

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 103; KSchG 1969 §§ 13, 15; BGB § 626
Ausschlußfrist; ZPO § 322; SchwbG 1974 § 18

Leitsätze:

1. Die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied oder einer anderen der in § 103 Abs. 1 BetrVG genannten besonders geschützten Personen ist auch dann zulässig, wenn im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung bereits rechtskräftig ersetzt worden ist. Der Feststellungsklage fehlt weder das Rechtsschutzinteresse noch steht ihr die Rechtskraft der im Beschlußverfahren ergangenen Entscheidung als negative Prozeßvoraussetzung entgegen.
2. Mit der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung wird jedoch zugleich die für den nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß im Grundsatz bindende Feststellung getroffen, daß die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Wegen dieser Präklusionswirkung kann der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß die unrichtige Entscheidung der Vorfrage nur dann geltend machen, wenn er neue Tatsachen vorträgt, die im Beschlußverfahren noch nicht berücksichtigt werden konnten.
3. Zu diesen neuen Tatsachen, für die die Präklusionswirkung nicht gilt, gehören bei einer sog. Verdachtskündigung auch solche Umstände, die erst nach Abschluß des Beschlußverfahrens oder erst nach Ausspruch der Kündigung entstanden oder bekannt geworden sind (im Anschluß an BAG 16, 72 [81-82] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).
4. Der Arbeitgeber muß die Kündigung gegenüber einem durch § 103 Abs. 1 BetrVG in Verbindung mit § 15 KSchG besonders geschützten Arbeitnehmer unverzüglich aussprechen, nachdem das Gericht rechtskräftig die Zustimmung zur Kündigung im Beschlußverfahren ersetzt hat.

Für die Übergangszeit bis zum Bekanntwerden dieser Rechtsprechung kann es genügen, wenn der Arbeitgeber die Kündigung zwar nicht unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb von zwei Wochen nach der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung erklärt hat.

Aktenzeichen: 2 AZR 118/74

Urteil des BAG vom 24. April 1975

LAG Baden-Württemberg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 118/74

3 Sa 80/73 Baden-Württemberg

Verkündet am
24. April 1975

Im Namen des Volkes!

gez. Kistner, Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. April 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Peppeler und Neumann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 25. Oktober 1973 - 3 Sa 80/73 - aufgehoben.

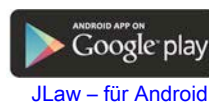
Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



Tatbestand:

Der Kläger wurde von der Beklagten 1955 als Elektromechaniker eingestellt. Er war seit 1963 Vorsitzender des bei der Beklagten bestehenden Betriebsrates. Auf Veranlassung des Klägers wurde bei der Beklagten im Januar 1971 die gleitende Arbeitszeit eingeführt. Die Zeitrachweise über die geleisteten Arbeitsstunden werden durch Zeitzähler in mehreren Gleitzeitanlagen erbracht. Die Zeitzähler werden durch für jeden Arbeitnehmer besonders ausgestaltete Schlüsselkarten ausgelöst und abgestellt. In der Zeit von 18.00 Uhr abends bis 6.00 Uhr morgens werden alle Zeitzähler automatisch stillgelegt.

Im November 1972 hat die Beklagte beim Betriebsrat beantragt, die Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers zu erteilen. Sie hat ihren Antrag damit begründet, daß der Kläger sich durch willkürliches Vorstellen seiner Zeituhr wie in den Vormonaten so auch im Oktober 1972 die Bezahlung für tatsächlich nicht geleistete Arbeitsstunden erschlichen habe. Nachdem der Betriebsrat die beantragte Zustimmung verweigert hatte, hat die Beklagte beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung des Klägers beantragt. Das Arbeitsgericht hat diesem Antrag durch Beschluß vom 1. Februar 1973 stattgegeben. In den Gründen hat es ausgeführt, der Kläger habe pflichtwidrig Abwesenheitszeiten nicht in den Zeitrachweiskarten eingetragen. Dadurch und weil nur er habe wissen können, wieviel Stunden der Zeitzähler habe anzeigen müssen, um mit der betrieblichen Sollarbeitszeit übereinzustimmen, sei der dringende Verdacht begründet, daß der Kläger die Zeituhr mehrfach vorgestellt habe. Wegen dieses schwerwiegenden Verdachts sei der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden.

