

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 103; KSchG 1969 § 15; BGB § 615;
ArbGG §§ 12, 61, 72 Streitwertrevision

Leitsätze:

1. Der Arbeitgeber kann einem Betriebsratsmitglied erst dann wirksam eine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn der Beschluß über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung (§ 103 Abs. 2 BetrVG) rechtskräftig ist. Eine vor diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung ist nicht nur schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig.
2. Der Arbeitgeber, der im Falle einer unwirksamen Kündigung durch ein dem Betriebsratsmitglied erteiltes Hausverbot ernsthaft und endgültig die Weiterbeschäftigung verweigert hat, kommt auch ohne Leistungsangebot des Betriebsratsmitglieds in Annahmeverzug.
3. Von der Pflicht zur Fortzahlung der Vergütung bei Annahmeverzug (§ 615 BGB) gilt eine Ausnahme, wenn der Arbeitgeber wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens die Annahme der Leistung zu Recht abgelehnt hat (BAG [Gr.Sen.] 3, 66 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG). Diese Voraussetzung wird durch einen Beschluß über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats für die Zeit vor Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses nicht bindend festgestellt.
4. Hat das Arbeitsgericht den Streitwert für bezifferte Zahlungsansprüche, deren Betrag 6.000,-- DM übersteigt, unter Berufung auf § 12 Abs. 7 ArbGG auf weniger als 6.000,-- DM festgesetzt, weil in dem Rechtsstreit als Vorfrage zu prüfen war, ob eine Kündigung wirksam ist, dann ist eine solche Streitwertfestsetzung offensichtlich unrichtig und für das Revisionsgericht nicht bindend. Es gilt der Betrag der Zahlungsklage als der für die Rechtsmittelfähigkeit maßgebende Streitwert.

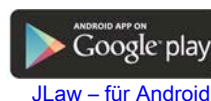
Aktenzeichen: 2 AZR 457/75

Urteil des BAG vom 11. November 1976

LAG München



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Verkündet am
11. November 1976

gez. Bittner,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. November 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Fink und Dr. Bächle für Recht erkannt:

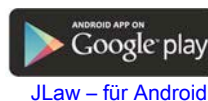
1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 6. Mai 1975 - 1 Sa 181/75 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 5. Februar 1975 - 1 Ca 888/74 Li - wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung und 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 war bei der Beklagten als Kontrolleur tätig und Mitglied des für den Betrieb der Beklagten gebildeten Betriebsrates. Am 26. September 1973 beantragte die Beklagte beim Betriebsrat die Zustimmung zur fristlosen Entlassung des Klägers. Sie begründete dies damit, daß der Kläger trotz Abmahnung wiederholt seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt, insbesondere mehrfach unbefugt seinen Arbeitsplatz verlassen habe; die letzte Pflichtverletzung habe er am 18. September 1973 begangen. Nachdem der Betriebsrat der Beklagten am 28. September 1973 mitgeteilt hatte, er stimme der Kündigung nicht zu, beantragte die Beklagte am 19. Oktober 1973 beim Arbeitsgericht, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers zu ersetzen. Das Arbeitsgericht gab diesem Antrag durch seinen am 25. Februar 1974 verkündeten Beschluß statt. Noch an diesem Tage kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. Die Beschwerde des Klägers gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts wurde durch Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 7. Oktober 1974 zurückgewiesen. Diesen ihm am 27. November 1974 zugestellten Beschluß hat der Kläger nicht angefochten.

Mit der Klage beansprucht der Kläger die Fortzahlung seines Gehaltes für die Zeit von März bis Ende November 1974 in der unstreitigen Höhe von 15.258,60 DM brutto abzüglich 3.485,24 DM netto nebst Zinsen. Die Beklagte hat zur Begründung ihres Antrags, die Klage abzuweisen, vorgetragen, das Arbeitsverhältnis sei durch die fristlose Kündigung vom 25. Februar 1974 bereits zu diesem Zeitpunkt rechtswirksam beendet worden. Zum Ausspruch der Kündigung sei sie berechtigt gewesen, nachdem das Arbeitsgericht die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung ersetzt gehabt habe. Die Rechtskraft dieses Beschlusses habe sie nicht abzuwarten brauchen. Auch habe sie der Kläger nicht in Annahmeverzug gesetzt; denn eine Weiterbeschäftigung sei ihr nicht zumutbar gewesen und der Kläger habe vor der erst im Juli 1974 erhobenen Klage seine Dienste nicht angeboten.

- 3 -



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



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und laut dem Protokoll vom 5. Februar 1975 über die Verkündung dieser Entscheidung den Streitwert auf 8.086,20 DM festgesetzt. Dieses Protokoll hat der Vorsitzende im Einvernehmen mit dem Protokollführer durch Beschluß vom 4. März 1975 dahin berichtet, daß der Streitwert auf 5.086,20 DM festgesetzt worden ist. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen und den Streitwert nicht neu festgesetzt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Zurückweisung der Berufung der Beklagten weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts.

A. Beide Parteien gehen zutreffend davon aus, daß die Revision als Streitwertrevision nach § 72 Abs. 4 Satz 4 ArbGG statthaft ist.

