

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 103; KSchG 1969 § 15; BVerfGG §§ 90, 93; ArbGG § 72 Divergenzrevision, §§ 92, 93; ZPO §§ 705, 713; FGO §§ 115, 116

Leitsätze:

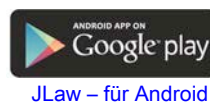
1. Die Auslegung des § 15 KSchG, daß der vom Betriebsrat erteilten Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds nur die rechtskräftige Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht gleichgestellt werden kann, gilt im Grundsatz auch für Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG (im Anschluß an BAG AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972).
2. Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte im Beschlußverfahren werden auch dann nicht vor Ablauf der Rechtsbeschwerdefrist des § 94 ArbGG rechtskräftig, wenn die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen worden ist.
3. Der Beschluß des Landesarbeitsgerichts über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung wird aber dann schon vor Eintritt der formellen Rechtskraft unanfechtbar, wenn sich aus den Gründen der zugestellten Entscheidung ergibt, daß eine Divergenzrechtsbeschwerde offensichtlich unstatthaft ist.

Aktenzeichen: 2 AZR 983/77

Urteil des BAG vom 25. Januar 1979 LAG Baden-Württemberg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 983/77

5 Sa 91/77 Baden-Württemberg

Verkündet am
25. Januar 1979

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 25. Januar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Wiedemann und Thieß für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 23. September 1977 - 5 Sa 91/77 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin war seit Mai 1971 mit einem Monatsgehalt von zuletzt 1.530,-- DM brutto bei der Beklagten als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Sie war im Lager tätig, wo sie den Eingang und Ausgang von Rohwaren für die Herstellung von Oberbekleidung zu verbuchen hatte. Im März 1975 wurde der Klägerin zusätzlich die Aufgabe übertragen, die bei der Fertigung von Bekleidung anfallenden Stoffreste an die Belegschaft zu verkaufen und eingenommene Beträge abzurechnen.

Die Klägerin war seit Mai 1975 Vorsitzende des für den Betrieb der Beklagten gewählten Betriebsrats. Im Dezember 1975 nahm sie aus dem Verkauf von Stoffresten in einem Zweigwerk der Beklagten einen Betrag von 370,-- DM entgegen, den sie zwar in der besonderen Liste, nicht aber im Kassenbuch verbuchte. Bei einer im Januar 1976 vorgenommenen Kassenprüfung wurde ein Fehlbetrag in Höhe von 370,-- DM festgestellt. Da die Klägerin den Verbleib des von ihr eingenommenen Geldes nicht aufklären konnte, erstattete die Beklagte gegen die Klägerin eine Strafanzeige.

Die Klägerin wurde in dem gegen sie eingeleiteten Strafverfahren am 14. Juni 1976 durch Urteil des Amtsgerichts wegen Unterschlagung zu einer Geldstrafe von 1.050,-- DM verurteilt. Im Berufungsverfahren wurde Ende September 1976 das Strafverfahren gegen die Klägerin vorläufig mit der Auflage eingestellt, einen Geldbetrag in Höhe von 500,-- DM an eine karitative Einrichtung zu zahlen. Nachdem die Klägerin diese Auflage erfüllt hatte, wurde das Strafverfahren durch Beschluß des Landgerichts vom 14. Dezember 1976 endgültig eingestellt.

Bereits mit Schreiben vom 15. Juni 1976 hatte die Beklagte beim Betriebsrat die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung der Klägerin mit der Begründung beantragt, im Strafverfahren gegen die Klägerin sei der Verdacht bestätigt worden, daß die Klägerin Einnahmen aus dem Verkauf von Stoffresten unterschlagen habe. Da der Betriebsrat die Zustimmung verweigerte, leitete die Beklagte am 28. Juni 1976 ein Beschlußverfahren mit dem Antrag ein, die Zustimmung des



Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung der Beklagten zu ersetzen. Das Arbeitsgericht gab diesem Antrag statt. Die dagegen von der Klägerin und dem Betriebsrat eingelegten Beschwerden hat das Landesarbeitsgericht durch Beschluß vom 4. März 1977 zurückgewiesen und gegen diese Entscheidung keine Rechtsbeschwerde zugelassen. Das Landesarbeitsgericht hat die Ersetzung der Zustimmung mit der Begründung bestätigt, die Beklagte sei berechtigt, der Klägerin aus wichtigem Grunde außerordentlich zu kündigen. Sie habe den Ablauf des Strafverfahrens abwarten dürfen, bevor sie sich zur Kündigung entschlossen habe. Der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung sei wegen des im Juli 1976 gegen die Klägerin ergangenen Strafurteils begründet. Die gerichtliche Verurteilung und die dem Urteil zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen stellten diejenigen Tatsachen dar, mit deren Kenntnis die Frist des § 626 Abs. 2 BGB begonnen habe. Es sei unerheblich, daß die strafrechtliche Verurteilung der Klägerin nicht rechtskräftig geworden sei. Die Grundsätze über die Verdachtskündigung seien nicht anwendbar, weil die Beklagte nicht beabsichtige, eine Verdachtskündigung auszusprechen. Der Strafrichter des ersten Rechtszuges habe bei seiner Entscheidung den unstreitigen Sachverhalt und die Darstellung der Klägerin über das Auffinden der 370,-- DM gewürdigt und die Klägerin daraufhin verurteilt. Ihre Einlassungen reichten nicht aus, um vernünftige Zweifel an ihrer Schuld zu begründen. Die Interessenabwägung rechtfertige die Feststellung, daß die Beklagte zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung berechtigt sei.

Der Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 ist den Verfahrensbevollmächtigten der Beklagten am 23. März 1977 zugestellt worden. Nachdem der Beklagten von den Vertretern ihres Arbeitgeberverbandes, die sie im Beschlußverfahren vertreten hatten, auf Anfrage mitgeteilt worden war, daß die Klägerin keine Möglichkeit habe, den Beschluß vom 4. März 1977 anzufechten, hat die Beklagte der Klägerin am 28. März 1977 fristlos gekündigt.

Die Klägerin hat gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 keine Rechtsbeschwerde eingelegt. Sie hat mit einer am 26. April 1977 beim Arbeitsgericht ein-



gegangenen Klage zunächst beantragt, die Beklagte zu verurteilen, sie wie bisher weiterzubeschäftigen; hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, daß das Arbeitsverhältnis bis zum 5. März 1977 fortbestanden habe.

Die Beklagte hat die Klägerin mit Schreiben vom 14. Juni 1977 vorsorglich erneut fristlos gekündigt. Die Klägerin hat auch die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend gemacht, ihre Klage um die Gehaltsansprüche für die Monate April bis Juni 1977 erweitert und zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß die Kündigungen der Beklagten vom 28. März und 14. Juni 1977 rechtsunwirksam sind und das Arbeitsverhältnis auch über den 14. Juni 1977 hinaus fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin wie bisher weiterzubeschäftigen und
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin
 - a) 1.134,-- DM brutto zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 1. Mai 1977,
 - b) 1.530,-- DM brutto zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 1. Juni 1977 und
 - c) 1.530,-- DM brutto zuzüglich 4 % Zinsen seit 1. Juli 1977 zu zahlen.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Kündigung vom 28. März 1977 sei unheilbar nichtig, weil sie vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 ausgesprochen worden sei. Die vorsorgliche Kündigung vom 14. Juni 1977 sei schon deswegen unwirksam, weil die Beklagte nach rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB habe verstreichen lassen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die Kündigung vom 28. März 1977 sei nicht verfrüht, weil sie erst nach der Zustellung des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 erklärt worden sei, durch den das Ersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG abschließend zu ihren Gunsten entschieden worden sei. Die im Streitfall ausgeschlossene Möglichkeit einer Divergenzrechtsbeschwerde habe sie nicht zu berücksichtigen und nicht den Eintritt der formel-