Nachdem dieser Beschluß des Arbeitsgerichts, der den Beteiligten des Beschlußverfahrens am 9. Februar 1973 zugestellt worden war, rechtskräftig geworden war, hat die Beklagte den Kläger durch Schreiben vom 26. Februar 1973, das ihm am 8. März 1973 zugegangen ist, fristlos entlassen.



- 3 -

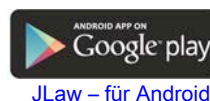
Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden sei. Er hat vorgebracht, er könne nunmehr beweisen, daß er an Tagen, die die Beklagte in ihren Aufzeichnungen als Fehltage eingetragen habe, doch im Betrieb gewesen sei, und die von der Beklagten vorgenommenen Ablesungen seines Zeitzählers falsch seien.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage als unzulässig und hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen. Sie hat vorgebracht, für die Kündigungsschutzklage sei kein Rechtsschutzbedürfnis gegeben, weil der Sachverhalt, über den bereits im Beschlußverfahren wegen Ersetzung der Zustimmung entschieden worden sei, nicht noch einmal im Kündigungsschutzprozeß gerichtlich nachgeprüft werden könne. Die Klage sei jedenfalls unbegründet, weil die im Beschlußverfahren zu ihren Gunsten getroffene Entscheidung zumindest eine präjudizielle Wirkung auf das nachfolgende Kündigungsschutzverfahren habe. Das Gericht sei deshalb an die im Beschlußverfahren getroffenen Feststellungen gebunden. Darüberhinaus sei auch der Vortrag des Klägers im Kündigungsschutzprozeß nicht geeignet, den gegen ihn sprechenden dringenden Tatverdacht, die Zeituhr zu seinem Vorteil verstellt zu haben, zu erschüttern.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen und den Streitwert auf 5.190,-- DM festgesetzt. Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt. In einem Strafverfahren, das gegen den Kläger wegen der von der Beklagten erhobenen Vorwürfe eingeleitet worden war, ist er am 6. August 1973 rechtskräftig von der Anklage freigesprochen worden, in den Monaten September bis Oktober 1972 Zeitanzeige vorgelegt zu haben, in denen er die von ihm geleisteten Arbeitsstunden bewußt unrichtig angegeben habe, und im November 1972 zwei für die Zeituhren bestimmte Zählerkassetten entwendet zu haben. Auf diesen Freispruch hat sich der Kläger im Berufungsverfahren berufen und beim Landesarbeitsgericht Fotokopien des Strafurteils vom 6. August 1973 und der im Strafverfahren angefertigten Verhandlungs-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

protokolle eingereicht. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage als unbegründet abgewiesen.

Mit der nicht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Kündigungsschutzklage weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision als unzulässig und hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Die Revision ist als Divergenzrevision nach § 72 Abs. 1 Satz 2 ArbGG statthaft.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind an eine zulässige Divergenzrevision folgende Anforderungen zu stellen: Das angefochtene Urteil muß einen abstrakten Rechtssatz aufstellen, der die Entscheidung trägt. Dieser Rechtssatz muß von einem abstrakten, die Entscheidung ebenfalls tragenden Rechtssatz des Bundesarbeitsgerichts (oder eines anderen der im § 72 Abs. 1 Satz 3 ArbGG weiter genannten Gerichte) abweichen. Die einander widersprechenden Rechtssätze müssen aus der angefochtenen und aus der angezogenen Entscheidung unmittelbar und deutlich abzulesen sein und der Revisionskläger muß schließlich im einzelnen darlegen, welche divergierenden, allgemeinen und die Entscheidung tragenden Rechtssätze das angefochtene und das angezogene Urteil aufgestellt hat.

2. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

a) Die Revision hat schlüssig dargelegt, daß das Landesarbeitsgericht bei der Interessenabwägung entscheidend zu Ungunsten des Klägers darauf abgestellt hat, er sei als Betriebsratsvorsitzender in besonderer Weise zur Einhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten verpflichtet gewesen. Damit hat das Landesarbeitsgericht einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aufgestellt, der auf alle fristlosen Entlassungen von Betriebsratsvorsitzenden wegen Verstoßes

arbeitsvertraglicher Pflichten ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles angewandt werden kann.

