

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

Gesetz: KSchG 1969 § 15; BetrVG 1972 §§ 102, 103

Leitsätze:

1. Vor der außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Mitglied des Wahlvorstands oder einem Wahlbewerber in einem Betrieb ohne Betriebsrat muß der Arbeitgeber analog § 103 Abs. 2 BetrVG im Beschlußverfahren die Zustimmung des Arbeitsgerichts zu der Kündigung einholen (Bestätigung von BAG AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). In diesem Falle ist die Kündigung erst zulässig, wenn der Beschluß, durch den die Zustimmung erteilt wird, rechtskräftig geworden ist; eine vor diesem Zeitpunkt erfolgte Kündigung ist unheilbar nichtig (Fortführung von BAG AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).
2. Vom Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an kann der Arbeitgeber einem Mitglied des Wahlvorstands oder einem nicht in den Betriebsrat gewählten Wahlbewerber ohne Zustimmung außerordentlich kündigen (§ 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG). Ein in diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig abgeschlossenes Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ist jetzt erledigt. Zu einer nunmehr auszusprechenden Kündigung muß der Arbeitgeber jedoch den neugewählten Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG anhören. Diese Anhörung wird durch eine später im Beschlußverfahren erteilte Zustimmung nicht ersetzt.

Aktenzeichen: 2 AZR 637/76

Urteil des BAG vom 30. Mai 1978 IAG Baden-Württemberg



2 AZR 637/76

9 Sa 42/76 Baden-Württemberg

Verkündet am
30. Mai 1978

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Mai 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Peppler und Thieß für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 5. August 1976 - 9 Sa 42/76 - wird zurückgewiesen.

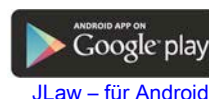
Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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:

Die Klägerin war seit Januar 1974 in einem Kaufhaus der Beklagten in S als Verkäuferin beschäftigt. Sie wurde am 19. August 1974 zum Mitglied des Wahlvorstands für die erstmals durchzuführende Betriebsratswahl bestellt und trat selbst als Wahlbewerberin auf. Am 27. August 1974 überließ die Klägerin einer Kollegin unerlaubt Fleisch- und Wurstwaren im Werte von 3,20 DM. Die Beklagte beantragte daraufhin Ende August 1974 beim Arbeitsgericht unmittelbar die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin zu erteilen, weil im Betrieb noch kein Betriebsrat bestehe. Das Arbeitsgericht hat diesem Antrag durch Beschluß vom 2. Oktober 1974 stattgegeben. Aufgrund dieser Entscheidung hat die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 2. Oktober 1974 fristlos gekündigt. Bei der am 19. Oktober 1974 durchgeführten Betriebsratswahl ist die Klägerin nicht gewählt worden. Die Beklagte hat nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses der Klägerin am 28. Oktober 1974 erneut fristlos gekündigt. Diese Kündigung ist ohne Anhörung des Betriebsrats erfolgt. Die Klägerin hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen vom 2. und 28. Oktober 1974 nicht beendet worden sei.

Die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts vom 2. Oktober 1974, durch den die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erteilt worden war, wurde vom Landesarbeitsgericht durch Beschluß vom 30. April 1975 zurückgewiesen. Das Landesarbeitsgericht ging bei dieser Entscheidung aufgrund des unvollständigen Vortrages der Parteien irrtümlich davon aus, daß auch zu diesem Zeitpunkt im Betrieb der Beklagten in S noch kein Betriebsrat bestanden habe und hat deswegen auch den Betriebsrat nicht als Beteiligten im Beschwerdeverfahren geladen. Das Landesarbeitsgericht hat in der Begründung seiner Entscheidung u.a. ausgeführt, erst mit Rechtskraft seiner Entscheidung sei innerhalb von zwei Wochen eine außerordentliche

