

Aktenzeichen: 2 AZR 3/96

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Oktober 1996

- 2 AZR 3/96 -

I. Arbeitsgericht
Bochum

Urteil vom 16. August 1994

- 2 (5) Ca 3196/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 24. Mai 1995

- 3 Sa 2042/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Ja

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern

Gesetz:

BetrVG 1972 § 103; BGB § 626 Ausschlußfrist; KSchG § 15
Abs. 1

Leitsätze:

1. Hat der Arbeitgeber einen Zustimmungsantrag nach § 103 Abs. 1 BetrVG gestellt und auf die spontane Zustimmungserklärung des Betriebsratsvorsitzenden hin vor Ablauf von drei Tagen gekündigt, so muß er erneut die Zustimmung des Betriebsrats beantragen, wenn er wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung eine weitere Kündigung aussprechen will. Ein stattdessen gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig.

2. Nur ein zulässiger Zustimmungsersetzungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG wahrt die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Ein vor der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig und wird auch nicht dadurch zulässig, daß nachträglich die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Kündigung beantragt wird (Senatsbeschluß vom 7. Mai 1986 - 2 ABR 27/85 - BAGE 52, 50 = AP Nr. 18 zu § 103 BetrVG 1972).



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 3/96

3 Sa 2042/94 Hamm

Verkündet am
24. Oktober 1996

Jatz,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Oktober 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Bröhl sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Röder für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Hamm vom 24. Mai 1995
- 3 Sa 2042/94 - wird auf ihre Kosten zurückge-
wiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der 1952 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit 1982 gegen einen Bruttomonatsverdienst von zuletzt 3.900,00 DM als Baufachwerker tätig. Er ist stellvertretender Vorsitzender des Mitte 1993 erstmals von der Belegschaft der Beklagten gewählten fünfköpfigen Betriebsrats.

Nach Darstellung der Beklagten versuchte der Kläger am 13. November 1993 anlässlich einer Betriebsfeier, die Sekretärin des Geschäftsführers der Beklagten dazu zu bewegen, ihm ohne Wissen der Geschäftsleitung Einblick in die Personalakte eines Mitarbeiters zu gewähren. Als am 22. November 1993 eine eidesstattliche Versicherung der bis dahin in Urlaub befindlichen Sekretärin über den Vorgang vorlag, entschloß sich die Beklagte, dem Kläger zu kündigen. Der Geschäftsführer bat nach Darstellung der Beklagten den Betriebsrat am 22. November 1993 telefonisch um Zustimmung zur Kündigung. Der Betriebsratsvorsitzende und ein weiteres Betriebsratsmitglied stimmten auch nach Behauptung der Beklagten der Kündigung zu. Daraufhin kündigte die Beklagte am 22. November 1993 dem Kläger fristlos. Im Kündigungsschutzverfahren hat die Beklagte diese Kündigung im Einverständnis des Klägers zurückgenommen. Als der Kläger ein einstweiliges Verfügungs-

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

verfahren auf Weiterbeschäftigung einleitete, beantragte die Beklagte am 29. November 1993 beim Arbeitsgericht die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur fristlosen Kündigung. Nachdem am 2. Dezember 1993 die einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung erlassen worden war, beantragte die Beklagte mit Schreiben vom 3. Dezember 1993 "aus gegebenem Anlaß" die Zustimmung des Betriebsrats zur fristlosen Kündigung des Klägers. Mit Schreiben vom 7. Dezember 1993 teilte der Betriebsrat der Beklagten daraufhin mit, in der Betriebsratssitzung vom 7. Dezember 1993 sei beschlossen worden, der außerordentlichen Kündigung zuzustimmen. Am 8. Dezember 1993 kündigte die Beklagte dem Kläger erneut fristlos.