I. Das Arbeitsgericht hat die von ihm berichtigte und vom Landesarbeitsgericht nicht geänderte Festsetzung des Streitwerts auf 5.086,20 DM damit begründet, sie folge aus § 12 Abs. 7 ArbGG. Aus welchem Grunde der in dem Verkündungsprotokoll angegebene höhere Streitwert von 8.086,20 DM unrichtig sein soll, ist in dem Berichtigungsbeschluß nicht gesagt.

II. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Arbeitsgericht berechtigt war, seine ursprüngliche Streitwertfestsetzung zu berichtigen. Das Revisionsgericht ist weder an die ursprüngliche noch an die berichtigte Festsetzung des Streitwertes gebunden; denn beide sind offensichtlich unrichtig und unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Der richtige Streitwert beträgt auch offenkundig und auf den ersten Blick erkennbar mehr als 6.000,-- DM (vgl. zur ständigen Rechtsprechung nur BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung mit weiteren Hinweisen).

- 4 -

Die Streitwertfestsetzung des Arbeitsgerichts beruht auf einer eindeutig fehlerhaften Anwendung des § 12 Abs. 7 ArbGG. Streitgegenstand im vorliegenden Prozeß ist nicht die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1974. Diese ist nur eine Vorfrage für die vom Kläger eingeklagten Zahlungsansprüche; das reicht für die Anwendung des § 12 Abs. 7 ArbGG nicht aus (vgl. Grunsky, ArbGG, § 12 Anm. 4). Die Streitwertfestsetzung für die ausschließlich anhängigen Zahlungsansprüche hätte nach § 3 ZPO erfolgen müssen, die auf Zahlung eines Betrages von mehr als 6.000,-- DM, nämlich auf Zahlung von 15.258,60 DM brutto abzüglich 3.485,24 DM netto, gerichtet sind.

B. Die Revision ist auch begründet. Die Beklagte hat am 25. Februar 1974 eine unheilbar nichtige fristlose Kündigung ausgesprochen und schuldet dem Kläger den eingeklagten Betrag wegen Annahmeverzuges nach § 615 BGB.

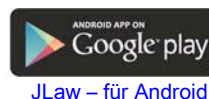
I. Das Arbeitsverhältnis ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1974 nicht beendet worden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat seine gegenteilige Auffassung damit begründet, die Beklagte habe die Kündigung erst nach der Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht ausgesprochen. Sie sei damit nach § 15 KSchG zulässig gewesen, weil nach dem Wortlaut des Gesetzes die Entscheidung, durch die die Zustimmung ersetzt werde, nicht rechtskräftig zu sein brauche. Das entspreche auch der Billigkeit, weil § 103 BetrVG nur verhindern solle, daß der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Betriebsrates oder ohne einen entsprechenden Beschluß des Arbeitsgerichtes ein Mitglied des Betriebsrates fristlos entlasse. Wenn der Betriebsrat die Zustimmung verweigert habe, müsse das Gericht entscheiden, ob ausreichende Gründe vorlägen, die eine Zustimmung rechtfertigten. Werde das vom Gericht angenommen, dann sei dem Schutzbedürfnis der Betriebsratsmitglieder vollauf genügt. Es widerspreche dem Begünstigungsverbot des § 78 BetrVG, wenn ein Mitglied des Betriebsrates, dessen Kündigung beabsichtigt sei, durch die Einlegung von Rechtsmitteln den Ausspruch der Kündigung trotz Vorliegens eines

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

wichtigen Grundes für längere Zeit verhindern könne. Sollte die Ersetzung der Zustimmung im Rechtsmittelverfahren wieder aufgehoben werden, dann "entfalle" die ausgesprochene Kündigung. Das sei jedoch kein Grund, die Ersetzung der Zustimmung vor Eintritt der Rechtskraft nicht als existent anzusehen. Diese Auslegung des § 103 BetrVG stimme mit der vergleichbaren Rechtslage bei der Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten oder einer schwangeren Arbeitnehmerin überein.

2. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts entspricht im wesentlichen den Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. Juli 1974 (BB 1975, 372) und des Reichsarbeitsgerichtes vom 13. November 1929 (ARS 8, 172, zu § 97 des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920). Da das Landesarbeitsgericht die Gehaltsansprüche des Klägers für die Zeit bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung abgewiesen hat, beruht seine Entscheidung offensichtlich auf der Auffassung, daß eine Kündigung, die aufgrund der noch nicht rechtskräftigen Ersetzungsentscheidung ausgesprochen wird, schwebend wirksam, d.h. auflösend bedingt ist durch eine spätere Entscheidung, mit der der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung zurückgewiesen wird. Danach wäre die am 25. Februar 1974 erklärte Kündigung schon zum Zeitpunkt ihres Ausspruches voll wirksam gewesen, da die Beschwerde des Klägers im Beschlußverfahren zurückgewiesen und damit die Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Ersetzung der Zustimmung rechtskräftig geworden ist.