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich insoweit nicht nur um eine zusätzliche Hilfserwägung. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit dieser Begründung zwar fast wörtlich der vom Arbeitsgericht im vorangegangenen Beschlußverfahren vorgenommenen Interessenabwägung angeschlossen. Das ist aber nicht deswegen geschehen, weil sich das Landesarbeitsgericht wegen einer präjudiziellen Wirkung des Beschlusses in vollem Umfang an die Würdigungen des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren gebunden gefühlt hat. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr ausdrücklich betont, es habe seiner Entscheidung die im Beschlußverfahren getroffenen Feststellungen zugrunde zu legen. Dagegen hat es den genannten allgemeinen Rechtsgrundsatz bei der nach seiner Auffassung weiterhin vorzunehmenden Interessenabwägung aufgestellt.

b) Der für das angefochtene Urteil tragende allgemeine Rechtssatz weicht von dem von der Revision vorgebrachten und in mehreren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aufgestellten Grundsatz ab, daß ein Betriebsratsmitglied, was die Frage der Pflichtverletzung aus dem Vertrag und die Schwere dieser Verletzung betrifft, jedem anderen Arbeitnehmer gleichsteht (vgl. BAG 1, 185 [189-190] = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG und BAG 2, 138 [140-141] = AP Nr. 3 zu § 13 KSchG). II. Die somit statthafte und auch im übrigen zulässige Revision ist auch begründet.

1. Zu folgen ist dem Landesarbeitsgericht zunächst darin, daß für die Kündigungsschutzklage eines gekündigten Mitgliedes des Betriebsrates nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn im Beschlußverfahren zuvor die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung ersetzt worden ist. Die im Schrifttum nur noch vereinzelt vertretene gegenteilige Auffassung (vgl. die Nachweise bei Fitting-Auffarth-



- 6 -

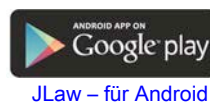
Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 103 Anm. 15) würde dazu führen, daß unabhängig davon, ob nach dem Abschluß des Beschlußverfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG neue, für den besonders geschützten Arbeitnehmer sprechende Umstände eingetreten sind, im Kündigungsschutzprozeß die Wirksamkeit der später ausgesprochenen Kündigung stets bestätigt werden müßte. Eine derartige Verminderung des Rechtsschutzes ist aber mit der beschränkten Bindungswirkung der Entscheidung im Beschlußverfahren über die Ersetzung der Zustimmung nicht zu vereinbaren (vgl. dazu unter II 3 der Gründe). Sie hätte auch einer ausdrücklichen Regelung durch den Gesetzgeber bedurft, an der es fehlt. Es ist demgemäß mit der herrschenden Lehre davon auszugehen, daß eine Kündigungsschutzklage auch dann zulässig ist, wenn zuvor die Zustimmung zu der Kündigung eines besonders geschützten Arbeitnehmers gerichtlich ersetzt worden ist (vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO; Dietz-Richardi, BetrVG, 5 Aufl., § 103 Anm. 26 - jeweils mit weiteren Nachweisen; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 1 [38]).

2. Die rechtskräftige Ersetzung der Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG steht auch nicht wegen ihrer materiellen Rechtskraft als negative Prozeßvoraussetzung der Durchführung einer nachfolgenden Kündigungsschutzklage entgegen. Wohl sind im Beschlußverfahren formell rechtskräftige Entscheidungen auch der materiellen Rechtskraft fähig (vgl. BAG 21, 139 [143-145] = AP Nr. 4 zu § 80 ArbGG 1953). Als negative Prozeßvoraussetzung wirkt die materielle Rechtskraft aber nur dann, wenn der Streitgegenstand eines zweiten Verfahrens mit dem des ersten Verfahrens identisch ist (vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 322 Anm. IX 1 a - b mit weiteren Nachweisen in der Fußnote 149). An dieser Voraussetzung fehlt es, weil das vom Arbeitgeber im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG verfolgte Begehren, die Zustimmung zur Kündigung zu ersetzen, nicht denselben Streitgegenstand betrifft wie der Antrag des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzverfahren, festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die nach der Ersetzung der Zustimmung ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst worden

- 7 -



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



- 7 -

ist (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 26).