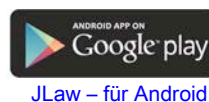
Der Kläger hat geltend gemacht, diese Kündigung sei nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten gemäß § 626 Abs. 2 BGB verfristet. Wenn die Beklagte am 22. November 1993 sichere Kenntnis von dem Kündigungssachverhalt gehabt habe, hätte sie bis zum 6. Dezember 1993 kündigen müssen. Das Zustimmungsersetzungsverfahren sei nicht geeignet gewesen, den Fristablauf zu hemmen. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung habe im übrigen nicht vorgelegen. Er habe anlässlich der Betriebsfeier die Sekretärin lediglich gefragt, wie der betreffende Arbeitnehmer tariflich eingestuft sei.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Beschäftigungsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 8. Dezember 1993 nicht aufgelöst worden ist.



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



Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags geltend gemacht, das Verhalten des Klägers am 13. November 1993 stelle den Versuch einer strafbaren Datenschutzverletzung dar. Der Betriebsfrieden sei durch das Verhalten des Klägers erheblich gestört worden und es sei der Betriebsrat gewesen, der den Geschäftsführer auf den Vorfall aufmerksam gemacht und um eine angemessene Reaktion gebeten habe. Die Ausschlußfrist sei gewahrt. Erst am 22. November 1993 habe sie mit der eidesstattlichen Versicherung sichere Kenntnis von dem Kündigungssachverhalt gehabt und zumindest rechtzeitig das Zustimmungsersetzungsverfahren eingeleitet.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

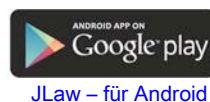
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung der Beklagten ist rechtsunwirksam, die Vorinstanzen haben deshalb der Klage zu Recht stattgegeben.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei nach § 626 Abs. 2 BGB verfristet. Das Zustimmungsersetzungsverfahren habe zur Fristwahrung nicht ausgereicht. Es sei von der Beklagten verfrüht eingeleitet worden. Ein Zustimmungsersetzungsantrag sei nur zulässig, wenn der Betriebsrat vorher seine Zustimmung zu der Kündigung verweigert habe. Der Betriebsrat habe



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



jedoch erkennbar den Willen gehabt, die Zustimmung zu erteilen. Auch nach Ablauf der Drei-Tages-Frist (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG analog) hätte die Beklagte deshalb erneut die Zustimmung des Betriebsrats beantragen und diesen auf die Bedenken gegen die Wirksamkeit der zuvor telefonisch erklärten Zustimmung aufmerksam machen müssen.

II. Dem folgt der Senat nur im Ergebnis, nicht jedoch in allen Teilen der Begründung.

1. Die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ist nach § 15 Abs. 1 KSchG unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und daß die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht mit der ständigen Senatsrechtsprechung (Beschuß vom 18. August 1977 - 2 ABR 19/77 - BAGE 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972; Beschuß vom 7. Mai 1986 - 2 ABR 27/85 - BAGE 52, 50 = AP Nr. 18, aaO) davon ausgegangen, daß für die außerordentliche Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern, die den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG genießen, auch die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gilt. Auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG beginnt die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB mit der Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Der Zeitraum, der dem Betriebsrat für seine Entscheidung über den Zustimmungsantrag gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG zur Verfügung steht, wirkt sich auf den Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht aus. Will der Arbeitgeber sein



Kündigungsrecht nicht verlieren, so muß er innerhalb der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht nur den Zustimmungsantrag beim Betriebsrat stellen, sondern bei ausdrücklicher oder wegen Fristablaufs zu unterstellender Verweigerung der Zustimmung auch das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht einleiten. Allerdings ist auch der Betriebsrat verpflichtet, entsprechend § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG seine Entscheidung dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens aber innerhalb von drei Tagen, ggf. auch innerhalb einer längeren, ihm vom Arbeitgeber eingeräumten Frist mitzuteilen. Der fristgerechte Ausspruch der Kündigung wird dem Arbeitgeber damit regelmäßig nur dann möglich sein, wenn er spätestens zehn Tage nach Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beim Betriebsrat die Zustimmung zu der Kündigung beantragt hat.