3. Diese Auslegung des § 103 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit § 15 Abs. 1 KSchG widerspricht der im Ergebnis übereinstimmenden Auffassung des Schrifttums, mit dem sich das Landesarbeitsgericht nicht auseinandergesetzt hat (vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 103 Anm. 25; Dütz, Anmerkung zum Beschluß des Senates vom 27. Mai 1975 - 2 ABR 125/74 - EzA Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; Etzel, BlStSozArbR 1972, 86 [88]; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 103 Anm. 15; Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 103 Anm. 25; Gnade-Kehrman-Schneider, BetrVG, § 103 Anm. 5; Herschel, Anmerkung zum Beschluß des Senates vom 20. März 1975 - 2 ABR 111/74 -



EzA Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972 [unter I 2]; Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 15 Anm. 55 und 57; Kraft, GK-BetrVG, § 103 Anm. 14; Leipold, ZFA 1976, 273 [345-346]; Lepke, BB 1973, 894 [899]; Meisel, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 4. Aufl., S. 224; P. Nipperdey, DB 1975, 1891; Richardi, RdA 1975, 73 [75]; ders., Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II und III]; Rohlfing-Rewolle, KSchG, § 15 Anm. 3; Schäfer, Anmerkung zu LAG Niedersachsen vom 23. Juli 1974, BB 1975, 372; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Rdnr. 271). Während die überwiegende Meinung annimmt, daß der Arbeitgeber erst nach Rechtskraft der Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung kündigen kann, vertritt Richardi (vgl. vor allem RdA 1975, 73 ff.) - ebenso wohl auch Leipold, aaO, und Rohlfing-Rewolle, aaO - den Standpunkt, daß zwar schon aufgrund einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung eine Kündigung zulässig, diese aber zunächst schwebend unwirksam sei und erst mit dem Eintritt der Rechtskraft wirksam werde.

4. Der Senat hat in den Entscheidungen vom 20. März 1975 (AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 1 c der Gründe], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) und vom 24. April 1975 (AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 6 d der Gründe], ebenfalls zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt) erwogen, ob der Auffassung von Richardi zu folgen ist und die Kündigung schon wirksam ausgesprochen werden kann, sobald ein Gericht für Arbeitsachen die Zustimmung ersetzt hat. Eine abschließende Stellungnahme erübrigte sich damals. Im vorliegenden Fall muß die Frage entschieden werden. Der Senat schließt sich der herrschenden Lehre an. Danach wird die vom Betriebsrat verweigte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erst mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzt, die dem Antrag des Arbeitgebers stattgibt. Erst in diesem Zeitpunkt liegt die nach § 15 Abs. 1 KSchG erforderliche Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung gegenüber einem Mitglied des Betriebsrates vor.



5. Diese Auslegung des § 103 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit § 15 Abs. 1 KSchG folgt aus den Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über die Vollstreckbarkeit der im Beschlußverfahren ergehenden Entscheidungen und den Eintritt ihrer Wirksamkeit.

a) Nach § 85 Abs. 1 ArbGG findet die Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Beschlüssen der Arbeitsgerichte im Beschlußverfahren statt. Daraus folgt, daß im Beschlußverfahren Beschlüsse, die noch nicht rechtskräftig sind, auch nicht vorläufig vollstreckbar sind (vgl. Dietz-Nikisch, ArbGG, § 85 Anm. 24 - 29; Dersch-Volkmar, ArbGG, 6. Aufl., § 85 Anm. 2; Dütz, Anmerkung EzA Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972 [unter I 1]; Herschel, BB 1953, 861 [863]). Der sachliche Grund für die erst später eintretende Vollstreckbarkeit von Beschlüssen, die im Beschlußverfahren ergehen, liegt darin, daß die vorläufige Vollziehung von Entscheidungen in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten meistens nicht mehr vollständig wieder beseitigt werden kann (vgl. Dietz-Nikisch, aaO, § 85 Anm. 27).

Diese Überlegung hat nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung, sondern betrifft auch die sonstigen Wirkungen der im Beschlußverfahren noch nicht rechtskräftig getroffenen Regelungen (vgl. Dütz, aaO; Herschel, Anmerkung zum Beschluß des Senats vom 20. März 1975 - 2 ABR 111/74 - EzA Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972 [unter I 2]; Schäfer, BB 1975, 372). Könnte der Arbeitgeber bereits vor Rechtskraft der Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung eine schwebend unwirksame Kündigung aussprechen, dann würde dem noch nicht rechtskräftigen Beschluß des Arbeitsgerichts eine vorläufige materiellrechtliche Rechtswirkung zugebilligt und damit eine kraft Gesetzes ausgeschlossene einstweilige Entscheidungswirkung zuerkannt werden.

Das widerspricht nicht dem Beschluß des Ersten Senats vom 6. Mai 1975 (AP Nr. 5 zu § 65 BetrVG 1972), der es hat genügen lassen, daß ein Betriebsrat einen Jugendvertreter schon dann zu einer Schulungsveranstaltung entsandte, als nur das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren die Frage der Erforderlichkeit der Schulung bejaht hatte (vgl. Dütz, aaO [unter I]).

