlegungsfrist unangemessen verkürzt werde. Selbst nach dieser Rechtsprechung sei der Antrag jedoch rechtzeitig gestellt worden. Der Betriebsrat sei verpflichtet, über den Zustimmungsantrag unverzüglich zu entscheiden. Der Antragsgegner hätte deshalb am 24. Mai 1984 abschließend entscheiden müssen, da er an diesem Tag über alle wesentlichen Kündigungs-



tatsachen unterrichtet gewesen sei und auch noch den Beteiligten angehört habe. Ein Grund zur Vertagung habe nicht bestanden.

Auf einen entsprechenden Hinweis des Landesarbeitsgerichts hat die Antragstellerin im Anhörungstermin geltend gemacht, der Ersetzungsantrag sei nicht von der Zustimmungsverweigerung abhängig gemacht, sondern vorsorglich und damit unbedingt gestellt worden.

Der Antragsgegner und der Beteiligte haben die Ansicht vertreten, der Ersetzungsantrag sei ausdrücklich nur für den Fall der Verweigerung der Zustimmung und damit unter einer unzulässigen Bedingung gestellt worden.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

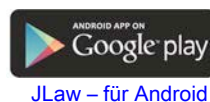
Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Ersetzungsantrag weiter. Der Antragsgegner und der Beteiligte beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

I. Das Beschwerdegericht hat angenommen, der Ersetzungsantrag sei aus zwei Gründen unzulässig. Zum einen sei er unter einer Bedingung, nämlich nur für den Fall der Zustimmungsverweigerung, gestellt worden und schon deshalb unheilbar unwirksam. Zum anderen sei die Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat Verfahrensvoraussetzung für den Ersetzungsantrag, der deshalb



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



nicht, wie hier geschehen, vor der Entscheidung des Betriebsrats gestellt werden könne. Dieser Mangel der Antragstellung werde auch nicht mit der später getroffenen Entscheidung des Betriebsrats geheilt. Vielmehr müsse ein neuer Antrag gestellt werden, der vorliegend erstmals in der am 18. Juni 1984 bei Gericht eingegangenen Mitteilung der Antragstellerin, der Antragsgegner habe die Zustimmung verweigert und das Verfahren müsse durchgeführt werden, in Verbindung mit der ursprünglichen Antragsschrift zu sehen sei. Zu diesem Zeitpunkt habe auch erstmals ein unbedingter Antrag vorgelegen. Jedoch wäre in diesem Fall die zweiwöchige Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB selbst dann verstrichen gewesen, wenn man der Ansicht folgte, sie beginne erst mit der ablehnenden Entscheidung des Betriebsrats, vorliegend somit am 25. Mai 1984, und ende demgemäß am 8. Juni 1984.

II. Diese Würdigung ist jedenfalls hinsichtlich der Hilfsbegründung zutreffend.

1. Es bestehen Bedenken, ob der Hauptbegründung des Beschwerdegerichts zu folgen ist, die Antragstellerin habe einen bedingten und bereits aus diesem Grund unzulässigen Antrag gestellt.

a) Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, daß ein bedingter Ersetzungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG unwirksam ist und dieser Mangel auch nicht nachträglich geheilt werden kann.

Der Ersetzungsantrag ist eine Prozeßhandlung, die ein Beschlußverfahren nach §§ 80 ff. ArbGG einleitet, in dem über die



Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Betriebsverfassungsorgans zu entscheiden ist. Prozeßhandlungen, die ein Verfahren in Gang setzen oder einen Rechtszug eröffnen oder beenden sollen, dürfen nicht von außerprozessualen Bedingungen abhängig gemacht werden. Sie müssen zur Wahrung der Rechtssicherheit unbedingt sein; sonst sind sie unzulässig (allgemeine Meinung; vgl. BVerfGE 40, 272 - für Rechtsmittel; BAG Urteil vom 28. März 1960 - 2 AZR 269/59 - AP Nr. 5 zu § 518 ZPO sowie BGH VersR 1974, 194 - für die Berufung; BAG Beschluß vom 13. August 1985 - 4 AZN 212/85 - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt - für die Nichtzulassungsbeschwerde; RGZ 144, 72 - für Klageerhebung; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 44. Aufl., Grundz. § 128 Anm. 5 D; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., vor § 128 Rz 208; Thomas/Putzo, ZPO, 13. Aufl., Einl. Anm. III 2 i). Es ist weder dem Gegner noch dem Gericht zuzumuten, sich auf ein Verfahren einzulassen, bei dem die Möglichkeit besteht, daß es sich wieder in ein "rechtliches Nichts" auflöst. Deshalb darf die Frage, ob und mit wem und worüber ein Verfahren stattfinden soll, nicht durch Bedingungen offengelassen werden. Bedingungsfeindlich ist deshalb u. a. auch die Erhebung der Klage und die Einlegung von Rechtsmitteln (Stein/Jonas/Leipold, aaO).

Zu Unrecht meint die Rechtsbeschwerde, im vorliegenden Fall könne der Ersetzungsantrag unter der Bedingung der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellt werden, weil es sich um eine Potestativbedingung handele, deren Eintritt vom Willen des



Antragsgegners abhängen. Hier wird übersehen, daß die Unzulässigkeit bedingter Prozeßhandlungen, die ein Verfahren oder eine Instanz einleiten, nicht nur mit dem Interesse des Prozeßgegners, sondern auch mit dem Interesse des Gerichts daran begründet wird, Gewißheit darüber zu erlangen, ob das Verfahren stattfinden soll (vgl. Stein/Jonas/Leipold, aaO, vor § 128 Rz 208; vgl. auch Rz 207, wo einleitend bemerkt wird, im Ergebnis seien Bedingungen bei Prozeßhandlungen nur in sehr viel engeren Grenzen zulässig als im materiellen Recht).

b) Gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, die Antragstellerin habe einen bedingten Antrag gestellt, bestehen jedoch Bedenken.

Das Beschwerdegericht hat hierzu ausgeführt, nach dem Wortlaut der abschließenden Erklärung in der Antragschrift, der Antrag werde "nur vorsorglich für den Fall der Verweigerung der Zustimmung gestellt", komme klar zum Ausdruck, daß das Verfahren von einem zukünftigen Ereignis, nämlich der Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat, abhängig sein solle. Hätte die Antragstellerin nur erklärt, der Antrag werde "vorsorglich" gestellt, so wäre dem zu entnehmen gewesen, daß er unbedingt, jedoch zur Vermeidung von Rechtsnachteilen, eben aus vorsorglichen Erwägungen, jedenfalls gestellt werde. In dem Zusatz "für den Fall der Verweigerung der Zustimmung" komme jedoch weiter zum Ausdruck, daß die Antragstellung und damit die Durchführung des Verfahrens von dem Verhalten des Betriebsrats abhängen solle.



Dieser Auslegung der Antragschrift, die der vollen Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichts unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 28. März 1960, aaO, m. w. N.), könnte entgegengehalten werden, sie berücksichtige den Zusammenhang zwischen dem im letzten Satz der Antragsbegründung verwendeten Begriff "vorsorglich" und dem Zusatz "für den Fall der Zustimmungsverweigerung" nicht ausreichend. Die Verwendung des Begriffs "vorsorglich" in einem von einem prozeßrechtskundigen Juristen gestellten, ein Verfahren einleitenden Antrag spricht dafür, daß dadurch ein ohne diesen Antrag eintretender Rechtsverlust der Partei vermieden werden soll. Dann könnte der nachfolgende Zusatz auch nur als Begründung dafür gedacht gewesen sein, in jedem Fall durch die Einleitung des Ersetzungsverfahrens einen möglichen Rechtsnachteil zu vermeiden. Versteht man dagegen den Zusatz im Sinne einer Bedingung, von deren Eintritt die Einleitung des Verfahrens abhängig gemacht werden sollte, würde dadurch das nach dem Bedeutungsinhalt des vorausgegangenen Wortes "vorsorglich" erstrebte Prozeßziel vereitelt. Die Formulierung des Zusatzes als Bedingung könnte deshalb auch nur als fehlerhafte Ausdrucksweise gewertet werden. Für diese Auslegung spricht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. Oktober 1973 - IV ZR 68/73 - (VersR 1974, 194). In dem dort entschiedenen Fall war nach Bewilligung des Armenrechts Wiedereinsetzung beantragt und dann - in sich widersprüchlich - "für den Fall der Wiedereinsetzung bereits jetzt Berufung" eingelegt worden. Da nach der eindeutigen Rechtslage die Wiedereinsetzung nur bei unbedingter Berufung gewährt werden konnte, hierfür die Worte "bereits jetzt" sprachen und die Beifügung einer Bedingung unsinnig gewesen wäre, hat der Bundesge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