2. Deshalb kann, worauf auch das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend abstellt, die Kündigung nur dann als rechtzeitig angesehen werden, wenn das durch die Beklagte beim Arbeitsgericht eingeleitete Zustimmungsersetzungsverfahren als fristwährend anzusehen ist. Läßt man dieses Verfahren außer Betracht, so hat die Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 BGB jedenfalls versäumt. Nach ihrem eigenen Vorbringen hat sie am 22. November 1993 sichere Kenntnis von dem Kündigungssachverhalt erlangt. Die Ausschlußfrist lief deshalb am 6. Dezember 1993 ab. Da allein der Antrag des Arbeitgebers an den Betriebsrat, er möge der fristlosen Kündigung des Betriebsratsmitglieds zustimmen, den Fristablauf nicht hemmt, kann die Beklagte dem Kläger nicht entgegenhalten, sie habe am 22. November bzw. 3. Dezember 1993 beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung beantragt. Nach der von der Beklagten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

behaupteten Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden zu dem Zustimmungsantrag vom 22. November 1993 hätte sie noch ausreichend Zeit gehabt, entweder, anstatt sofort zu kündigen, die Drei-Tages-Frist entsprechend § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG abzuwarten oder - nach einer (wie hier) verfrühten Kündigung - durch einen neuen Zustimmungsantrag das Verfahren so zu beschleunigen, daß eine weitere Kündigung bis zum 6. Dezember 1993 möglich war. Der mit Schreiben vom 3. Dezember 1993 beim Betriebsrat gestellte Antrag erfolgte so spät, daß der Betriebsrat erst nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu einer Sitzung zusammentrat.

3. Die Revision rügt zu Recht, daß der von der Beklagten beim Arbeitsgericht gestellte Zustimmungsersetzungsantrag nicht mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung als unzulässig und damit im Rahmen des § 626 Abs. 2 BGB unbeachtlich angesehen werden kann. Wie der Senat schon in dem Zulassungsbeschluß ausgeführt hat (Beschluß vom 15. November 1995 - 2 AZN 702/95 - n.v.), ist die Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 103 BetrVG nicht nur dann zulässig, wenn der Betriebsrat die Zustimmung tatsächlich verweigert hat. Die Zustimmung des Betriebsrats gilt vielmehr auch dann als verweigert, wenn innerhalb der Frist von drei Tagen keine zustimmende Erklärung des Betriebsrats vorliegt (Senatsbeschluß vom 18. August 1977, aaO). Dies gilt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts grundsätzlich auch dann, wenn bei Eingang des Zustimmungsantrags lediglich der Betriebsratsvorsitzende die spontane Erklärung abgegeben hat, der Kündigung werde zugestimmt, ohne daß dem erkennbar ein Betriebsratsbeschluß zugrundelag.



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



4. Aus einem anderen Grunde erweist sich jedoch das Berufungs-
urteil im Ergebnis als zutreffend. Mit Rücksicht darauf, daß die
Beklagte nach Stellung des Zustimmungsantrags bereits am 22. No-
vember 1993 eine erste - unzulässige - Kündigung ausgesprochen
hat, war das Zustimmungsverfahren zu dieser Kündigung gegen-
standslos geworden und erledigt, so daß es vor Ausspruch einer
weiteren Kündigung, hier: der Kündigung vom 8. Dezember 1993 wie-
derum der Einleitung eines Zustimmungsverfahrens und erst bei Zu-
stimmungsverweigerung des Betriebsrats der Einleitung eines Zu-
stimmungsersetzungsverfahrens bedurfte. Deshalb war das Zustim-
mungsersetzungsverfahren durch die Beklagte verfrüht eingeleitet
und im Rahmen des § 626 Abs. 2 BGB unbeachtlich.

a) Nach § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf jede außerordentliche Kündi-
gung eines Betriebsratsmitglieds der Zustimmung des Betriebsrats.
Nach Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Betriebsrat Gelegenheit
zu geben, auf den Kündigungsentschluß des Arbeitgebers Einfluß zu
nehmen, kann ein Zustimmungsverfahren grundsätzlich nur für die
Kündigung Wirksamkeit entfalten, für die es eingeleitet worden
ist (vgl. zum Anhörungsverfahren BAG Urteil vom 11. Oktober 1989
- 2 AZR 88/89 - AP Nr. 55 zu § 102 BetrVG 1972, zu III 4 b der
Gründe; Urteil vom 31. Januar 1996 - 2 AZR 273/95 - AP Nr. 80 zu
§ 102 BetrVG 1972, zu II 1 der Gründe). Dies gilt insbesondere
dann, wenn der Arbeitgeber wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit
der ersten Kündigung vorsorglich erneut kündigt. Ist die erste
Kündigung ordnungsgemäß zugegangen, so greift die ausdrückliche
Pflicht des § 103 Abs. 1 BetrVG ein, zu einer erneuten, lediglich
vorsorglichen Kündigung auch erneut die Zustimmung des Betriebs-