Der Erste Senat hat nämlich in der angezogenen Entscheidung tragend darauf abgestellt, dem Betriebsrat sei nicht zuzumuten gewesen, den Ausgang des Beschlußverfahrens abzuwarten, weil dann möglicherweise kein Interesse mehr an der Schulung bestanden habe oder eine weitere Schulungsveranstaltung nicht mehr vorgesehen gewesen sei. Diese Entscheidung beruht damit auf der Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles.

b) Dagegen, daß eine Kündigung bereits vor einer rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates nach § 15 KSchG zulässig sein könnte, spricht auch § 87 Abs. 3 ArbGG über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen eine Entscheidung im Beschlußverfahren.

Da die Vollstreckung aus Entscheidungen im Beschlußverfahren ohnehin erst möglich ist, wenn sie rechtskräftig geworden sind, kann sich die Bedeutung des § 87 Abs. 3 ArbGG nur auf die materiellrechtlichen Wirkungen noch nicht rechtskräftiger Beschlüsse beziehen. Sonst wäre diese Vorschrift überflüssig oder nur als Klarstellung der Rechtsfolgen aus § 85 ArbGG zu verstehen. Die Erwägung von Richardi (RdA 1975, 73 [76]), daß sich aus § 87 Abs. 3 ArbGG ein Anzeichen dafür entnehmen lasse, die Gestaltungs- oder Vollstreckungswirkung trete in bestimmten Fällen vor der Rechtskraft ein, kann allenfalls für die Wirksamkeit der (nach Änderung des § 85 Abs. 2 ArbGG durch das Betriebsverfassungsgesetz 1972) jetzt auch im Beschlußverfahren zulässigen einstweiligen Verfügungen gelten. Andere Fälle, in denen Entscheidungen im Beschlußverfahren entgegen der Vorschrift des § 85 Abs. 1 ArbGG vorläufig vollstreckbar sein können, sind nicht ersichtlich, wie auch Richardi (aaO) einräumt.

Mit der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde soll gewährleistet werden, daß durch die Entscheidung im Beschlußverfahren die gestörte Ordnung im Betrieb wieder hergestellt wird und eine Befriedung eintritt. Dieser Zweck ist nur durch endgültige, d.h. unanfechtbare Entscheidungen zu erreichen (vgl. Grüll, ArbGG, § 87 Anm. zu Abs. 3). Die mit der Beschwerde angegriffene vom Arbeitsgericht getroffene Regelung kann des-



wegen zunächst nicht durchgeführt werden (vgl. Dersch-Volkmar, aaO, § 87 Anm. 9; Gerstel, Anmerkung 1 zu RAG, ARS 8, 172 [178] und Flatow, Anmerkung 2 zu derselben Entscheidung, aaO, S. 180). Diese Bedeutung des § 87 Abs. 3 ArbGG hat das Reichsarbeitsgericht (aaO) nicht hinreichend umschrieben; denn es hat den gleichlautenden § 85 Abs. 3 ArbGG 1926 dahin ausgelegt, die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels im Beschlußverfahren bestehe nur darin, daß zunächst ein Schwebzustand eintrete, in dem es ungewiß bleibe, ob der angefochtene Beschluß bereits wirksam geworden sei oder nicht.

6. Die Folgerungen, die der Senat aus § 85 Abs. 1 und § 87 Abs. 3 ArbGG zieht, werden durch die Wirkungen bestätigt, die ein Gestaltungsurteil oder ein Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO hat. Dabei ist es unerheblich, welcher dieser beiden Arten von Urteilen die im Beschlußverfahren erfolgte Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung ähnlicher ist (vgl. dazu Richardi, RdA 1975, 73 [74 - 75]).

a) Ein Gestaltungsurteil ist weder vollstreckungsbedürftig noch vollstreckungsfähig (vgl. statt aller Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 95 Anm. III 1). Die materiellrechtliche Gestaltungswirkung tritt vielmehr regelmäßig erst mit der formellen Rechtskraft des Urteiles ein. Erst zu diesem Zeitpunkt werden die materiellen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien geändert, weil ein rückwirkender Eingriff in bestehende Rechtslagen wie bei einem rückwirkenden Gesetz die Rechtssicherheit beeinträchtigt und zur Verwirrung führt (vgl. Schlosser, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966, S. 58 und 67 und zu den im Streitfall nicht einschlägigen Ausnahmen von rückwirkenden Gestaltungsurteilen S. 59 ff.; ferner Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl. Bd. II, § 322 Anm. II 3).

Aufschlußreich für die hier zu entscheidende Frage sind insbesondere Gestaltungsurteile, durch die ein Gesellschafter nach § 140 HGB aus einer OHG oder nach § 34 GmbHG aus einer GmbH ausgeschlossen wird (vgl. P. Nipperdey, BB 1975, 1891).