- 3 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Kündigung zulässig. Die Kündigung vom 2. Oktober 1974 sei deswegen unheilbar nichtig. Der Beschluß vom 30. April 1975 ist dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 25. August 1975 zugestellt worden. Die Beklagte hat mit folgendem Schreiben vom 27. August 1975 der Klägerin erneut wiederum ohne Anhörung des Betriebsrats fristlos gekündigt:

"....
Bezüglich des mit Ihnen geführten Rechtsstreites liegt uns nun die schriftliche Urteilsbegründung des Landesarbeitsgerichts Freiburg vor.
Nur vorsorglich für den Fall, daß die Rechtsprechung eine Kündigungsmöglichkeit erst nach Erlangen der Rechtskraft des Beschlusses vorsieht, kündigen wir das Arbeitsverhältnis nochmals fristlos."

Die Klägerin hat auch die Unwirksamkeit dieser dritten Kündigung gerichtlich geltend gemacht. Sie hat vorgetragen, alle drei Kündigungen seien unwirksam, weil sie vor der rechtskräftigen Erteilung der Zustimmung durch das Gericht erfolgt seien.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat u.a. vorgetragen, wenn auch bei der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats den Mitgliedern des Wahlvorstands und den Wahlbewerbern der besondere Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG zustehen sollte, dann könne diesem Personenkreis jedenfalls kein weitergehender Schutz eingeräumt werden, als den Amtsträgern (§ 15 KSchG) in Betrieben, in denen bereits ein Betriebsrat vorhanden sei. Wenn die Zustimmung zur Kündigung beim Betriebsrat beantragt und von diesem erteilt werde, könne der Arbeitgeber innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB kündigen. Es müsse deshalb in einem Betrieb ohne Betriebsrat ausreichen, daß das Arbeitsgericht, das an die Stelle des nicht vorhandenen Betriebsrats trete, die Zustimmung erteilt habe. Mehr dürfe man vom Arbeitgeber nicht verlangen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, daß das Arbeitsverhältnis bereits durch die fristlose Kündigung vom 2. Oktober 1974 beendet worden sei,

weil eine Kündigung bereits nach Ersetzung oder Erteilung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht ausgesprochen werden könne.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlosen Kündigungen vom 2. und 28. Oktober 1974 und vom 27. August 1975 nicht beendet worden ist. Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, alle drei von der Klägerin angegriffenen Kündigungen seien unwirksam, weil sie ausgesprochen worden seien, bevor im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG die gerichtliche Zustimmung zur Kündigung der Klägerin rechtskräftig geworden sei. Wie sich aus § 87 Abs. 3 ArbGG ergebe, habe die Beschwerde gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts vom 2. Oktober 1974, das die Zustimmung erteilt habe, aufschiebende Wirkung gehabt. Damit sei die Rechtswirkung der erteilten Zustimmung aufgeschoben worden. Deshalb könne der Überlegung der Beklagten nicht gefolgt werden, daß in einem Betrieb ohne Betriebsrat an dessen Stelle gleichgeordnet das Gericht trete, dessen Entscheidung den Beschluß eines fehlenden Betriebsrats ersetze. Ob es der Beklagten nicht zuzumuten gewesen sei, nach dem Beschluß des Arbeitsgerichts vom 2. Oktober 1974 möglicherweise ein weiteres Jahr bis zur Rechtskraft der Entscheidung mit der Kündigung zu warten, sei schon deswegen unerheblich, weil der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 KSchG innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses geendet habe. Für die Beklagte habe demnach die Möglichkeit bestanden, sich sogar schon vor Rechtskraft der Entscheidung im Beschlußverfahren von der Klägerin zu trennen.



B. Dieser Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist hinsichtlich der Kündigung vom 2. Oktober 1974 im Ergebnis und in der Begründung zuzustimmen (vgl. unten C) und hinsichtlich der weiteren Kündigungen vom 28. Oktober 1974 und 27. August 1975 jedenfalls im Ergebnis zu folgen (vgl. unten D).