3. Die Verschiedenheit der Streitgegenstände im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG und im Kündigungsschutzprozeß schließt jedoch entgegen einer teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung (vgl. die Nachweise bei Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 26) eine Bindungswirkung der im Beschlußverfahren ergangenen Entscheidung für den nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß nicht aus. Durch die rechtskräftige Ersetzung der Zustimmung im Beschlußverfahren wird vielmehr die für den Kündigungsschutzprozeß präjudizierende Feststellung getroffen, daß eine außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände zu dem damaligen Zeitpunkt berechtigt gewesen wäre. Diese Präjudizwirkung ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Wie der Senat schon 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 Sammlung des Gerichts bestimmt) ausgeführt hat, entscheidet das Gericht schon in dem Beschlußverfahren auf Ersetzung der Zustimmung darüber, ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt. Das Arbeitsgericht hat damit eine Entscheidung zu treffen, die praktisch den Kündigungsschutzprozeß vorwegnimmt. Wenn es durch Beschluß die Zustimmung ersetzt, dann wird damit zugleich festgestellt, daß für die Ersetzung ein Gestaltungs- oder Verpflichtungsgrund bestanden hat, weil die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigt wäre. Diese Feststellung wirkt auch gegenüber dem durch die spätere Kündigung betroffenen Arbeitnehmer, weil er im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG Beteiligter war.

- 8 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Da die rechtliche Qualifikation der im Beschlußverfahren rechtskräftig festgestellten Rechtsfolge (Ersetzung der Zustimmung wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes) im Kündigungsschutzprozeß als Vorfrage erheblich ist, hat die Entscheidung im Beschlußverfahren präjudizielle Wirkung für den Kündigungsschutzprozeß. Das Arbeitsgericht hat deswegen in dem Rechtsstreit über die Wirksamkeit der nach der Ersetzung der Zustimmung ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung nicht stets erneut zu prüfen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, sondern es ist im Grundsatz insoweit an die rechtskräftige Entscheidung im Beschlußverfahren gebunden (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 26 und 27 mit Nachweisen; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 103 Anm. 15; Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 15 Anm. 66; Richardi, ZfA 1972, Sonderheft, S. 1 [37] und RdA 1975, 73 [75]; Schmidt, RdA 1973, 294 [297-298]; ferner allgemein zur sog. Präjudizialität: Otto, Die Präklusion, Berlin 1970, S. 153; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 322 Anm. VI 6 b in Verb. mit Anm. V 7; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 152 V 2 S. 828 und § 155 III 1 und 2 S. 837-838).

b) In der Begründung des Regierungsentwurfes zu § 103 BetrVG heißt es zwar, die Möglichkeit der Erhebung der Kündigungsschutzklage nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung werde durch das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren nicht berührt (vgl. BT-Drucks. VI/1786 S. 53 in Anlagen-Band 146). Auf diese Vorstellung der Bundesregierung kommt es aber nicht an, weil sie im Betriebsverfassungsgesetz keinen, und sei es auch nur unvollkommenen, Niederschlag gefunden hat (vgl. BVerfGE 11, 126 [130]; BAG 13, 240 [247-248] = AP Nr. 1 zu § 10 JugArbSchutzG [unter I 3]; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband § 55).

c) Einer Bindungswirkung der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung steht - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht entgegen, daß dann, wenn schon der Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung (§ 103 Abs. 1 BetrVG) erteilt hat, das Arbeitsgericht im Kündigungs-



schutzprozeß des daraufhin gekündigten Arbeitnehmers uneingeschränkt nachzuprüfen hat, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt (vgl. G.-K. Kraft, BetrVG § 103 Anm. 15). Eine aus der Präjudizialität herzuleitende Bindungswirkung kommt, soweit nicht gesetzlich ausdrücklich geregelte Ausnahmen eingreifen (vgl. z.B. § 638 Abs. 1 RVO), nur gerichtlichen Entscheidungen zu. Bei einer vom Betriebsrat erteilten Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung besteht aber anders als bei deren gerichtlicher Ersetzung keine rechtsstaatliche Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung (vgl. zum Schutzbedürfnis des durch eine fehlerhafte Zustimmung des Betriebsrates betroffenen Arbeitnehmers Löwisch, DB 1975, 349 [355]). Der Betriebsrat braucht seinen Beschluß, durch den er dem Antrag des Arbeitgebers entspricht, nicht zu begründen, und es bleibt deswegen vielfach offen, aus welchen Erwägungen er die Zustimmung erteilt hat. Es kann ihm nicht die Aufgabe einer Sperrinstanz gegenüber Kündigungsschutzklagen zuerkannt werden, weil dem Betriebsrat sonst ermöglicht würde, dem betroffenen Arbeitnehmer ungewollt durch eine unrichtige Beurteilung der Sach- oder Rechtslage oder sogar bewußt den besonderen Kündigungsschutz zu nehmen (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 [zu II 5 a der Gründe]; auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Das Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ist demgegenüber geeignet, die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers noch stärker als im Kündigungsschutzprozeß zu wahren. Für das auf den Antrag des Arbeitgebers eingeleitete Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung gilt anders als im Urteilsverfahren nicht der Verhandlungsgrundsatz, sondern die Offizialmaxime. Es ist dabei von Amts wegen aufzuklären, ob Tatsachen vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 24). Darüber hinaus sind im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG

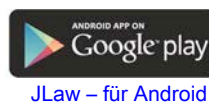


nicht nur die individuellen Belange des zu kündigenden Arbeitnehmers, sondern auch die möglichen kollektiven Interessen des Betriebsrates und der Belegschaft mitzubetrachten, den betroffenen Arbeitnehmer in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Funktion zu belassen (vgl. den bereits oben zu II 3 a genannten Beschluß des Senates vom 22. August 1974 - 2 ABR 17/74-)

d) Gegen eine Bindungswirkung der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Im Beschlußverfahren kann zwar auch bei einem Streitwert von mehr als 6.000,-- DM anders als im Urteilsverfahren (vgl. § 72 Abs. 1 Satz 4 ArbGG) nicht stets in drei Instanzen nachgeprüft werden, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der die Ersetzung der Zustimmung rechtfertigt. Die Rechtsbeschwerde gegen einen Beschluß des Landesarbeitsgerichts, das die Zustimmung zur Kündigung ersetzt oder die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht bestätigt hat, ist vielmehr nur statthaft, wenn sie vom Landesarbeitsgericht zugelassen worden ist oder wenn die Voraussetzungen einer Divergenzrechtsbeschwerde erfüllt sind (vgl. § 92 ArbGG). Diese unterschiedliche Regelung verstößt jedoch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Für den Gesetzgeber haben nämlich sachlich einleuchtende Gründe dafür bestanden, den Streit über die Ersetzung der Zustimmung im Beschlußverfahren austragen zu lassen, weil es dabei auch um die Wahrung kollektiver Interessen des Betriebsrates und der Belegschaft geht.

Die Bindung des Gerichtes im Kündigungsschutzprozeß auch an eine im Beschlußverfahren von einem Gericht der unteren Instanz getroffene Entscheidung ist ferner mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar. Dieses verlangt nicht, daß der Rechtsweg in allen Verfahrensarten den gleichen Instanzenzug hat. Es ist insbesondere nicht erforderlich, daß alle Entscheidungen auch in der Revisionsinstanz überprüft werden können (vgl. BVerfGE 19, 323 = AP Nr. 4 zu § 546 ZPO mit weiteren Nachweisen).



4. Die materielle Rechtskraft der im Beschlußverfahren getroffenen Feststellung, daß ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, wird durch das sog. Präklusionsprinzip ergänzt und abgesichert. Die in dieser Entscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen erwachsen zwar für sich nicht in Rechtskraft. Die Rechtskraft schließt aber in einem späteren Prozeß den Vortrag der Partei aus, die bereits zu ihren Ungunsten festgestellte präjudizielle Vorfrage sei unrichtig entschieden worden, soweit sie sich dabei auf Tatsachen stützt, die sie in dem früheren Verfahren erfolglos geltend gemacht hat oder hätte geltend machen können (vgl. Rosenberg-Schwab, aaO, § 156 II 1 und 2; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, aaO, § 322 Anm. X 1 bis 3; BAG 7,36 = AP Nr. 17 zu § 3 KSchG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit, AP Nr. 12 zu § 11 KSchG und das zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk bestimmte Urteil des Fünften Senates vom 14. August 1974 - 5 AZR 497/73). Diese Begrenzung der Präklusionswirkung ergibt sich aus den §§ 616 und 767 Abs. 2 ZPO. Die materielle Rechtskraft steht darüberhinaus - jedenfalls soweit sie nicht wegen der Identität des Streitgegenstandes als negative Prozeßvoraussetzung eingreift - nicht der Berufung auf solche Tatsachen entgegen, die erst nach der Verhandlung im Vorverfahren entstanden sind, in der sie hätten geltend gemacht und berücksichtigt werden können.

