

|                            |      |
|----------------------------|------|
| Für das Nachschlagewerk!   | Ja   |
| Für die Fachpresse!        | Ja   |
| Für die Amtliche Sammlung! | Nein |

---

Gesetz: BetrVG 1972 § 103; KSchG 1969 § 15; BGB §§ 133, 158;  
ZPO § 561

Leitsätze:

1. Die außerordentliche Kündigung gegenüber einem Mitglied des Betriebsrates, die der Arbeitgeber ausspricht, bevor der Betriebsrat zu seinem Antrag auf Erteilung einer Zustimmung (§ 103 Abs. 1 BetrVG) abschließend Stellung genommen hat, ist unheilbar nichtig (im Anschluß an BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 103 BetrVG 1972; auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).
2. Die vor Ausspruch der Kündigung erforderliche abschließende und zustimmende Stellungnahme des Betriebsrates liegt nicht vor, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber mitteilt, er stimme der Kündigung an sich zu, verlange aber noch eine schriftliche Bestätigung der Kündigungsgründe durch den vom Arbeitgeber angegebenen Belastungszeugen. Dann kann der Arbeitgeber erkennen, daß der Betriebsrat die beabsichtigte Kündigung noch weiter erörtern und sich eine endgültige Entscheidung über die beantragte Zustimmung vorbehalten will (im Anschluß an BAG AP Nr. 4 und 8 zu § 102 BetrVG 1972; auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).
3. Es bleibt unentschieden, ob der Betriebsrat die Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG unter einer aufschiebenden Bedingung erteilen kann mit der Rechtsfolge, daß die Zustimmung mit Eintritt der Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB wirksam und eine weitere Beschlußfassung damit entbehrlich wird.

Aktenzeichen: 2 AZR 426/76

Urteil des BAG vom 1. Dezember 1977

LAG Rheinland-Pfalz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 426/76

4 Sa 95/75 Rheinland-Pfalz

Verkündet am  
1. Dezember 1977

gez. Bittner,

Regierungshauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 24. November 1977 durch den Richter Hillebrecht als Vorsitzenden, die Richter Roeper und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Wiedemann und Brenne für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. April 1976 - 4 Sa 95/75 - wird zurückgewiesen.

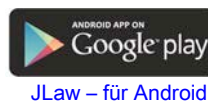
Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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  
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger wurde von der Beklagten im Juli 1970 als Polier eingestellt und arbeitete zuletzt als Bauführer. Er war im Jahr 1974 Mitglied des für den Betrieb der Beklagten gewählten Betriebsrats. Mit Schreiben vom 29. August 1974, das dem Kläger am 30. August 1974 zuging, hat die Beklagte dem Kläger mit folgender Begründung fristlos gekündigt:

"...

Hiermit kündigen wir Ihnen fristlos Ihr bei uns bestehendes Arbeitsverhältnis auf. Der Betriebsrat ist informiert.

Der Kündigungsgrund: Geschäftsschädigendes Verhalten gegenüber der Firma.

Die näheren Einzelheiten hierzu sind Ihnen und dem Betriebsrat bekannt. Weitere Schritte, diese Kündigung betreffend, behalten wir uns vor..."

Auf dem Kündigungsschreiben befindet sich folgende Stellungnahme des Betriebsrats:

"Am 29. August 1974, 9.00 Uhr wurde in einer Besprechung die fristlose Kündigung des Herrn Heinz W diskutiert. Bei Anhörung beider Parteien kamen wir zu folgender Feststellung:

1. Die fristlose Kündigung wird auch von uns in dieser Form anerkannt.
2. Der Tatbestand, der zur Kündigung führte, muß uns noch schriftlich vorgelegt werden." ...

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß es sich bei dem vom Betriebsratsvorsitzenden unterschriebenen Vermerk um eine Stellungnahme des Betriebsrats handelt. Die Parteien sind sich weiter darüber einig, daß mit der schriftlichen Vorlage des Tatbestandes, der zur Kündigung führte, eine schriftliche Erklärung eines Kunden gemeint war, die dem Betriebsrat von der

- 3 -



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



- 3 -

Beklagten nachgereicht werden sollte. Am 31. August 1974 ging eine Erklärung des Kunden bei der Beklagten ein, in der das Verhalten des Klägers beanstandet wurde. Am 2. September 1974 übergab der Vorsitzende des Betriebsrats der Beklagten folgende von ihm am selben Tag unterzeichnete Mitteilung:

"...