C. Die Kündigung vom 2. Oktober 1974 ist mangels Rechtskraft der Zustimmungsentscheidung des Arbeitsgerichts gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG und § 103 Abs. 2 BetrVG nichtig.

I. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Klägerin als Mitglied des Wahlvorstands der besondere Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG bei Ausspruch der Kündigung vom 2. Oktober 1974 zugestanden hat, obwohl in dem Betrieb in S ... noch kein Betriebsrat gewählt war. Die Beklagte konnte in dieser Zeit überhaupt nur eine außerordentliche Kündigung wirksam aussprechen, nachdem sie entsprechend § 103 Abs. 2 BetrVG das Zustimmungsverfahren beim Arbeitsgericht erfolgreich durchgeführt hatte. Das Landesarbeitsgericht ist damit den Grundsätzen gefolgt, die der Senat in dem Urteil vom 12. August 1976 - 2 AZR 303/75 - aufgestellt hat (AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969 m. zust. Anm. v. G. Hueck = AR-Blattei "Betriebsverfassung IX" Entsch. 28 m. zust. Anm. v. Hanau = SAE 1977, 149 m. abl. Anm. v. Glaubitz; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen).

1. Der Senat hält auch gegenüber der kritischen Stellungnahme von Glaubitz (aaO) daran fest, daß die besondere Schutzbedürftigkeit der Mitglieder des Wahlvorstands und der Wahlbewerber unabhängig davon anzuerkennen ist, ob bereits ein Betriebsrat besteht oder nicht. Wenn erstmals ein Betriebsrat gewählt werden soll und deshalb seine Zustimmung zur Kündigung eines Wahlvorstandsmitglieds oder eines Wahlbewerbers nach § 103 Abs. 1 BetrVG nicht eingeholt werden kann, liegt eine Regelungslücke vor, die durch die entsprechende Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG auszufüllen ist.



- 6 -

2. Glaubitz hält die Rechtsauffassung des Senats für nicht überzeugend, weil dadurch den Mitgliedern des Wahlvorstands in betriebsratslosen Betrieben ein stärkerer Schutz gewährt werde als in Betrieben mit einem Betriebsrat. In dem zuletzt genannten Falle komme das Arbeitsgericht nur dann zum Zuge, wenn der Betriebsrat nicht schon selbst der Kündigung zugestimmt habe. Das führe zu einer Ungleichbehandlung.

Diese Bedenken beruhen auf einer Verkenntung der Aufgaben, die der Betriebsrat bei der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts nach § 103 Abs. 1 BetrVG zu erfüllen hat. Es ist zwar nicht auszuschließen, daß ein Betriebsrat der Kündigung eines Wahlvorstandsmitglieds aus Gründen zustimmt, die mit dem Kündigungssachverhalt nichts zu tun haben. Der Betriebsrat verletzt aber seine Amtspflichten, wenn er sich von unsachlichen Erwägungen leiten läßt; denn er hat seine Entscheidung über den Zustimmungsantrag nach § 103 Abs. 1 BetrVG jedenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (vgl. G. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969 mit weiteren Nachweisen).

3. Auch die Systematik des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG schließt es entgegen der Auffassung von Glaubitz (aaO, S. 152 f.) nicht aus anzunehmen, daß der Normenkomplex des § 15 Abs. 3 KSchG und des § 103 BetrVG für Betriebe, in denen kein Betriebsrat besteht, eine Regelungslücke enthält. Es ist unerheblich, ob die Verweisung in § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG auf § 103 BetrVG nur wegen des Sachzusammenhanges erfolgt ist und ob deswegen der letzte Halbsatz des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG etwa nur deklaratorische Bedeutung hat. Dadurch entfällt nicht die Grundlage für die vom Senat in dem Urteil vom 12. August 1976 (aaO) eingehend begründete analoge Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG. Der Senat hat sich nicht auf eine Auslegung des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG beschränkt, sondern gerade wegen des Sachzusammenhanges diese Bestimmung und die in Bezug genommene

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Vorschrift des § 103 BetrVG zu einem einheitlichen Normenkomplex zusammengefaßt, dessen Zweck sich insbesondere aus den Gesetzesmaterialien zu § 103 BetrVG und den Vorschriften des § 14 Abs. 7, § 16 Abs. 2 und § 17 BetrVG ergibt.