Auch wenn im Beschlußverfahren die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung rechtskräftig ersetzt worden ist, hindert das den Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß demgemäß nicht daran, beispielsweise geltend zu machen, daß der Arbeitgeber nach Ersetzung der Zustimmung die Kündigung nicht rechtzeitig ausgesprochen oder sein Kündigungsrecht aus anderen Gründen verwirkt habe, oder daß die Kündigung unwirksam sei, weil einer der Vertragspartner geschäftsunfähig oder die vorgeschriebene Form nicht gewahrt worden sei, oder weil sich neue tatsächliche Umstände ergeben hätten, die den früheren Vorgängen, die geeignet waren, einen wichtigen Grund zu



bilden, ein anderes Gewicht geben (vgl. Etzel, DB 1973, 1017 [1022]; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 10. Aufl., § 103 Anm. 15; Weisemann, DB 1974, 2476 [2479]).

5. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, weil es mit einer rechtsfehlerhaften Begründung neue Tatsachen, die erst nach der Beendigung des Beschlußverfahrens eingetreten und vom Kläger vorgetragen worden sind, bei der Prüfung des wichtigen Grundes nicht berücksichtigt hat.

a) Der Kläger hat sich im Berufungsverfahren unter Vorlage von Fotokopien des im Strafverfahren ergangenen Urteils sowie der Verhandlungsprotokolle darauf berufen, wegen des von der Beklagten erhobenen Verdachtes des Betruges in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft freigesprochen worden zu sein. Dabei handelt es sich um neue Tatsachen, die geeignet sein können, die im Beschlußverfahren getroffenen Feststellungen zu erschüttern und den damals bestätigten schwerwiegenden Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens des Klägers auszuräumen oder abzuschwächen. Der Freispruch im Strafverfahren ist nämlich nicht nur wegen einer anderen Würdigung der bereits im Beschlußverfahren festgestellten Tatsachen erfolgt, sondern deswegen, weil sich nach der Überzeugung des Strafrichters durch die Aussage des Zeugen K., der im Beschlußverfahren nicht vernommen worden war, Zweifel an der Zuverlässigkeit der Aufzeichnungen des Zeugen M. über die Anwesenheitszeiten des Klägers ergeben haben. Diese Angaben des Zeugen M. hat das Arbeitsgericht aber im Beschlußverfahren seinen tatsächlichen Feststellungen zugrundegelegt.

b) Das Landesarbeitsgericht hat sich mit diesen neuen Umständen deswegen nicht befaßt, weil es die Auffassung vertreten hat, bei der Prüfung, ob ein schwerwiegender Verdacht vorliege, sei nach einhelliger Rechtsprechung stets auf den Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung abzustellen. Dabei hat es übersehen, daß gerade in den Fällen der Verdachtskündigung auch nachträglich bekannt gewordene oder entstandene Tatsachen zu berücksichtigen sind, wenn sie geeignet sind, eine zunächst vielleicht begründete Verdachtskündigung

zu entkräften (vgl. BAG 16, 72 [81-82] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).

Der Senat hat in der angezogenen Entscheidung allerdings insbesondere einen nachträglichen Freispruch "wegen erwiesener Unschuld" erwähnt. Damit hat er die Berücksichtigung erst nach der Kündigung entstandener oder bekanntgewordener Tatsachen aber nicht auf den Fall der nachträglich festgestellten Unschuld beschränkt. Er hat vielmehr insoweit nur ein besonders einleuchtendes Beispiel angeführt. Es ist deshalb unerheblich, wenn sich der Strafrichter in seiner Entscheidung gemäß § 267 Abs. 5 StPO darauf beschränkt hat darzulegen, der Kläger sei der ihm zur Last gelegten Taten nicht zu überführen gewesen. Es kommt nicht darauf an, ob der Verdacht gegen den Kläger im Strafverfahren völlig ausgeräumt worden ist, sondern es genügt, daß jedenfalls neue Tatsachen festgestellt worden sind, die möglicherweise das Gewicht des gegen den Kläger erhobenen Verdachtes mindern können. Das gilt umsomehr, als selbst von der Staatsanwaltschaft Freispruch in vollem Umfang beantragt worden ist.

c) Das Landesarbeitsgericht muß somit die tatrichterliche Würdigung nachholen, ob und inwieweit die im Strafverfahren bekanntgewordenen Umstände den im Beschlußverfahren getroffenen Feststellungen widersprechen und sie erschüttern. Dabei kann es sich nicht auf die Prüfung beschränken, ob die vom Strafrichter vorgenommene Beweismwürdigung für sich betrachtet überzeugend ist. Es bedarf vielmehr einer umfassenden Beweismwürdigung sowohl der im Beschlußverfahren als auch der im Strafverfahren festgestellten Tatsachen. Daraus wird möglicherweise auch die Notwendigkeit einer neuen Interessenabwägung folgen, die nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Bindungswirkung der im Beschlußverfahren getroffenen Feststellung des Vorliegens eines wichtigen Grundes eingreift.