Betr.: Kündigung des Herrn Heinz W vom 29.8.1974

Bezug: Betriebsrats-Versammlung vom 29.8.1974

Wir bestätigen hiermit der Firma W KG, daß uns der im Vermerk der obenerwähnten Kündigung: Der Tatbestand, der zur Kündigung führte, muß uns noch schriftlich vorgelegt werden, am 2.9.1974 uns, dem Betriebsrat, zur Einsichtnahme vorgelegt wurde.

Nach Kenntnisnahme der von Herrn..... schriftlich am 29.8.1974 mitgeteilten Sachlage, haben wir in voller Überzeugung und Übereinstimmung der Kündigung endgültig zugestimmt."

Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 29. August 1974 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Betriebsrat habe ordnungsgemäß eine Zustimmung zur Kündigung des Klägers erteilt. Die fristlose Kündigung sei wegen geschäftsschädigenden Verhaltens des Klägers gerechtfertigt. Er habe sich mehrfach als ihr Inhaber ausgegeben und Schwarzarbeit verrichtet.

Der Kläger hat die ihm angelasteten Kündigungsgründe bestritten und sich darauf berufen, daß die Kündigung schon wegen Verletzung des § 103 BetrVG unwirksam sei. Die Zustimmung sei am 29. August 1974 nur unter Vorbehalt beschlossen worden, wie sich aus dem Vermerk auf dem Kündigungsschreiben ergebe. Erst am 2. September 1975 habe der Betriebsrat der Kündigung endgültig zugestimmt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben.

- 4 -



- 4 -

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

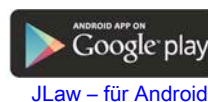
Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die außerordentliche Kündigung sei deswegen unwirksam, weil sie vor der nach § 103 BetrVG erforderlichen vorherigen Zustimmung des Betriebsrats ausgesprochen worden sei. Ziffer 1 der Stellungnahme des Betriebsrats vom 29. August 1974 sei zwar so zu verstehen, daß der Betriebsrat aufgrund der von der Beklagten mündlich vorgetragenen Gründe zu der Auffassung gelangt sei, in einem solchen Fall sei eine fristlose Entlassung gerechtfertigt. Aus Ziffer 2 der Stellungnahme gehe aber hervor, daß die Kündigungsgründe durch die schriftliche Erklärung des Belastungszeugen der Beklagten noch bestätigt werden müßten. Der Betriebsrat habe sich somit nicht mit den mündlich vorgetragenen Kündigungsgründen begnügen wollen, sondern eine schriftliche Bestätigung durch den von der Beklagten angegebenen Belastungszeugen verlangt. Daraus folge, daß der Betriebsrat zum Ausdruck gebracht habe, daß er eine Zustimmung zur Kündigung erst dann geben werde, wenn seine Forderung erfüllt sei, oder die unter einer Auflage oder Bedingung erfolgte grundsätzliche Zustimmung erst mit Vorlage der zugesicherten schriftlichen Erklärung als endgültig erteilt anzusehen sei. Dieser Wille des Betriebsrats ergebe sich eindeutig aus dem Schreiben vom 2. September 1974, in dem er erklärt habe, daß er nach Erfüllung der Auflage und Kenntnis von der schriftlichen Erklärung nunmehr endgültig der Kündigung zustimme. Da die Zustimmung nach § 103 BetrVG überwiegend privatrechtliche Elemente enthalte, sei sie zwar als Rechtsgeschäft im Sinne des BGB aufzufassen und könne deswegen auch unter einer Bedingung erfolgen. Die Zustimmung sei aber nach § 158 BGB erst mit Eintritt der Bedingung am 2. September 1974 wirksam geworden. Da die Beklagte die außerordentliche Kündigung bereits vor der wirksamen Zustimmung ausgesprochen habe, sei sie wegen Verletzung des § 103 BetrVG unwirksam.