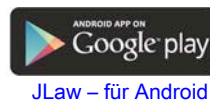


In beiden Fällen wird der Gesellschafter erst mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Vorher bleibt seine Rechtsstellung als Gesellschafter unberührt (vgl. Baumbach-Hueck, GmbHG, 13. Aufl., Einführung zu § 34 Anm. 2 B; Ulmer, GK-HGB, 3. Aufl., Bd. II/1, § 140 Anm. 40).

b) Ebenso ist die Rechtslage, wenn man den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung mit der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung vergleicht. Wird der Beklagte antragsgemäß verurteilt, dann gilt nach § 894 ZPO die Willenserklärung erst dann als abgegeben, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist. Aufgrund einer nicht rechtskräftigen Verurteilung wird noch keine (etwa auflösend bedingte) Willenserklärung unterstellt (vgl. Stein-Jonas-Münzberg, ZPO, aaO, Bd. III, § 894 Anm. I 4 u. II; Seuffert-Walshmann, ZPO, 12. Aufl., § 894 Anm. 1). Die gesetzliche Fiktion des § 894 ZPO bedeutet, daß mit der Rechtskraft alle diejenigen Rechtsfolgen eintreten sollen, die eine im Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft abgegebene Erklärung haben würde.

7. Nicht richtig ist der Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf die Vorschriften, die die vor der Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten oder einer schwangeren Arbeitnehmerin erforderliche behördliche Zustimmung regeln.

a) Nur für den Fall, daß die Verwaltungsbehörde die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten erteilt hat, schreibt § 18 Abs. 5 SchwbG vor, daß die dagegen eingelegten Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Demnach hat ein vom Arbeitnehmer gegen die Erteilung der Zustimmung eingeleitetes Rechtsmittelverfahren keine Auswirkungen auf das Kündigungsrecht des Arbeitgebers. Dieser kann vielmehr die beabsichtigte außerordentliche Kündigung aussprechen, sobald die Zustimmung erteilt ist (vgl. Gröninger, SchwbG 1976, § 18 Anm. 6; Wilrodt-Neumann, SchwbG, 4. Aufl., § 18 Anm. 26). Dieser ausdrückliche gesetzliche Vorbehalt im Schwerbehindertengesetz kann nicht als allgemeiner Rechtsge-
danke auf das Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG übertragen werden (vgl. Dütz, aaO [unter I 3]).



b) Im übrigen kann die noch nicht rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Ersetzung der Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG nicht mit der von der Verwaltungsbehörde erteilten Zustimmung zur Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten, sondern nur mit der Rechtsstellung des Arbeitgebers im Verwaltungsstreitverfahren verglichen werden, der gegen die Ablehnung des Zustimmungsantrags eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO erhoben hat (vgl. P. Nipperdey, BB 1975, 1891). Ein Urteil des Verwaltungsgerichts, das einer solchen Klage des Arbeitgebers statt gibt, ist nach § 167 Abs. 2 VwGO nur wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar (vgl. Dütz, aaO [unter I 3]). Selbst durch ein rechtskräftiges Urteil im Verwaltungsgerichtsverfahren wird die vom Arbeitgeber begehrte Zustimmung noch nicht ersetzt, weil die Verpflichtungsklage den erstrebten Erfolg nicht ohne weiteres herbeiführt (vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, 5. Aufl., § 42 Anm. 9; Redecker-von Oertzen, VwGO, 4. Aufl., § 113 Anm. 24). Die Verwaltungsbehörde wird vielmehr nur nach Maßgabe des § 113 Abs. 4 VwGO verpflichtet, die bisher abgelehnte Zustimmung zu erteilen. Erst wenn das geschehen ist, kann der Arbeitgeber die Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten aussprechen.

c) Ebenso muß der Arbeitgeber vorgehen, wenn er Klage erhebt, die Arbeitsbehörde zu verpflichten, eine von ihm beabsichtigte Kündigung gegenüber einer schwangeren Arbeitnehmerin nach § 9 Abs. 3 MuSchG für zulässig zu erklären. Mit einer solchen Verpflichtungsklage kann er nur die Voraussetzungen für eine künftige Kündigung schaffen (vgl. Bulla-Buchner, MuSchG, 4. Aufl., § 9 Anm. 175).

8. Da nach den nicht nur prozeßrechtlichen Folgen des § 85 Abs. 1 und des § 87 Abs. 3 ArbGG und der vergleichbaren Regelungen in der Zivilprozeß- und in der Verwaltungsgerichtsordnung die Zustimmung zur Kündigung gegenüber dem Kläger erst mit der Rechtskraft des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts vom 7. Oktober 1974 ersetzt worden ist, ist die von der Beklagten schon am 25. Februar 1974 ausgesprochene Kün-

digung nach § 15 Abs. 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG unheilbar nichtig; denn der Kündigung hat die nach dem Gesetz erforderliche vorherige Zustimmung gefehlt (ständige Rechtsprechung seit BAG AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

a) Bei Erörterung dieser Frage räumt Richardi zwar ein, daß die Zustimmung des Betriebsrates erst mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Arbeitsgerichtes ersetzt werde (vgl. RdA 1975, 73 [77]). Gleichwohl nimmt er an, es sei eine Frage des materiellen Rechts, ob die erst in diesem Zeitpunkt eintretende Ersetzung der Zustimmung bei einer schon früher erklärten Kündigung auf den Zeitpunkt ihres Ausspruches zurückwirke oder die Kündigung nicht jedenfalls mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung im Beschlußverfahren wirksam werde. Es läge insoweit eine Regelungslücke vor, die unter Berücksichtigung des Zweckes des besonderen Schutzes der Mitglieder des Betriebsrates zu schließen sei. Deren Schutzbedürfnis sei gewahrt, wenn die zuvor ausgesprochene Kündigung mit der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung wirksam werde (vgl. RdA 1975, 73 [74-75] und Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 2]).