richtshof angenommen, der Berufungsführer habe sich mit der Formulierung "für den Fall der Wiedereinsetzung" nur im Ausdruck vergriffen und lediglich erklären wollen, die Berufung werde "in Erwartung der Wiedereinsetzung" unbedingt eingelegt.

2. Es braucht jedoch nicht abschließend entschieden zu werden, ob ein bedingter Antrag vorliegt. Denn die weitere Begründung des Beschwerdegerichts, der Antrag sei deshalb unheilbar unwirksam, weil der Betriebsrat die Zustimmung im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht verweigert gehabt habe, entspricht der Rechtslage.

a) Nach § 103 Abs. 2 BetrVG kann das Arbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung ersetzen, wenn der Betriebsrat sie verweigert. Das Arbeitsgericht kann somit lediglich eine vom Betriebsrat verweigerter Zustimmung ersetzen, nicht aber die Zustimmung von sich aus erteilen. Nach der Rechtsprechung des Senats führt dies dazu, daß auch erst im Laufe des Ersetzungsverfahrens bekanntwerdende oder entstehende Umstände nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn der Arbeitgeber zuvor beim Betriebsrat vergeblich beantragt hat, wegen dieser nachgeschobenen Gründe die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen. Ohne diese Vorbehandlung durch den Betriebsrat kann das Gericht den ergänzenden Vortrag des Arbeitgebers nicht verwerten. Dem Betriebsrat muß allemal Gelegenheit gegeben gewesen sein, aufgrund des neuen Sachverhalts erneut Beschluß zu fassen, ehe das Gericht entscheidet. Das gebietet schon der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Be-



etriebsrat gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG (Senatsbeschluß BAG 26, 219 = AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972, zu C II der Gründe).

Wortlaut und Sinn des Gesetzes sprechen dafür, daß bereits die Einleitung des Ersetzungsverfahrens nur zulässig ist, wenn der Betriebsrat die Zustimmung verweigert hat, die Beteiligung des Betriebsrats somit Zulässigkeitsvoraussetzung für das Ersetzungsverfahren ist (so ausdrücklich Dietz/Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 103 Rz 59; im Ergebnis auch KR-Etzel, 2. Aufl., § 103 BetrVG Rz 83, wo ausgeführt wird, der Arbeitgeber müsse den Abschluß des Zustimmungsverfahrens beim Betriebsrat abwarten, ehe er im Falle der Zustimmungsverweigerung beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung beantragt; wohl auch Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 14. Aufl., § 103 Rz 27, sowie Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 15 Rz 57). Zutreffend führt das Beschwerdegericht aus, die Beteiligung des Betriebsrats sei nicht nur als eine Frage des Rechtsschutzinteresses anzusehen, das auch erst im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über den Ersetzungsantrag bestehen kann. Das Gericht ist lediglich befugt, eine vom Betriebsrat verweigte Zustimmung zu ersetzen, und darf deshalb selbst nachgeschobene Kündigungsgründe erst nach erneuter - negativer - Behandlung durch den Betriebsrat verwerten. Deshalb widerspricht es dem Zweck dieser Regelung, die Einleitung eines solchen Verfahrens ohne Vorbehandlung des Falles durch den Betriebsrat zuzulassen mit der möglichen Folge, daß das Gericht - im Falle der Zustimmung des Betriebsrats - nutzlos mit dem Antrag befaßt wird. Auf derselben Erwägung beruht die in der Rechtsprechung allgemein vertretene Ansicht, ein Rechtsmittel