- 5 -



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



II. Die Revision rügt demgegenüber, das Erfordernis der Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG sei gewahrt. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden und habe die Zustimmung zur Kündigung erteilt. Die entsprechende Erklärung des Betriebsrats sei nicht bedingungsfeindlich. Im übrigen habe der Betriebsrat seine Zustimmung nicht bedingt abgegeben.

Die nach dieser Revisionsbegründung ausschließlich erhobene Rüge der Verletzung materiellen Rechts ist unbegründet. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs. 1 BetrVG ein Rechtsgeschäft ist, auf das weitgehend die Vorschriften des BGB anzuwenden sind und die deswegen auch unter einer Bedingung (§ 158 BGB) oder mit einer Auflage vorgenommen werden kann. Auch wenn man mit der wohl herrschenden Auffassung die Stellung und die Betätigung des Betriebsrats dem Privatrecht zuordnet (vgl. die Nachweise bei Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 33 Anm. 27 und Schuckardt, Der Betriebsratsbeschuß, Kölner Dissertation 1965, S. 99), bleibt offen, welche Vorschriften des BGB für die durch den Betriebsrat gefaßten Beschlüsse gelten. Das ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung weitgehend ungeklärt. Einigkeit besteht nur darüber, daß eine Anfechtung von Beschlüssen des Betriebsrats nach den §§ 119 ff. BGB ausgeschlossen ist (vgl. Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 33 Anm. 18 mit weiteren Nachweisen und BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit). Darüber hinaus hat der Senat in dem Urteil vom 1. April 1976 (2 AZR 179/75 - AP Nr. 8 zu § 102 BetrVG 1972 - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) angenommen, für die Auslegung von Stellungnahmen des Betriebsrats seien die Grundsätze des § 133 BGB anzuwenden. Bedenken gegen die Wirksamkeit von Beschlüssen, die der Betriebsrat mit einer Bedingung oder Auflage verbindet, könnten dagegen deswegen bestehen, weil im Schrifttum aus dem Wesen eines kollektiven Beschlusses gefolgert wird, daß auf den Antrag, über den beschlossen werde, nur eine zustimmende oder eine ablehnende Entscheidung möglich sei (vgl. Baltzer, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln und Berlin 1965, S. 100, 114 - 115 u. 171 und Zöllner,

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



Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963, S. 13).

2. Die Klärung dieser grundsätzlichen Frage, die nicht nur Bedeutung für die Beschlüsse hat, die der Betriebsrat bei der Beteiligung nach den §§ 102 und 103 BetrVG faßt, ist im Streitfall nicht erforderlich. Schon die bisher vom Senat entwickelten Grundsätze dafür, wann ein Arbeitgeber vor Ablauf der dem Betriebsrat zur Verfügung stehenden Frist zur Stellungnahme eine beabsichtigte außerordentliche Kündigung aussprechen darf, reichen aus, um das angefochtene Urteil im Ergebnis zu bestätigen.

a) Das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG wird für eine beabsichtigte außerordentliche Kündigung vor Ablauf der Frist von drei Tagen (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) nur dann beendet, wenn der Betriebsrat eine Stellungnahme abgegeben hat, aus der der Arbeitgeber entnehmen kann, daß der Betriebsrat eine weitere Erörterung der geplanten personellen Maßnahme nicht mehr wünscht, es sich also um eine eindeutig abschließende Stellungnahme des Betriebsrats handelt. Eine vor dem Abschluß des Anhörungsverfahrens ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 [zu III 3 der Gründe] und das Urteil des Senats vom 1. April 1976 - 2 AZR 179/75 - aaO). Diese Grundsätze gelten auch für das Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 1 BetrVG, das nicht völlig selbständig neben § 102 BetrVG steht, sondern eine qualifiziertere Form des Anhörungsverfahrens darstellt (vgl. den zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmten Beschluß des Senats vom 18. August 1977 - 2 ABR 19/77).

b) Es kommt somit darauf an, ob der Betriebsrat zu der außerordentlichen Kündigung des Klägers bereits am 29. August 1974 eindeutig abschließend seine Zustimmung erteilt hat.

aa) Nach der Würdigung des Landesarbeitsgerichts läßt die Stellungnahme des Betriebsrats vom 29. August 1974 in Verbindung mit seinem weiteren Beschluß vom 2. September 1974 eindeutig erkennen, daß er am 29. August 1974 der Kündigung noch nicht endgültig zustimmen, sondern zunächst die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe aufgrund einer ihm zugesagten schriftlichen Bestätigung nachprüfen wollte.