Diese Lösung Richardis beruht letztlich auf der vom Senat bereits in den Entscheidungen vom 22. August 1974 und 20. März 1975 (AP Nr. 1 und 2 zu § 103 BetrVG 1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt) behandelten Auffassung, daß eine Zustimmung im Sinne des § 15 KSchG nicht stets vor Ausspruch der Kündigung vom Betriebsrat erteilt oder vom Gericht ersetzt sein müsse, sondern eine schon vorher ausgesprochene Kündigung durch eine nachträgliche Zustimmung oder deren Ersetzung zwar nicht rückwirkend, wohl aber mit ex-nunc-Wirkung geheilt werden könne (vgl. Leipold, ZFA 1976, 345). Bei der vom Senat vertretenen Ansicht wäre es in der Tat widersprüchlich, einerseits eine vorherige Zustimmung durch den Betriebsrat zu verlangen und andererseits eine noch nicht wirksame Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht genügen zu lassen (vgl. Herschel, Anmerkung EzA Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972, [unter I 2]; Richardi, Anmerkung AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972



[unter I 2]). Allein aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 KSchG läßt sich eine solche unterschiedliche Behandlung der Zustimmung und deren Ersetzung nicht herleiten, weil die Zustimmung aus den genannten Gründen erst mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung im Beschlußverfahren ersetzt ist und es deshalb insoweit keiner Auslegung des § 15 Abs. 1 KSchG mehr bedarf.

b) Auch im übrigen hält der Senat gegenüber der gegenteiligen Auffassung von Richardi daran fest, daß die Zustimmung, der nur die rechtskräftige Ersetzung gleichzustellen ist, bereits vor Ausspruch der Kündigung vorliegen muß. Allerdings war nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts die nach § 97 des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920 (BRG) erforderliche Zustimmung des Betriebsrates oder deren gerichtliche Ersetzung auch nachträglich möglich (vgl. die Nachweise bei Richardi, Anmerkung AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972 [unter III]). Diese Auffassung verkannte aber die Bedeutung des § 85 Abs. 3 ArbGG 1926 (s. oben zu B I 5 b am Ende). Sie kann im übrigen auch deswegen nicht zur Auslegung des § 15 KSchG herangezogen werden, weil sie für die nach § 97 BRG mögliche, jetzt aber ausgeschlossene ordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrates entwickelt worden ist.

c) Auch die von Richardi angezogene ältere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag vorgesehenen Zustimmung des Betriebsrats zu einer ordentlichen Kündigung (vgl. BAG AP Nr. 1 bis 3 zu § 184 BGB) ist nicht einschlägig. In allen Entscheidungen ging es um die Auslegungsfrage, was die Parteien des Tarifvertrages oder der Betriebsvereinbarung unter Berücksichtigung der jeweiligen Regelung unter dem Begriff der Zustimmung verstanden hatten (vgl. Larenz, Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 184 BGB; A. Hueck, Anmerkung zu BAG AP Nr. 3 zu § 184 BGB). Sie betrafen zudem nur die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung.

Die in diesen Entscheidungen für die vereinbarte Zustimmung entwickelten Grundsätze passen aber auch deshalb nicht für solche Fälle, in denen die Zustimmung eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung ist, weil hier das entscheidende Gewicht auf die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gelegt werden muß. Diese sind nur gewährleistet, wenn der Grundsatz gilt, daß einseitige Rechtsgeschäfte wie Kündigungen, denen eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt, unheilbar nichtig sind (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 15 BBiG [unter 2 c der Gründe] mit zustimmender Anmerkung von Söllner, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Das hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht bei der ohne vorherige behördliche Zustimmung ausgesprochenen Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten oder einer schwangeren Arbeitnehmerin ausdrücklich bestimmt (§ 12 SchwbG, § 9 MuSchG) und auch im bürgerlichen Recht weitgehend anerkannt (§§ 111, 118, 125, 1367 und 1831 BGB).

Eine gerichtliche Verfügung, die die Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt, wird nach § 53 Abs. 1 Satz 1 FGG erst mit der Rechtskraft wirksam. Daraus folgt, daß ein einseitiges Rechtsgeschäft, das vor der Wirksamkeit der ersetzenden Verfügung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommen wird, unwirksam ist und wiederholt werden muß (vgl. Jansen, FGG, 2. Aufl., Bd. II, § 53 Anm. 1; Keidel, FGG, 8. Aufl., § 53 Anm. 1; Schlegelberger, FGG, 7. Aufl., Bd. I, § 53 Rdnr. 1).