len Rechtskraft des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts abzuwarten brauchen. Die Kündigung vom 14. Juni 1977 sei rein vorsorglich erfolgt, nachdem ihr Prozeßbevollmächtigter erst kurz zuvor durch die Veröffentlichung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 11. November 1976 (BB 1977, 895 = AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) erfahren habe, daß die vom Bundesarbeitsgericht verlangte rechtskräftige Ersetzung der Zustimmung auch für den vorliegenden Fall entscheidende Bedeutung haben könne. Auch wenn das Arbeitsverhältnis erst am 6. April 1977 beendet worden sei, seien die Zahlungsansprüche der Klägerin nicht begründet, weil sie ihre Arbeitskraft nicht angeboten habe. Wegen der Verfehlungen der Klägerin sei es ihr zudem völlig unzumutbar gewesen, sie über den 28. März 1977 hinaus weiterzubeschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre im Berufungsverfahren gestellten Anträge weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. März 1977 beendet worden ist.

I. Die Kündigung der Beklagten vom 28. März 1977 ist nicht wegen Verletzung des § 15 KSchG in Verbindung mit § 103 Abs. 2 BetrVG nichtig.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Arbeitgeber einem Betriebsratsmitglied erst dann wirksam kündigen, wenn der Beschluß über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigten Zustimmung rechtskräftig (unanfechtbar) geworden ist. Eine vor diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung ist nicht nur schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig (Urteil vom 12. August 1976, AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969 m. zust. Anm.



v. G. Hueck = AR-Blattei [D] "Betriebsverfassung IX" Entsch. 28 m. zust. Anm. v. Hanau; Urteil vom 11. November 1976, AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972 = EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 17 m. zust. Anm. v. Kraft = SAE 1978, 96 m. abl. Anm. v. Grasmann; ferner Urteil vom 30. Mai 1978 - 2 AZR 637/76 - [demnächst] AP Nr. 4 zu § 15 KSchG 1969; die Entscheidungen sind auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Die bisherigen Entscheidungen des Senates betreffen zwar Sachverhalte, in denen der Arbeitgeber bereits gekündigt hatte, nachdem das Gericht erster Instanz durch einen noch nicht rechtskräftigen Beschluß die Zustimmung ersetzt hatte. Sie stellen aber nicht auf die Besonderheiten des erstinstanzlichen Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung oder darauf ab, welche Dauer des Beschlußverfahrens oder welcher Instanzenweg dem Arbeitgeber zumutbar ist, bevor er einem Mitglied des Betriebsrats außerordentlich kündigen darf. Der Senat hat vielmehr betont, das Erfordernis der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung folge aus den für das Beschlußverfahren geltenden allgemeinen und zwingenden Verfahrensgrundsätzen über die Vollstreckbarkeit der im Beschlußverfahren ergehenden Entscheidungen und über den Eintritt ihrer Wirksamkeit. Die Ersetzung der Zustimmung beruhe auf der Gestaltungs- oder Vollstreckungswirkung des gerichtlichen Beschlusses, die nicht vor einer rechtskräftigen Entscheidung eintreten könne. Nach diesen verfahrensrechtlichen Grundsätzen sei für Billigkeits- und Zumutbarkeitserwägungen kein Raum; für die Frage, wann der Arbeitgeber eine zustimmungsbedürftige Kündigung aussprechen dürfe, sei es insbesondere unerheblich, ob und wie lange es ihm zugemutet werden könne, nach einer mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung des Arbeitsgerichts mit dem Ausspruch der Kündigung zu warten.

Die Auslegung des § 15 KSchG, daß der vom Betriebsrat erteilten Zustimmung nur die rechtskräftige (unanfechtbare) Ersetzung der Zustimmung des Gerichts gleichgestellt werden kann, gilt aus diesen Gründen im Grundsatz auch für Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG. Gegen diese das Verfahren beendende Beschlüsse der Landesarbeitsgerichte findet unter den Voraussetzungen des § 92 Abs. 1 ArbGG die Rechtsbeschwerde statt, die nach § 92 Abs. 3