- 7 -

Die vom Landesarbeitsgericht zur Auslegung des Willens des Betriebsrats vorgenommene Ermittlung der Begleitumstände und die Annahme des eindeutigen Inhalts seiner Stellungnahme vom 29. August 1974 gehören zu den Tatsachenfeststellungen des angefochtenen Urteils (vgl. BAG 22, 424 = AP Nr. 33 zu § 133 BGB, und BAG AP Nr. 34 zu § 133 BGB und das Urteil des Senats vom 1. April 1976 - 2 AZR 179/75 - aaO). Diese der Auslegung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen sind für den Senat bindend, weil sie von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden sind (vgl. § 561 Abs. 2 ZPO).

bb) Nach dem Sachverhalt, der damit der Beurteilung durch den Senat unterliegt, hat der Betriebsrat der Beklagten am 29. August 1974 noch keine eindeutig abschließende Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers erteilt. Dabei ist es unerheblich, ob sein Verlangen, zunächst eine schriftliche Bestätigung der Kündigungsgründe vorzulegen, rechtlich als Auflage (vgl. dazu BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit [zu 4 b der Gründe]) oder als aufschiebende Bedingung i.S. des § 158 BGB zu werten ist. Entscheidend ist allein, daß der Betriebsrat am 29. August 1974 - auch für die Beklagte erkennbar - noch nicht bereit war, der Kündigung ohne Nachweis der gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe bereits endgültig zuzustimmen.

Es kommt mit Rücksicht auf den vom Landesarbeitsgericht festgestellten objektiven Erklärungswert dieser vorläufigen Stellungnahme des Betriebsrats auch nicht darauf an, ob die Beklagte irrtümlich angenommen hat, es liege bereits eine abschließende Zustimmung vor und sie könne nunmehr die beabsichtigte außerordentliche Kündigung aussprechen. Im übrigen deutet der Hinweis der Beklagten im Kündigungsschreiben, der Betriebsrat sei über die Kündigungsabsicht "informiert", darauf hin, daß sie sich seinerzeit selbst bewußt war, daß der Betriebsrat über die Kündigung noch weiter beraten wollte. Dafür spricht auch ihre zugestandene Bereitschaft, dem Betriebsrat die Kündigungsgründe noch durch eine schriftliche Bestätigung eines Kunden näher darzulegen.

- 8 -



- 8 -

c) Der Betriebsrat hat der außerordentlichen Kündigung endgültig erst am 2. September 1974 zugestimmt. Diese Zustimmung ist für die bereits am 29. August 1974 von der Beklagten ausgesprochene und dem Kläger am nächsten Tag zugegangene außerordentliche Kündigung rechtlich bedeutungslos, weil die nach § 103 Abs. 1 BetrVG für die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats erforderliche Zustimmung eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist, die ausnahmslos schon vor Ausspruch der Kündigung vorliegen muß (vgl. BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 103 BetrVG 1972 - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich aus der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung, daß es zulässig sei, die Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG mit einer aufschiebenden Bedingung zu verbinden. Dann wäre die Zustimmung nach § 158 Abs. 1 BGB erst mit Eintritt der Bedingung am 2. September 1974 wirksam geworden und erst in diesem Zeitpunkt hätte die nach § 15 Abs. 1 KSchG erforderliche Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung gegenüber dem Kläger vorgelegen. Eine vor Eintritt der Wirksamkeit der Zustimmung oder deren Ersetzung ausgesprochene Kündigung ist aber nicht nur schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig (vgl. BAG EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 17 = [demnächst] AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972 - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

gez.: Hillebrecht

Dr. Jobs

zugleich für den durch Urlaub an der  
Unterschrift verhinderten Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Roeper

Dr. Wiedemann

Brenne



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)