II. Die Beklagte hat sich an diese Rechtsprechung gehalten, als sie noch innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Ende August 1974 die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung beim Arbeitsgericht beantragte. Sie hatte damit zunächst alles getan, um sich ihr Recht zur außerordentlichen Kündigung während der Amtszeit der Klägerin als Mitglied des Wahlvorstands zu erhalten. Die Revision wendet sich deswegen auch nicht im Grundsatz gegen die entsprechende Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG. Sie meint aber, die entsprechende Anwendung bedeute, daß beim Fehlen eines Betriebsrats bereits die noch nicht rechtskräftige Zustimmung des Arbeitsgerichts ausreiche und einer Zustimmung durch den Betriebsrat gleichzustellen sei. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

1. Der Senat hat in dem Urteil vom 12. August 1976 (aaO) ausgeführt, das analog § 103 Abs. 2 BetrVG erforderliche Zustimmungsverfahren beim Arbeitsgericht müsse "erfolgreich durchgeführt" worden sein, bevor der Arbeitgeber wirksam außerordentlich kündigen könne. Damit ist nicht ausdrücklich die Frage entschieden worden, ob die Zustimmung des Arbeitsgerichts genügt oder ob der Arbeitgeber die Rechtskraft dieser Entscheidung abwarten muß. Dazu hat der Senat in seinem Urteil vom 11. November 1976 - 2 AZR 457/75 - (AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972 = AR-Blattei "Betriebsverfassung IX" Entsch. 29 m. zust. Anm. v. Hanau = EzA Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 m. zust. Anm. v. Kraft = SAE 1978, 96 m. abl. Anm. v. Grassmann; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen) Stellung genommen: Für den Fall der gerichtlichen Ersetzung der Zustimmung kann der Arbeitgeber gegenüber einem der in § 15 KSchG genannten Amtsträger erst dann wirksam eine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn der Beschluß über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung rechtskräftig ist; eine

vor diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung ist nicht etwa schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig.

2. Die von Grasmann (aaO) gegen die Begründung dieser Entscheidung erhobenen Bedenken widerlegen nicht die vom Senat vertretene Auffassung. Sie rechtfertigen es nicht, die bisherige Rechtsprechung aufzugeben.

Der Beschluß, durch den die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzt wird, hat keinen echten "Doppelcharakter", wie Grasmann annimmt. Seine Rechtsfolge, die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats für eine Kündigung des Arbeitgebers, tritt unmittelbar erst mit der formellen Rechtskraft (Unanfechtbarkeit) des Beschlusses ein (vgl. für rechtsgestaltende Entscheidungen: Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., S. 498; für die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO: Stein-Jonas-Münzenberg, ZPO, 19. Aufl., § 894 I 4). Demgegenüber wird die Feststellung, daß eine außerordentliche Kündigung "zu dem damaligen Zeitpunkt" berechtigt gewesen wäre, nur inzidenter im Rahmen der Begründung der Entscheidung getroffen (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 3 und II 4; auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt]).