ArbGG aufschiebende Wirkung hat. Auch wenn das Landesarbeitsgericht die Zustimmung zur Kündigung ersetzt oder die Beschwerde gegen einen dahingehenden Beschluß des Arbeitsgerichts zurückweist, kann aus Billigkeitserwägungen weder allgemein noch auch nur dann, wenn keine Rechtsbeschwerde zugelassen wird, auf das Erfordernis der unanfechtbaren Entscheidung verzichtet werden. Die Besonderheiten, die sich daraus ergeben, daß Beschlüsse der Arbeitsgerichte nach § 87 Abs. 1 ArbGG stets mit der Beschwerde anfechtbar sind, Beschlüsse der Landesarbeitsgerichte hingegen nur unter den engeren Voraussetzungen des § 92 Abs. 1 ArbGG, sind allerdings bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, unter welchen Voraussetzungen im jeweiligen Streitfall die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung "unanfechtbar" geworden ist (vgl. dazu unter I 3 der Gründe).

2. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 bei Ausspruch der Kündigung vom 28. März 1977 formell noch nicht rechtskräftig gewesen, sondern die Rechtskraft erst nach der am 6. April 1977 abgelaufenen Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde (§ 92 Abs. 1, § 94 Abs. 1 ArbGG) eingetreten ist. Das Erfordernis der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung war im Streitfall nicht schon deswegen erfüllt, weil das Landesarbeitsgericht gegen den Beschluß vom 4. März 1977 keine Rechtsbeschwerde nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ArbGG zugelassen hatte.

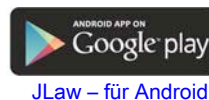
a) Im Schrifttum wird allerdings vereinzelt die Auffassung vertreten, Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte im Beschlußverfahren würden mit ihrer Verkündung wirksam, sofern nicht die Rechtsbeschwerde zugelassen werde (vgl. Grunsky, ArbGG, 2. Auflage, § 85 Anm. 1; ebenso wohl auch Dietz-Nikisch, ArbGG, § 85 Anm. 23). Demgegenüber wird überwiegend angenommen, auch bei fehlender Zulassung der Rechtsbeschwerde trete die Rechtskraft erst zu einem späteren Zeitpunkt ein (vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 100 Anm. 39; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., § 103 Anm. 15 in Verb. mit § 100 Anm. 9; Richardi, RdA 1975, 73 [76]; Stein-Jonas-Münzenberg, ZPO, 20. Aufl., § 705 Rdnrn. 13, 14; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 705 Anm. B III c 3).



Nur wenn überhaupt kein Rechtsmittel statthaft sei, werde eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts bereits mit ihrer Verkündung oder Zustellung rechtskräftig. Das gelte jedoch nicht schon dann, wenn ein Rechtsmittel nicht zugelassen werde, weil gegen Beschlüsse des Landesarbeitsgerichts eine Rechtsbeschwerde auch ohne Zulassung an sich dann statthaft sei, wenn eine Divergenz vorliege. Wegen dieser Möglichkeit erlange die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erst nach Ablauf der Rechtsbeschwerdefrist ihre Rechtskraft, wenn die Beteiligten nicht vorher auf die Einlegung der Rechtsbeschwerde verzichteten.

b) Der letzteren Auffassung ist mit dem Vorbehalt zuzustimmen, daß eine im Beschlußverfahren ergehende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts jedenfalls vor Ablauf der Rechtsbeschwerdefrist auch dann nicht formell rechtskräftig wird, wenn das Landesarbeitsgericht die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat.

aa) Das Arbeitsgerichtsgesetz regelt nicht ausdrücklich, wann eine Entscheidung im Beschlußverfahren rechtskräftig wird. Aus § 85 Abs. 1, § 87 Abs. 2 und § 92 Abs. 2 ArbGG ergibt sich nur, daß auch Beschlüsse im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren der formellen und der materiellen Rechtskraft fähig sind (vgl. BAG 21, 139 = AP Nr. 4 zu § 80 ArbGG 1953). Der Begriff der formellen Rechtskraft wird in den genannten Vorschriften vorausgesetzt. Zur Bestimmung, wann eine Entscheidung formell rechtskräftig wird, ist deswegen auf § 705 ZPO zurückzugreifen, der in Satz 1 bestimmt, daß die Rechtskraft der Urteile nicht vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist eintritt. Diese gesetzliche Regelung bestätigt einen allgemeinen Grundsatz, der auch auf das Beschlußverfahren anzuwenden ist (vgl. Dietz-Nikisch, aaO, § 84 Anm. 29; Dersch-Volkmar, ArbGG, 6. Aufl., § 84 Anm. 6). Die Rechtskraft einer Entscheidung, durch die eine Instanz beendet wird, tritt nur dann bereits mit ihrer Verkündung oder mit ihrer Zustellung ein, wenn gegen sie ein Rechtsmittel überhaupt nicht statthaft ist (Stein-Jonas-Münzenberg, aaO, § 705 Rdnr. 2; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 151 II 1 a [S. 859 - 860]; RGZ 70, 431; BFH JZ 1972, 167 mit Anm. v. Grunsky und BGHZ 4, 294 [295]).