6. Eine abschließende ersetzende Entscheidung zugunsten des Klägers ist nicht mit der Begründung möglich, die Beklagte habe nach der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung im Beschlußverfahren durch das Arbeitsgericht



nicht fristgerecht die außerordentliche Kündigung ausgesprochen.

a) Die Beklagte hat den Kläger zwar nicht unmittelbar nach dem Eintritt der Rechtskraft der im Beschlußverfahren zu ihren Gunsten ergangenen Entscheidung, wohl aber noch innerhalb von zwei Wochen nach Rechtskraft der die Zustimmung ersetzenden Entscheidung fristlos entlassen. Sie hat sich damit an die im Schrifttum herrschende Auffassung gehalten, daß durch die Einleitung des Beschlußverfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB bis zur rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung unterbrochen werde (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 17 und 25 mit Nachweisen; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 103 Anm. 15; Hueck, aaO, § 15 Anm. 57).

b) Der Gesetzgeber hat nicht bestimmt, wie sich die Notwendigkeit, die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzen zu lassen, auf die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auswirkt. Er hat damit eine Regelungslücke gelassen, die unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgedanken geschlossen werden muß. Dazu hält der Senat nicht den von Hueck (aaO, § 15 Anm. 57) aus dem Recht der Verjährung (§ 209 BGB) herangezogenen Grundsatz für geeignet, durch gerichtliche Geltendmachung würden Fristen unterbrochen und das werde wegen der übereinstimmenden Sachlage auch dem Normzweck des § 626 Abs. 2 BGB am besten gerecht.

Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat (vgl. den bereits angeführten Beschluß vom 22. August 1974 - 2 ABR 17/74 - und den zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmten Beschluß vom 20. März 1975 - 2 ABR 111/74 -), gilt die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB allerdings auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG. Daraus folgt aber nur, daß der Arbeitgeber innerhalb dieser Frist alles unternehmen muß, um die Voraussetzungen für die Ausführung seines Kündigungsrechtes zu schaffen. Dazu gehört, daß er innerhalb der Ausschluß-



frist die Zustimmung beim Betriebsrat beantragt und für den Fall, daß die Zustimmung verweigert wird, das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung einleitet. Wenn das geschehen ist, d.h. wenn der Arbeitgeber auch innerhalb der Ausschlußfrist das Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG in Gang gesetzt hat, dann ist der Zweck des § 626 Abs. 2 BGB erfüllt.

Somit beginnt die Ausschlußfrist nicht erneut in entsprechender Anwendung des § 217 BGB zu laufen, wenn die Zustimmung ersetzt ist. Dazu besteht kein Anlaß, weil der Arbeitgeber hinreichend Gelegenheit gehabt hat, sich darüber schlüssig zu werden, ob er die von ihm erwogene außerordentliche Kündigung auch tatsächlich aussprechen will, und der Arbeitnehmer seit Einleitung des Beschlußverfahrens weiß, daß der Arbeitgeber aus dem bestimmten Anlaß außerordentlich kündigen will.

c) Als sachgerechte Lösung bietet sich vielmehr eine entsprechende Anwendung der im § 18 SchwbG 1974 getroffenen Regelung an, in der der Gesetzgeber ausdrücklich das Verhältnis zwischen der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB und einer vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung erforderlichen Zustimmung (dort der Hauptfürsorgestelle) bestimmt hat. Nach § 18 Abs. 2 SchwbG 1974 kann die Zustimmung zur Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. Dabei beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Senates zu § 103 BetrVG.

Auch wenn der Arbeitgeber fristgerecht die Zustimmung bei der Hauptfürsorgestelle beantragt hat, ist es ihm regelmäßig nicht möglich, auch noch innerhalb der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB die Kündigung auszusprechen; denn der Hauptfürsorgestelle ist nach § 18 Abs. 3 SchwbG 1974 für die Entscheidung über den Zustimmungsantrag eine Frist von zehn Tagen eingeräumt worden. Die dadurch auftretende Problematik hat der Gesetzgeber - anders als im Betriebsverfassungs-



gesetz - im Schwerbehindertengesetz gesehen und dadurch gelöst, daß er in § 18 Abs. 6 SchwbG 1974 vorgesehen hat, daß die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erfolgen kann, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird.