Diese Feststellung erweitert die materielle Rechtskraft des Ersetzungsbeschlusses über den Streitgegenstand hinaus (vgl. Dütz, Anm. zu BAG EzA Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972 [unter I 3 c (2)]). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob diese Präjudizwirkung für einen anderen Rechtsstreit mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Beschlusses beginnt (so das Urteil des Senates vom 11. November 1976, aao [unter B II 2 a) aa]), oder ob dafür der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der ersten oder in der Beschwerdeinstanz maßgeblich ist (so Grasmann, aaO, S. 103 f.). Auch wenn die Ansicht von Grasmann zutreffen sollte, folgt daraus nicht, daß die Ersetzung der Zustimmung, die erst durch die formelle Rechtskraft bewirkt wird, auf einen früheren Zeitpunkt zurückwirkt. Die innerprozessuale (formelle) und die außerprozessuale (materielle) Wirkung



der Rechtskraft fallen nicht notwendig zusammen (vgl. Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 322 Anm. A II). Die Präjudizwirkung bezieht sich auf den nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß und schließt aufgrund der sie ergänzenden Präklusionswirkung den Vortrag von Tatsachen aus, die schon im Beschlußverfahren hätten geltend gemacht werden können (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II. 4]).

Die Präklusionswirkung wird allerdings auf den Zeitpunkt der letzten Verhandlung im Beschlußverfahren begrenzt (vgl. Rosenberg-Schwab, aaO, S. 878 ff., und BAG AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 [unter II 4]). Das ist jedoch für die davon zu unterscheidende Frage unerheblich, wann im Beschlußverfahren die Zustimmung ersetzt worden ist und ob der rechtskräftige Beschluß in die Zeit vor Eintritt der Rechtskraft zurückwirkt.

Die von Grasmann vorgeschlagene Lösung beruht im Ansatz auf der vom Senat bereits mehrfach eingehend erörterten, aber stets abgelehnten Auffassung, daß im Regelungsbereich des § 103 BetrVG eine vor der Zustimmung des Betriebsrats oder deren rechtskräftiger Ersetzung ausgesprochene Kündigung nicht unheilbar nichtig, sondern nur schwebend unwirksam sei (vgl. dazu BAG AP Nr. 1 [unter I 2], AP Nr. 2 [unter II 1] zu § 103 BetrVG 1972 und insbesondere das Urteil vom 11. November 1976, aaO [unter B I 8]; alle zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

Auch der von Grasmann angeführte Vergleich zwischen der Rechtslage bei einer Eventualaufrechnung im Prozeß und dem Schwebezustand, der bei der Zulassung einer schwebend unwirksamen Kündigung eintreten würde, bringt keine Lösung. Dafür sind die jeweiligen Interessenlagen der beteiligten Parteien zu unterschiedlich. Anders als bei der Eventualaufrechnung, bei der ein echter Schwebezustand nicht entsteht, würde durch die Anerkennung einer schwebend unwirksamen Kündigung, die den Arbeitgeber nach der Vorstellung



von Grasmann schon dazu berechtigen soll, die Zahlung des Lohnes und die Beschäftigung abzulehnen, ein vorweggenommener schwerer Eingriff in den Bestand des Arbeitsverhältnisses und damit zumindest mittelbar in die Amtstätigkeit der in § 103 BetrVG genannten und durch diese Vorschrift besonders geschützten Funktionsträger zugelassen, dessen Folgen bei späterer Unwirksamkeit der Kündigung nur unzulänglich beseitigt werden könnten.

3. Entgegen der Auffassung der Revision sind die in der Entscheidung vom 11. November 1976 (aaO) aufgestellten Grundsätze sowohl auf die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht zur Kündigung eines Amtsträgers als auch auf die Erteilung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht bei analoger Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG in den Fällen anzuwenden, in denen kein Betriebsrat besteht. Dazu gilt im einzelnen folgendes:

a) Die Begründung des Urteils vom 11. November 1976 (aaO) stellt nicht auf die Besonderheiten des Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung und auf die Schutzbedürftigkeit von Mitgliedern des Betriebsrats ab. Die Auslegung des § 103 Abs. 2 BetrVG, daß die Zustimmung erst mit Rechtskraft der Entscheidung im Beschlußverfahren ersetzt ist, folgt vielmehr aus den für das Beschlußverfahren geltenden allgemeinen und zwingenden Verfahrensgrundsätzen über die Vollstreckbarkeit der im Beschlußverfahren ergehenden Entscheidung und über den Eintritt ihrer Wirksamkeit. Die Ersetzung der Zustimmung beruht auf der Gestaltungs- oder Erstreckungswirkung des gerichtlichen Beschlusses, die nach § 85 Abs. 1 und § 87 Abs. 3 ArbGG nicht vor der Rechtskraft eintreten kann.