oder Rechtsbehelf vor Erlaß eines Urteils sei unzulässig und werde auch nicht nach Erlaß des Urteils zulässig (vgl. BGH LM Nr. 17 zu § 511 ZPO; RGZ 110, 169; ebenso Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO, § 516 Anm. 3 C; Thomas/Putzo, aaO, § 516 Anm. 1; zweifelnd Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 516 Rz 11). Wenn auch der Ersetzungsantrag kein Rechtsmittel darstellt und das Arbeitsgericht eine Rechtsentscheidung zu treffen hat, so gehören doch die Gründe für die Zustimmungsverweigerung, falls der Betriebsrat solche anführt, zu den Umständen, die das Gericht zu berücksichtigen hat. Ferner hat es auch die möglichen kollektiven Interessen des Betriebsrats und der Belegschaft an dem betroffenen Arbeitnehmer in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Funktion in die Betrachtung einzubeziehen, wobei die Zustimmungsverweigerung ein Anzeichen dafür sein kann, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem kollektiven Interesse entspricht (BAG 26, 219, zu C III 2 der Gründe). Zu Recht hebt das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang hervor, bereits die Einleitung des Ersetzungsverfahrens ohne Rücksicht auf die Entscheidung des Betriebsrats verstoße gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

b) Zutreffend folgert das Beschwerdegericht aus dem dargelegten Zweck des Ersetzungsverfahrens, daß der unzulässige Ersetzungsantrag nicht nach der Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat zulässig wird und somit eine nachträgliche Heilung des Verfahrensmangels eintritt. Auch dies entspricht der von der Rechtsprechung im Falle der Rechtsmitteleinlegung vor Urteils-

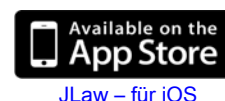


erlaß vertretenen Ansicht (vgl. BGH LM Nr. 17 zu § 511 ZPO; RGZ 110, 169). Zu Unrecht meint die Rechtsbeschwerde, unter dem Gesichtspunkt der "Prozeßhandlung auf Vorrat" müsse es für zulässig angesehen werden, den Ersetzungsantrag bereits zu einem Zeitpunkt zu stellen, zu dem die prozessualen Voraussetzungen noch nicht vorliegen, weil der Antragsschrift eindeutig zu entnehmen sei, daß der Antrag im Falle der Zustimmungsverweigerung weiterverfolgt werden solle. Auch Stein/Jonas/Leipold (ZPO, 20. Aufl., vor § 128 D V Rz 204), auf die sich die Rechtsbeschwerde beruft, vertreten nicht uneingeschränkt die Ansicht, vorweggenommene Prozeßhandlungen seien allgemein zulässig. Soweit eine gesetzliche Regelung fehle (Vorwegnahme zulässig: Antrag auf Erlaß eines schriftlichen Anerkenntnis- oder Versäumnisurteils bereits in der Klageschrift im schriftlichen Vorverfahren; unzulässig: Antrag auf Erlaß eines Vollstreckungsbescheids vor Ablauf der Widerspruchsfrist, § 699 Abs. 1 Satz 2 ZPO), müsse vielmehr die Art der Prozeßhandlung und die prozessuale Situation berücksichtigt und vor allem geprüft werden, ob Interessen des Gegners oder der Rechtspflege einer Zulassung der vorweggenommenen Prozeßhandlung entgegenstünden. Unzulässig sei deshalb ein vorsorglicher Einspruch gegen ein erst erwartetes Versäumnisurteil oder ein vorsorgliches Rechtsmittel gegen ein noch nicht erlassenes Urteil. Wie vorstehend ausgeführt, stehen der Zulassung eines vorweggenommenen Ersetzungsantrags jedoch Interessen der Rechtspflege und der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat entgegen.

c) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, der Ersetzungsantrag



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



sei dennoch zulässig, weil der Antragsgegner noch am 24. Mai 1984 über die Zustimmung hätte entscheiden müssen und diese deshalb noch als an diesem Tag verweigert anzusehen sei.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Senatsbeschuß BAG 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972) ist der Betriebsrat verpflichtet, entsprechend § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG seine Entscheidung über den Zustimmungsantrag dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen, mitzuteilen. Gibt der Betriebsrat innerhalb der Frist keine zustimmende Erklärung ab, gilt dies als Verweigerung der Zustimmung. In dieser Entscheidung (zu II 3 b und d der Gründe) hat der Senat nur ausgesprochen, das Schweigen des Betriebsrats bis zum Ablauf der Drei-Tage-Frist sei als Zustimmungsverweigerung zu werten. Ob diese Fiktion entsprechend früher eintritt, wenn der Betriebsrat im Hinblick auf seine Pflicht zur unverzüglichen Stellungnahme schon vor Ablauf der Drei-Tage-Frist seine Entscheidung hätte treffen müssen, kann dahingestellt bleiben. Denn die Antragstellerin hat in den Vorinstanzen keine für eine schuldhafte Verzögerung der Entscheidung des Antragsgegners ausreichenden Tatsachen vorgetragen.

Die Antragstellerin hatte insoweit in der Beschwerdebegründung behauptet, der am Vormittag des 24. Mai 1984 über alle maßgeblichen Tatsachen unterrichtete Antragsgegner sei am Nachmittag desselben Tages zusammengetreten und habe eingehend den Sachverhalt beraten. Im Rahmen dieser Beratungen habe er auch den Beteiligten befragt, ob er die ihm zur Last gelegte Äußerung ge-



tan habe. Er hätte deshalb ohne weiteres noch an diesem Tag über den Zustimmungsantrag entscheiden können. Ein Grund für die Vertagung sei nicht ersichtlich.

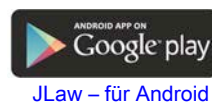
Diese Auffassung ist aus folgenden Gründen unzutreffend: Aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 24. Mai 1984 sowie seinem Beschluß vom 25. Mai 1984 geht hervor, daß er u. a. der Ansicht war, er müsse noch nähere Umstände ermitteln, ihm dies am 24. Mai 1984 nicht mehr möglich erschien und er auch noch Auskünfte eingeholt hat. Der Betriebsrat ist nicht auf die Information des Arbeitgebers angewiesen, sondern kann eigene Nachforschungen anstellen. Die Antragstellerin hätte daher vortragen müssen, welche Informationen sie dem Antragsgegner am 24. Mai 1984 über die umstrittene Äußerung des Beteiligten gegeben hatte. Erst dann könnte geprüft werden, ob der Antragsgegner noch begründeten Anlaß hatte, weitere Nachforschungen anzustellen. Da der Beteiligte die ihm zur Last gelegte Äußerung bestreitet, könnte es bereits damals in erster Linie auf Beweismittel für oder gegen die Sachdarstellung der Antragstellerin angekommen sein. Schilderte sie dem Antragsgegner den Vorfall aus ihrer Sicht umfassend, so war es dem Antragsgegner nicht verwehrt, noch nach möglichen Entlastungszeugen zu forschen, nachdem eine größere Zahl von Arbeitnehmern sich in dem Raum aufgehalten hatte, in dem die umstrittene Äußerung gefallen sein soll. Die Antragstellerin hat sonach keine ausreichenden Tatsachen dafür dargelegt, daß der Antragsgegner ohne sachlichen Grund seine Entscheidung nicht bereits am 24. Mai 1984 getroffen hat.



3. Ist der Ersetzungsantrag vom 24. Mai 1984 unwirksam, so kann die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung wegen des dem Beteiligten vorgeworfenen Verhaltens nicht mehr ersetzt werden, weil die Antragstellerin die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt hat. Der geltend gemachte Kündigungsgrund wäre auch dann verfristet, wenn man in der Mitteilung der Antragstellerin vom 14./18. Juni 1984 einen neuen Antrag sähe, wie das Beschwerdegericht ebenfalls zu Recht angenommen hat.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats (Beschuß vom 18. August 1977, BAG 29, 270) gilt die zweiwöchige Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch für die außerordentlichen Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern, die den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG genießen. Die Frist beginnt auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG mit der Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Sie wird durch den Zustimmungsantrag beim Betriebsrat weder unterbrochen noch gehemmt. Der Arbeitgeber muß deshalb, wenn er sein Kündigungsrecht nicht verlieren will, innerhalb dieser Frist bei ausdrücklicher oder wegen Ablaufs der vom Betriebsrat für seine Entscheidung über den Zustimmungsantrag entsprechend § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG einzuhaltenden Frist zu unterstellenden Verweigerung der Zustimmung das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht einleiten.