bb) "An sich gegeben" ist ein Rechtsmittel auch dann, wenn das Rechtsmittel zwar nicht zugelassen wird, seine Statthaftigkeit sich aber aus einem anderen Grunde ergeben kann, dessen Vorliegen vom Rechtsmittelgericht zu prüfen ist (vgl. BGH, aaO; Rosenberg-Schwab, aaO). Ein Rechtsmittel ist aus diesem Grunde insbesondere in folgenden Fällen an sich zulässig: Urteile der Oberlandesgerichte in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wurden jedenfalls nach der früheren Rechtslage (§§ 546, 547 Abs. 1 Nr. 1 ZPO a.F.) auch dann nicht bereits mit ihrer Verkündung oder Zustellung rechtskräftig, wenn die Revision nicht nach § 546 a.F. zugelassen war. Nach § 547 Abs. 1 Nr. 1 ZPO a.F. war die Revision vielmehr auch ohne Zulassung statthaft, soweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtsweges oder die Unzulässigkeit der Berufung handelte. Ob eine dieser Voraussetzungen erfüllt war, unter denen ausnahmsweise eine nicht zugelassene Revision statthaft sein konnte, hatte das Revisionsgericht zu überprüfen und war nicht von der Beurteilung durch die Parteien oder durch das Berufungsgericht abhängig (vgl. BGHZ 4, 294 [295] und zur streitigen Rechtslage nach der Neufassung der §§ 546 ff. ZPO: Baumbach-Hartmann, ZPO, 37. Aufl., § 705 Anm. 1 C b und Schneider, DRiZ 1977, 115). Die formelle Rechtskraft dieser Entscheidungen trat demgemäß erst mit Ablauf der Revisionsfrist ein.

Auch ein Urteil des Finanzgerichts wird dann, wenn weder die Streitwertgrenze erreicht noch die Revision nach § 115 Abs. 1 FGO zugelassen wird, nicht bereits mit seiner Verkündung oder Zustellung formell rechtskräftig, weil die Revision auch ohne die genannten Voraussetzungen nach § 116 FGO wegen eines wesentlichen Mangels des Verfahrens statthaft sein kann (vgl. BFH JZ 1972, 167). Zwischen der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs besteht nur insoweit eine im Streitfall unerhebliche Divergenz, als der BGH (BGHZ 4, 294 [295]) angenommen hat, die angefochtene Entscheidung werde bei der Einlegung eines an sich statthaften, aber im konkreten Fall unzulässigen Rechtsmittels erst dann rechtskräftig, wenn es als unzulässig verworfen worden sei. Demgegenüber hat der BFH (aaO) bei der Verwerfung eines un-

zulässigen Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft grundsätzlich auf den Ablauf der Rechtsmittelfrist vorverlegt (vgl. zu der Streitfrage ferner Bötticher, JR 1952, 424 [426]; Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 519 b Rdnr. 14 und Stein-Jonas-Münzenberg, aaO, § 705 Rdnr. 7).