Nach diesen verfahrensrechtlichen Grundsätzen ist für Billigkeits- und Zumutbarkeitserwägungen kein Raum (vgl. Kraft, Anm. EzA Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972 [unter B I 2]; P. Nipperdey, DB 1975, 1891). Für die Frage, wann der Arbeitgeber eine zustimmungsbedürftige Kündigung aussprechen darf,



ist es insbesondere unerheblich, ob und wie lange es ihm zugemutet werden kann, nach einer mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung des Arbeitsgerichts mit dem Ausspruch der Kündigung zu warten.

b) Das gilt nicht nur für das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG, sondern auch für die beim Fehlen eines Betriebsrats erforderliche gerichtliche Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines betriebsverfassungsrechtlichen Amtsträgers. Auch über diesen Antrag ist im Beschlußverfahren nach den dafür geltenden Verfahrensvorschriften zu entscheiden (§§ 80 ff. ArbGG). Eine noch nicht rechtskräftige, sondern mit der Beschwerde angegriffene Erteilung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht kann zunächst nicht durchgeführt werden, wie sich aus § 85 Abs. 1 und § 87 Abs. 3 ArbGG ergibt.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, beim Fehlen eines Betriebsrats die Zustimmung zur Kündigung eines Mitglieds des Wahlvorstandes beim Arbeitsgericht zu beantragen, beruht zwar auf einer "entsprechenden" Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG. Das bedeutet aber nicht, daß damit auch die Verfahrensvorschriften für das erforderliche Zustimmungsverfahren nur analog anzuwenden seien und das Verfahren bei der gerichtlichen Erteilung der Zustimmung anders ausgestaltet werden könne als bei der Ersetzung der Zustimmung. Die entsprechende Anwendung des § 103 Abs. 2 BetrVG schafft nur die Rechtsgrundlage für das Zustimmungsverfahren; dessen Abwicklung aber richtet sich nach den allgemein gültigen Verfahrensvorschriften des Beschlußverfahrens.

4. Wie der Revision zuzugeben ist, kann es in einem Betrieb ohne Betriebsrat im Einzelfall möglich sein, daß die Notwendigkeit des Zustimmungsverfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG ein Mitglied des Wahlvorstands begünstigt.

a) Kann nämlich die Zustimmung bei einem bestehenden Betriebsrat beantragt werden, so wird dieser in den Fällen, in denen eindeutig ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, die Zustimmung auch erteilen.

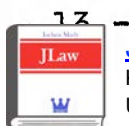


Wird hingegen wegen Fehlens eines Betriebsrats die unmittelbare Zustimmung durch das Arbeitsgericht erforderlich, dann muß der Arbeitgeber stets mit der Kündigung bis zu einer rechtskräftigen arbeitsgerichtlichen Entscheidung warten und damit eine gewisse zeitliche Verzögerung hinnehmen (vgl. Hanau, AR-Blattei "Betriebsverfassung IX" Anm. zur Entsch. 28).

b) Die dadurch mögliche Besserstellung des Arbeitnehmers, dessen Kündigung beabsichtigt ist, und die Schlechterstellung des Arbeitgebers können aber nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß dem Arbeitgeber in vermeintlich "eindeutigen Fällen" zugebilligt wird, schon aufgrund einer noch nicht rechtskräftigen Zustimmung des Arbeitsgerichts die außerordentliche Kündigung auszusprechen. Das wäre mit den Verfahrensvorschriften des Beschlußverfahrens unvereinbar und würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen.