rats einzuholen. Ob dies auch gilt, wenn nur die erste Kündigung durch ein weiteres Schreiben bestätigt worden ist, kann dahinstehen (vgl. dazu Senatsurteil vom 16. September 1993 - 2 AZR 267/93 - BAGE 74, 185 = AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972). Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hat die Beklagte durch das zweite Kündigungsschreiben vom 8. Dezember 1993 nicht die erste Kündigung bestätigt, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut dieses Schreibens dem Kläger "erneut" gekündigt.

b) Damit war das erste Zustimmungsverfahren in dem Augenblick abgeschlossen, als die Beklagte aufgrund der telefonischen Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden - unwirksam - kündigte. Ab diesem Zeitpunkt bestand für den Betriebsrat kein Anlaß mehr, weiter tätig zu werden und etwa innerhalb der entsprechend anwendbaren Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG in einer Betriebsratssitzung über den Zustimmungsantrag zu beraten. Das erste Zustimmungsverfahren war durch Ausspruch der Kündigung abgeschlossen und damit "verbraucht". Der Ausspruch einer erneuten Kündigung setzte deshalb einen neuen Antrag auf Zustimmung des Betriebsrats voraus, den die Beklagte auch, allerdings verspätet, am 3. Dezember 1993, beim Betriebsrat gestellt hat.

c) Der Antrag der Beklagten vom 29. November 1993 auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung war damit unheilbar unwirksam. Ein vor der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellter vorsorglicher Ersetzungsantrag ist unzulässig und wird auch nicht mit der Zustimmungsverweigerung zulässig (Senatsbeschluß vom 7. Mai 1986 - 2 ABR 27/85 - BAGE 52, 50 = AP Nr. 18 zu § 103



BetrVG 1972). Am 29. November 1993 hatte die Beklagte zu der zweiten Kündigung noch nicht einmal die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats beantragt. Erst recht hatte der Betriebsrat die Zustimmung nicht verweigert, der Betriebsratsvorsitzende hatte vielmehr die Bereitschaft angekündigt, einer Kündigung aus den angegebenen Gründen zuzustimmen. Aus dem Ablauf der Drei-Tages-Frist kann hier aber - wie bereits dargelegt - schon deshalb keine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats hergeleitet werden, weil diese Frist bis zum Ausspruch der ersten Kündigung noch nicht abgelaufen war und nach Ausspruch dieser Kündigung nicht weiterlaufen konnte.

d) Ein Zustimmungsersetzungsantrag des Arbeitgebers, der vor der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellt und damit unheilbar unzulässig ist, kann nach der Senatsrechtsprechung (Beschuß vom 7. Mai 1986 - 2 ABR 27/85 -, aaO), an der festzuhalten ist, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht wahren. Die Beklagte hat im vorliegenden Fall mit dem Zustimmungsersetzungsantrag beim Arbeitsgericht einen Weg beschritten, auf dem sie das Kündigungsverfahren ersichtlich nicht vorantreiben, sondern nur verzögern konnte. Hätte die Beklagte schon am 29. November 1993 erneut beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung des Klägers beantragt, so wäre das weitere Verfahren problemlos bis zum 6. Dezember 1993 abzuwickeln gewesen. Die durch das überflüssige Zustimmungsersetzungsverfahren selbst verschuldete Verzögerung kann die Beklagte dem Kläger nicht im Rahmen des § 626 Abs. 2 BGB entgegenhalten.



- 11 -

5. Es verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), daß sich der Kläger auf den Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB beruft. Auf die fehlerhafte Behandlung des Verfahrens nach § 103 BetrVG durch die Beklagte hatte der Kläger keinerlei Einfluß.

Etzel

Bitter

Bröhl

Dr. Roeckl

Röder





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)