Alle diese Vorschriften enthalten einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch bei der Auslegung des § 15 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen ist und es gebietet, die Zustimmung des Betriebsrates oder deren rechtskräftige Ersetzung vor Ausspruch der Kündigung zu verlangen (vgl. Herschel, Anmerkung EzA Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972 [unter I 1]; Schlüter, Anmerkung EzA Nr. 6 wie vorher [unter I 1]).

d) Der vermittelnde Vorschlag von Richardi, bei der nachträglichen Zustimmung oder deren Ersetzung eine Rückwirkung insoweit anzunehmen, wie die Kündigung damit ex nunc wirksam werde, macht die Rechtslage nur noch schwieriger als sie ohnehin schon ist, ohne daß dies notwendig wäre. Auch nach der Auffassung von

Richardi muß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem gekündigten Arbeitnehmer fortsetzen, solange die Kündigung schwebend unwirksam ist (vgl. seine Anmerkung AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 1]). Das bringt für den Arbeitgeber nur den unerheblichen Vorteil, daß er die Kündigung nach der Zustimmung oder deren rechtskräftiger Ersetzung nicht zu wiederholen braucht (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 6 d]). Dem steht jedoch die weit schwerer wiegende und unerwünschte Rechtsunsicherheit für den gekündigten Arbeitnehmer entgegen, wann die Frist des § 4 KSchG für die Erhebung der Kündigungsschutzklage beginnt, d.h. zu welchem Zeitpunkt er eine zunächst schwebend unwirksame Kündigung angreifen müßte (vgl. Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 103 Anm. 26; Dütz, aaO [unter I 3]).

II. Da die Kündigung vom 25. Februar 1974 nichtig ist, ist die Beklagte in der folgenden Zeit mit der Annahme der Arbeitsleistungen des Klägers in Verzug gekommen. Sie ist daher gemäß § 615 BGB verpflichtet, das vom Kläger verlangte Gehalt für die Zeit von März bis Ende November 1974 fortzuzahlen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt der Arbeitgeber im Falle einer unwirksamen fristlosen Kündigung, mit deren Ausspruch er zugleich die Annahme der Dienste des Arbeitnehmers ablehnt, in der Regel nur dann in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer seine Dienste mündlich anbietet; doch reicht dazu ein erkennbarer Protest gegen die Kündigung aus (vgl. BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB mit weiteren Nachweisen). Ein solcher Widerspruch gegen die fristlose Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1974 kann darin gesehen werden, daß der Kläger gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts über die Ersetzung der Zustimmung Widerspruch eingelegt hat. Es ist aber zweifelhaft, ob dieser Widerspruch auf den Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung zurückwirkt (vgl. dazu Blomeyer, Anmerkung AP Nr. 26 zu § 615 BGB [unter B 1]; LAG Berlin, DB 1976, 587).



Auf diese Streitfrage braucht der Senat im vorliegenden Fall nicht näher einzugehen, weil ein wörtliches Angebot des Klägers unter den hier gegebenen besonderen Umständen nicht erforderlich gewesen ist. Nach den Feststellungen des Arbeitsgerichts, auf die das Landesarbeitsgericht verwiesen hat und die von der Beklagten nicht angegriffen worden sind, hat die Beklagte dem Kläger nach Ausspruch der Kündigung untersagt, ihren Betrieb zu betreten, und hat dem Betriebsrat mitgeteilt, daß der Kläger sonst gegen die Betriebsordnung verstoße. Da die Beklagte sich damit ernsthaft und endgültig geweigert hat, den Kläger weiterzubeschäftigen, brauchte der Kläger sich nicht ausdrücklich zur Weiterbeschäftigung bereit zu erklären; ein solches Angebot war sinnlos und deswegen überflüssig (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2. Aufl., S. 164; Söllner, Arbeitsrecht, 5. Aufl., S. 523; derselbe Anmerkung BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit mit weiteren Nachweisen aus dem Schrifttum).

2. Unbegründet ist der Einwand der Beklagten - jedenfalls für die Zeit bis zu der erst nach dem 30. November 1974 eingetretenen rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung -, der Kläger habe so schwerwiegende Vertragsverletzungen begangen, daß es ihr nicht zumutbar gewesen sei, ihn nach der Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht weiterzubeschäftigen.

a) Bei einer unwirksamen Kündigung steht dem Arbeitnehmer allerdings nicht stets ein Anspruch aus § 615 BGB zu, wenn der Arbeitgeber die weitere Beschäftigung abgelehnt hat. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt vielmehr weiter voraus, daß er die Annahme der Dienste des Arbeitnehmers ohne einen vom Recht anerkannten Grund verweigert hat. Er ist berechtigt, die Arbeitsleistung abzulehnen, wenn ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung der dem Arbeitnehmer zuzurechnenden Umstände nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (vgl. BAG [GS] 3, 66 [74-75] = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG [unter II 2 der Gründe mit weiteren Nachweisen]). Das gilt im Grundsatz auch für die Weiterbeschäftigung eines Mitglieds des Betriebsrats, dem der Arbeitgeber gekündigt hat, bevor die nach § 15 KSchG erforderliche Zustimmung durch das Arbeitsgericht rechtskräftig ersetzt worden ist (vgl. Dütz, aaO [unter I 2 b]; Kraft, GK-BetrVG,



§ 103 Anm. 12; P. Nipperdey, BB 1975, 1891 [1892]; jeweils mit weiteren Nachweisen aus dem Schrifttum und der Rechtsprechung der Instanzgerichte).