b) Diese Ansicht stimmt mit der herrschenden Meinung im Schrifttum überein (vgl. die Nachweise in der vorbezeichneten Entscheidung, zu II 3 a der Gründe, sowie bei Dietz/Richardi,



BetrVG, 6. Aufl., § 103 Rz 47). Gegen die Annahme, der Arbeitgeber müsse auch den Ersetzungsantrag beim Arbeitsgericht innerhalb der zweiwöchigen Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB stellen, haben sich auch nach dieser Entscheidung insbesondere Herschel (Anm. zu EzA Nr. 20 zu § 103 BetrVG 1972), Meisel (Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 5. Aufl., 1984, Rz 689 bis 691) sowie Gamillscheg (BAG Festschrift, S. 126/127) gewandt.

aa) Nach Herschel und Gamillscheg soll zur Fristwahrung der Zustimmungsantrag des Arbeitgebers beim Betriebsrat genügen. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, muß der Arbeitgeber unverzüglich den Ersetzungsantrag beim Arbeitsgericht stellen. Äußert sich der Betriebsrat nicht, so gilt nach Gamillscheg die Zustimmung nach Ablauf einer nach den Umständen zu bemessenden Frist als verweigert, und der Arbeitgeber hat dann unverzüglich den Ersetzungsantrag zu stellen, während sich Herschel zu dieser Fallgestaltung nicht äußert. Beide Autoren begründen ihre Ansicht im wesentlichen damit, nach der vom Senat vertretenen Ansicht würden Arbeitgeber und Betriebsrat zu unangemessener Eile genötigt. Für den Arbeitgeber verkürze sich die Ausschlußfrist regelmäßig um etwa ein Drittel; dies entspreche nicht der Billigkeit und sei auch vom Standpunkt des sozialen Interesses aus nicht zu verantworten. Der Betriebsrat werde gezwungen, über den Zustimmungsantrag ohne Rücksicht auf die betrieblichen Verhältnisse und die Eallumstände innerhalb einer Frist von drei Tagen zu entscheiden.



Diese Überlegungen überzeugen schon im Ausgangspunkt nicht. Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB besteht nicht im Interesse des Kündigenden, sondern des Kündigungsgegners. Dieser soll möglichst rasch, spätestens nach Ablauf von zwei Wochen, Klarheit darüber haben, ob ihm wegen eines bestimmten Verhaltens außerordentlich gekündigt wird oder nicht. Dieser Zweck wird jedoch, entgegen der Ansicht von Gamillscheg, nicht dadurch erreicht, daß der Betriebsrat mit der Sache befaßt wird. Wie der Senat in der vorbezeichneten Entscheidung (zu II 3 e, aa der Gründe) ausgeführt hat, dient das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG, ebenso wie das Anhörungsverfahren des § 102 BetrVG dazu, den Arbeitgeber über Einwände gegen die Kündigungsabsicht zu unterrichten und die Kündigung möglicherweise zu vermeiden. Erst wenn der Arbeitgeber dennoch das Arbeitsgericht anruft, erhält der Arbeitnehmer die erforderliche Gewißheit, daß der Arbeitgeber endgültig zur Kündigung entschlossen ist. Daß die Ausschlußfrist erst durch gerichtliche Geltendmachung (Ersetzungsantrag) gewahrt wird, entspricht auch der sonst für gesetzliche Ausschlußfristen geltenden Regelung (so zutreffend Dietz/Richardi, aaO).