c) Eine Möglichkeit, die geeignet ist, die mit dieser Rechtslage für den Arbeitgeber verbundenen Nachteile zu mildern und unbillige Ergebnisse zu vermeiden, hat der Senat in der Entscheidung vom 11. November 1976 (aaO [zu II 2 der Gründe]) aufgezeigt: Bei einer schwerwiegenden Vertragsverletzung kann der Arbeitgeber berechtigt sein, die Arbeitsleistung abzulehnen, wenn ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung der dem Arbeitnehmer zuzurechnenden Umstände nicht zuzumuten ist. Das gilt im Grundsatz auch für die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers, dem der Arbeitgeber gekündigt hat, bevor die nach § 15 KSchG erforderliche Zustimmung durch das Arbeitsgericht rechtskräftig erteilt oder ersetzt worden ist. Da es im Streitfall nur um die Unwirksamkeit der Kündigung vom 2. Oktober 1974 und nicht um Gehaltsforderungen der Klägerin für die Zeit nach dieser Kündigung geht, braucht nicht entschieden zu werden, ob die Beklagte die Weiterbeschäftigung der Klägerin aus einem vom Recht anerkannten Grund verweigert hat.

Die Interessen des Arbeitgebers, der vor Ausspruch der Kündigung ein Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG durchführen muß, werden aber auch deswegen nicht erheblich berührt, weil das Kündigungsschutzprivileg aus § 103 BetrVG



für die Mitglieder des Wahlvorstands und die Wahlbewerber, die nicht gewählt werden, zeitlich kurz befristet ist. Es ist nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG auf die Zeit bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses und damit auf die Dauer der Wahl begrenzt (so schon BAG AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969 [zu II 8 der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Da die Beklagte im Streitfall bereits vor der zweiten Kündigung vom 28. Oktober 1974 nicht mehr an die Beschränkung des § 103 BetrVG in Verbindung mit § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG gebunden war, ist es nicht auf eine unbefriedigende objektive Rechtslage, sondern auf ihre subjektive Rechtsunkenntnis zurückzuführen, daß sie das gegenstandslos gewordene Zustimmungsverfahren weiterbetrieben und nicht bereits im Oktober 1974 für erledigt erklärt hat (vgl. dazu Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., § 103 Anm. 17; BAG 12, 107 = AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG).

D. Die späteren Kündigungen vom 28. Oktober 1974 und 27. August 1975 sind nach § 102 Abs. 1 BetrVG nichtig, weil die Beklagte dazu nicht den am 19. Oktober 1974 gewählten Betriebsrat angehört hat. Die Kündigung vom 22. August 1975 ist zudem verspätet; sie ist nicht unverzüglich ausgesprochen worden, nachdem für diese Kündigung keine Zustimmung mehr erforderlich war.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zwar erwähnt, daß der "besondere Kündigungsschutz" der Klägerin sechs Monate nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses geendet habe. Es hat aber ebenso wie die Beklagte bei der zweiten Kündigung vom 28. Oktober 1974 nicht berücksichtigt, daß der besondere Kündigungsschutz von Mitgliedern des Wahlvorstands und von nicht gewählten Wahlbewerbern nach § 15 Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG stufenweise abgebaut wird.

1. Den vollen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG einschließlich des Zustimmungserfordernisses nach § 103 BetrVG hatte die Klägerin nur bis zur Bekanntgabe

- 14 -

des Wahlergebnisses, die vor dem 28. Oktober 1974 erfolgt war. Von diesem Zeitpunkt an wirkte der besondere Kündigungsschutz zugunsten der Klägerin nach § 15 Abs. 3 Satz 2 KSchG für die folgenden sechs Monate noch insoweit nach, daß ihr zwar ohne Zustimmung des Betriebsrats, aber nur aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte, während die ordentliche Kündigung ausgeschlossen war.