Im Streitfall braucht nicht entschieden zu werden, ob der Annahmeverzug des Arbeitgebers bei Unwirksamkeit der Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied nur dann ausgeschlossen ist, wenn er eine gerichtlich bestätigte Suspendierung vorgenommen oder wenn das Betriebsratsmitglied besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen hat, die eine Weiterbeschäftigung als schlechthin unzumutbar erscheinen lassen. Auch wenn allein darauf abgestellt wird, ob eine Weiterbeschäftigung im Sinne des § 626 BGB bis zur rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung unzumutbar war, ist die Beklagte in der Zeit von März bis November 1974 mit der Annahme der Dienste des Klägers in Verzug gewesen.

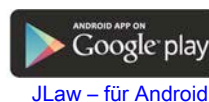
aa) Abzulehnen ist die Auffassung, daß der Arbeitgeber schon dann von seiner Pflicht zur Weiterbeschäftigung und zur Fortzahlung der Vergütung befreit sei, sobald ein Gericht die Zustimmung zur Kündigung ersetzt und damit einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung anerkannt habe (so allerdings P. Nipperdey, BB 1975, 1891 [1892]; ebenso wohl auch Rohlfsing Rewolle, KSchG, § 15 Anm. 3).

Der Beschluß des Arbeitsgerichts vom 25. Februar 1974 konnte vor Eintritt der Rechtskraft noch keine außerprozessuale Bindungswirkung für die Frage der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers auslösen (vgl. Dütz, aaO [unter I 1]). Erst mit der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung wird für einen etwa nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß wegen einer daraufhin ausgesprochenen Kündigung die grundsätzlich bindende Feststellung getroffen, daß eine außerordentliche Kündigung zum Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft des Beschlusses berechtigt gewesen wäre (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 10 BetrVG 1972 [unter II 4 der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt; Dütz, aaO [unter I 3]). Eine rückwirkende Präklusionswirkung für eine Zahlungsklage, mit der Gehaltsansprüche bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemacht

werden, hat die rechtskräftige Ersetzung der Zustimmung schon deswegen nicht, weil im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG in den Tatsacheninstanzen neue Kündigungsgründe nachgeschoben werden können (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 1 der Gründe]; Schlüter, Anmerkung EzA Nr. 6 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 1]). Es richtet sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Beschlußverfahren, ob der Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung begründet ist.

bb) Unabhängig davon, daß im Beschlußverfahren die Zustimmung zur Kündigung des Klägers für die Zeit nach dem 30. November 1974 rechtskräftig ersetzt wurde, war es der Beklagten deshalb nicht unzumutbar, den Kläger bis zum 30. November 1974 weiterzubeschäftigen, weil bei Ausspruch der Kündigung vom 25. Februar 1974 die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB bereits verstrichen war. Diese Ausschußfrist gilt nach den Entscheidungen des Senates vom 22. August 1974 (AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 [zu IV 1 der Gründe]) und vom 20. März 1975 (AP Nr. 2 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 2 a der Gründe], beide zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG. Die Frist beginnt wie auch sonst bereits mit der Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, die die Beklagte spätestens am 18. September 1973 erlangt hat. Der Arbeitgeber muß dann, wenn der Betriebsrat die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung verweigert hat, zumindestens innerhalb von zwei weiteren Wochen die Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht beantragen (vgl. die Entscheidung des Senates vom 20. März 1975, aaO [unter II 2 b der Gründe]). Diese Frist hat die Beklagte nicht eingehalten. Sie hat nach der ihr bereits am 28. September 1973 bekanntgegebenen Ablehnung des Betriebsrates erst am 19. Oktober 1973 das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht eingeleitet.

Nach der Versäumung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB wird vom Gesetz unwiderlegbar vermutet, daß die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, für dessen außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund vorgelegen haben mag, dem Arbeitgeber nicht



mehr unzumutbar ist (vgl. BAG 24, 292 [295] = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 und BAG 24, 341, [343, 344] = AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Wenn das im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG berücksichtigt worden wäre, hätte der Antrag der Beklagten auf Ersetzung der Zustimmung zurückgewiesen werden müssen. Dann kann aber die Beklagte aus den im Beschlußverfahren ergangenen unrichtigen Entscheidungen nicht herleiten, daß es ihr auch schon vor der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung unzumutbar gewesen sei, den Kläger weiterzubeschäftigen.

Eine ganz andere Frage, die im Streitfall keiner Klärung bedarf, ist es, ob sich die Präklusionswirkung der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung in einem Kündigungsschutzprozeß wegen einer später ausgesprochenen Kündigung auch auf die Frage der Wahrung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB erstreckt haben würde.

III. Da die Beklagte die vom Kläger eingeklagten Zahlungsansprüche der Höhe nach nicht bestritten hat, war auf die Revision des Klägers das angefochtene Urteil aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen, das der Klage stattgegeben hat.

gez.: Dr. Gröninger

Hillebrecht

Dr. Jobs

Fink

Dr. Bächle