Auch die Interessen des Betriebsrats werden durch die analoge Anwendung der Fristenregelung des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auf das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG nicht unangemessen beeinträchtigt. Wie der Senat (BAG 29, 274 f.) näher begründet hat, liegt kein sachlicher Grund vor, dem Betriebsrat im Zustimmungsverfahren eine längere Äußerungs- und Überlegungsfrist einzuräumen als im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG. Der Unterschied zwischen beiden Verfahren liegt lediglich in der



Auswirkung der Beteiligung des Betriebsrats, der im Rahmen von § 103 BetrVG ein echtes Mitbestimmungsrecht hat. Es verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, ein Schweigen des Betriebsrats nach Ablauf der Drei-Tage-Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG als Zustimmungsverweigerung anzusehen und den Arbeitgeber zu zwingen, ihn mit einem gerichtlichen Verfahren zu überziehen, obwohl er möglicherweise noch die Zustimmung erteilen würde. Denn hieran ist er während des Ersetzungsverfahrens selbst dann nicht gehindert, wenn er zuvor die Zustimmung ausdrücklich verweigert hat und ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt (BAG 37, 44 = AP Nr. 14 zu § 103 BetrVG 1972).

bb) Meisel (aa0) ist der Ansicht, für die Dauer des Zustimmungsverfahrens beim Betriebsrat werde die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gehemmt, weil die dem Betriebsrat eingeräumte Drei-Tage-Frist in dessen Sphäre falle und deshalb dem Arbeitgeber nicht zugeordnet werden könne. Andernfalls werde die Überlegungsfrist des Arbeitgebers ungerechtfertigt verkürzt. Auch diese Ansicht läßt unberücksichtigt, daß die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB dem Klarstellungsinteresse des Kündigungsgegners diene. Die Interessen des Arbeitgebers werden nicht unangemessen beeinträchtigt, wenn er die Zustimmung beim Betriebsrat früher beantragen muß, da dies noch nicht die endgültige Entscheidung bedeutet, im Falle der Zustimmung zu kündigen oder nach Zustimmungsverweigerung das Ersetzungsverfahren einzuleiten (vgl. im übrigen den Senatsbeschluß BAG 29, 270, 279 f.).



c) Bei Anwendung der vom Senat aufgestellten Grundsätze ist der von der Antragstellerin geltend gemachte Kündigungsgrund verfristet. Auch wenn man gemäß ihrem Vortrag im Beschwerdeverfahren davon ausgeht, daß die zweiwöchige Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst am 22. Mai 1984 begonnen hat, wäre sie durch den unwirksamen Ersetzungsantrag vom 24. Mai 1984 nicht gewahrt worden und am 4. Juni 1984 abgelaufen. Wegen dieser Verfristung des Kündigungsgrundes könnte danach auch die Zustimmung zu einer künftig auszusprechenden Kündigung nicht mehr ersetzt werden (BAG Beschluß vom 20. März 1975 - 2 ABR 111/74 - AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 3 der Gründe). Auch wenn man somit in der Mitteilung der Antragstellerin vom 14./18. Juni 1984 einen erneuten Ersetzungsantrag sehen würde, wäre dieser unbegründet.

Die Rechtslage wäre im übrigen vorliegend auch dann keine andere, wenn man den vorstehend (unter B II 3 b) dargestellten abweichenden Ansichten folgte. Wurde die Ausschlußfrist durch den Zustimmungsantrag beim Betriebsrat gewahrt und müßte der Ersetzungsantrag unverzüglich nach der Zustimmungsverweigerung beim Arbeitsgericht gestellt werden (Herschel, Gamillscheg), so wäre im vorliegenden Fall nach dem am 25. Mai 1984 ergangenen Beschluß des Betriebsrats ein erst am 18. Juni 1984 bei Gericht eingegangener Ersetzungsantrag nicht mehr unverzüglich gestellt worden. Wurde die Ausschlußfrist um die Dauer der Behandlung der Angelegenheit im Betriebsrat, längstens um drei Tage, gehemmt



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

(Meisel), so wäre sie im vorliegenden Fall um zwei Tage verlängert worden und am 6. Juni 1984 abgelaufen.

Hillebrecht Triebfürst Dr. Weller

zugleich für den ehren-
amtlichen Richter
Dr. Hautmann, dessen
Amtszeit abgelaufen ist.

Brenne



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)