Damit hat der Gesetzgeber den allgemeinen Rechtsgrundsatz konkretisiert, daß die Ausübung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung stets einer zeitlichen Befristung unterliegt (vgl. BAG 23,475=AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Da eine vergleichbare Sach- und Interessenlage vorliegt, wenn das Arbeitsgericht die nach § 103 BetrVG in Verbindung mit § 15 KSchG erforderliche Zustimmung zur Kündigung ersetzt hat, ist der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des § 18 Abs. 6 SchwbG 1974 gehalten, nunmehr unverzüglich die außerordentliche Kündigung auszusprechen.

d) Das gilt allerdings erst von dem Tage an, in dem die Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung rechtskräftig geworden ist. Der Senat hat zwar in dem bereits genannten Beschluß vom 20. März 1975 - 2 ABR 111/74 - erwogen, ob der Arbeitgeber die Kündigung schon dann aussprechen kann, sobald nur ein Gericht für Arbeitssachen die Zustimmung ersetzt hat (vgl. die ähnliche Problematik in BAG AP Nr. 41 zu § 3 KSchG, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Diese Frage braucht auch im vorliegenden Fall nicht abschließend geklärt zu werden. Der Arbeitgeber kann jedenfalls nicht gezwungen sein, bereits nach einer noch nicht rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung unverzüglich die Kündigung auszusprechen; eine schon zu diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung würde nämlich schwebend unwirksam sein und könnte erst mit der Rechtskraft des Beschlusses wirksam werden (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 103 Anm. 25 und Richardi, RdA 1975, 73 [78]).

Eine vorzeitige Kündigung bringt dem Arbeitgeber damit wenig Vorteile, weil sie ihm nur erspart, nach der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung die Kündigung erneut vorzunehmen. Sie belastet ihn andererseits aber mit der



Gefahr, daß die von ihm ausgesprochene Kündigung unwirksam wird, wenn der Beschluß, durch den die Zustimmung ersetzt worden ist, später rechtskräftig wieder aufgehoben und sein Antrag zurückgewiesen wird. Anders ist es dagegen, sobald die Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung rechtskräftig ist. Dann erfordern es die Interessen beider Vertragspartner, daß der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung unverzüglich ausspricht, sobald die Rechtskraft eingetreten ist.

e) Diese Grundsätze wirken sich im Streitfall allerdings noch nicht zu Ungunsten der Beklagten aus. Das bisherige Schrifttum, das in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senates die Geltung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG annimmt, räumt nämlich dem Arbeitgeber nach der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung eine weitere Frist von zwei Wochen ein, innerhalb deren er kündigen kann (vgl. die Nachweise oben zu II 6 a).

Zudem ist das Schwerbehindertengesetz in der Fassung vom 29. April 1974 (BGBI. I S. 1006) erst nach der vom Kläger angegriffenen Kündigung vom 8. März 1973 in Kraft getreten (vgl. Art. II § 11 des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Schwerbeschädigtenrechts vom 24. April 1974, BGBI. I S. 981).

Bei diesen Gegebenheiten kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, die Kündigung nach rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung nicht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 BGB) ausgesprochen zu haben. Sie brauchte vielmehr seinerzeit nicht mit der Möglichkeit zu rechnen, daß durch Rechtsfortbildung die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung davon abhängig gemacht werden könne, ob sie unverzüglich nach rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung erfolgt sei. Die in der vorliegenden Entscheidung aufgestellten Grundsätze für den Ausspruch der Kündigung nach der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung können aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der



Praktikabilität noch nicht auf solche Kündigungen angewandt werden, die in der Vergangenheit im Vertrauen auf die herrschende Rechtsauffassung im Schrifttum ausgesprochen worden sind (vgl. BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt [unter A IV 1], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Es muß vielmehr der Praxis des Arbeitslebens Gelegenheit gegeben werden, sich nunmehr auf die vom Senat entwickelten Grundsätze einzustellen.

gez. Dr. Gröninger

Hillebrecht

Dr. Heither

Dr. Peppler

Ehrenamtlicher Richter Neumann
ist wegen Urlaubs ortsabwesend
und an der Unterschrift verhindert.

Dr. Gröninger