Die Beklagte brauchte demnach zu der am 28. Oktober 1974 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung zwar nicht mehr die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG einzuholen, sie hätte aber den inzwischen gewählten Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG anhören müssen (vgl. Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 15 Anm. 18). Da die Beklagte unstreitig kein Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG eingeleitet hat, ist die Kündigung vom 28. Oktober 1974 unheilbar nichtig (ständige Rechtsprechung seit BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

2. Die Anhörung des Betriebsrats vor der zweiten Kündigung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil das Arbeitsgericht bereits durch Beschluß vom 2. Oktober 1974 die an diesem Tage noch erforderliche Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin erteilt hatte.

a) Im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG mit dem Antrag auf Ersetzung der Zustimmung ist das Arbeitsgericht lediglich befugt, die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zu ersetzen. Daher muß der Betriebsrat, bevor das Gericht im Regelungsbereich des § 103 BetrVG entscheiden darf, zuvor Gelegenheit gehabt haben, über die beantragte Zustimmung zu befinden und zu etwa nachgeschobenen Kündigungsgründen Stellung zu nehmen (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 2 der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; BAG AP Nr. 4 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 2 c der Gründe] und BAG AP Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972 [zu II 4 d der Gründe]). Nichts anderes gilt, wenn das Arbeitsgericht wegen Fehlens eines Betriebsrats in entsprechender Anwendung des

- 15 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

§ 103 Abs. 2 BetrVG die erforderliche Zustimmung zur Kündigung erteilt. Das Gericht wird nicht als "Ersatzbetriebsrat" tätig, sondern vollzieht in eigener Zuständigkeit die Aufgaben, die sich sonst einem bestehenden Betriebsrat stellen würden (vgl. G. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969).

b) Daraus folgt, daß das Arbeitsgericht grundsätzlich nicht befugt ist, in die Aufgaben des Betriebsrats einzugreifen, dessen Zuständigkeit an sich zu ziehen und die ihm übertragenen Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrechte selbst auszuüben. Da die Klägerin nach der Wahl des Betriebsrats am 19. Oktober 1974 nicht mehr den vollen Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG hatte, war am 28. Oktober 1974, dem Kündigungstag, der Anlaß und die rechtliche Grundlage dafür entfallen, das Beschlußverfahren fortzusetzen, um eine rechtskräftige Erteilung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin zu erlangen. Das ohne Beteiligung des Betriebsrats fortgesetzte Beschlußverfahren, das mit der Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin gegen die Erteilung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht endete, konnte deswegen die unterlassene Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung vom 28. Oktober 1974 nicht ersetzen. Es liegt auch keine Regelungslücke vor, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte; denn die Beklagte war nach der Wahl des Betriebsrats nicht mehr gehindert, das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG durchzuführen.

II. Die dritte Kündigung vom 25. August 1975 ist aus zwei Gründen unwirksam.

1. Sie leidet ebenso wie die Kündigung vom 28. Oktober 1974 an dem unheilbaren Mangel, daß sie ohne Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG erklärt worden ist.

2. Diese Kündigung ist darüberhinaus deswegen rechtsunwirksam, weil sie nicht unverzüglich nach der Beendigung des besonderen Kündigungsschutzes der Klägerin aufgrund

Daraus folgt für den Streitfall, daß die Beklagte unverzüglich nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses den neu gewählten Betriebsrat zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung hätte anhören und nach dessen Stellungnahme oder nach dem Ablauf der Frist von drei Tagen (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) unverzüglich die außerordentliche Kündigung hätte aussprechen müssen. Diese Frist war längst verstrichen, als die Beklagte im August 1975 der Klägerin eine erneute außerordentliche Kündigung erklärte.

gez.: Dr. Gröninger Hillebrecht Roeper

Dr. Peppler Thieß