cc) Vor Ablauf der Rechtsbeschwerdefrist können nach den vorstehenden Grundsätzen auch Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte im Beschlußverfahren nicht rechtskräftig werden. Endurteile oder die das Verfahren beendenden Beschlüsse der Landesarbeitsgerichte sind auch dann nicht von vornherein unanfechtbar, wenn der Rechtsmittelstreitwert nicht erreicht ist oder die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen wird. Diese Entscheidungen können vielmehr "an sich" mit der Divergenzrevision oder Divergenzrechtsbeschwerde nach § 72 Abs. 1 Satz 2 und § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG angegriffen werden (vgl. Stein-Jonas-Münzenberg, aaO, § 705 Rdnr. 14; Wiecorek, aaO, § 705 Anm. B III C 3). Die von Grunsky, aaO, § 85 Anm. 1, vertretene gegenteilige Auffassung wird insbesondere durch folgende Überlegung widerlegt: Wenn ein nach mündlicher Anhörung (vgl. § 90 Abs. 2 in Verb. mit § 83 ArbGG) ergehender Beschluß des Landesarbeitsgerichts, der keine Zulassung der Rechtsbeschwerde vorsieht, bereits - wie Grunsky meint - mit seiner Verkündung rechtskräftig würde, müßte es einem unterliegenden Beteiligten auch dann verwehrt sein, eine Divergenzrechtsbeschwerde einzulegen, wenn sich aus der schriftlichen Begründung der später zugestellten Entscheidung ergibt, daß das Landesarbeitsgericht von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder einer anderen divergenzfähigen Entscheidung abgewichen ist.

3. Die Beklagte hat zwar die Kündigung vom 28. März 1977 ausgesprochen, bevor der Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 formell rechtskräftig war. Der besondere Kündigungsschutz der Klägerin nach § 15 KSchG ist hierdurch aber trotzdem nicht beeinträchtigt worden, weil im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststand, daß eine Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts, das die Ersetzung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin bestätigt hatte, offensichtlich unzulässig war. Damit war das Erfordernis einer unanfechtbaren Ersetzung



der Zustimmung erfüllt; denn im Regelungsbereich des § 15 KSchG in Verbindung mit § 103 Abs. 2 BetrVG ist die Aussichtslosigkeit einer weiteren Rechtsverfolgung der aus dem Eintritt der formellen Rechtskraft folgenden Unanfechtbarkeit der Entscheidung gleichzusetzen.

a) Diese Gleichstellung des Eintritts der formellen Rechtskraft mit der nach Lage des einzelnen Falles offensichtlichen Unzulässigkeit eines an sich gegebenen Rechtsmittels entspricht der Regelung für die Verfassungsbeschwerde in §§ 90, 93 BVerfGG, soweit gegen Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte nur eine Divergenzrevision oder eine Divergenzrechtsbeschwerde in Betracht kommt. Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts kann eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Beschlußverfahren, gegen die keine Rechtsbeschwerde zugelassen wird, "wegen der Möglichkeit einer Divergenzrechtsbeschwerde" zwar erst nach Ablauf der Frist des § 94 ArbGG in Rechtskraft erwachsen (vgl. den unveröffentlichten Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 1976 - 2 BvR 342/74 -); das ist auch die Auffassung des Senats (s. oben zu I 2). Daraus folgt aber nicht, daß der Rechtsweg zur Einlegung eines Rechtsmittels gegen eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Beschlußverfahren im Sinne des § 90 Abs. 2 BVerfGG erst nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft erschöpft sei und die Monatsfrist des § 93 BVerfGG zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde erst mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts über eine Divergenzrechtsbeschwerde beginne. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird vielmehr durch die Einlegung eines offensichtlich unstatthaften oder unzulässigen Rechtsmittels und die darauf ergehende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts die Frist zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde nicht neu in Lauf gesetzt (BVerfGE 28, 1 [6] = AP Nr. 8 zu § 888 ZPO; BVerfGE 28, 88 [95]; BVerfG AP Nr. 39 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision).

Damit wird bei der Prüfung, ob der Rechtsweg erschöpft ist, eine formell rechtskräftige Entscheidung ebenso behandelt wie eine Entscheidung, gegen die an sich im Gesetz ein Rechtsmittel vorgesehen ist, das aber im konkreten Fall be-



reits aus formellen Gründen wegen fehlender Statthaftigkeit oder Zulässigkeit aussichtslos ist (vgl. Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, 1968 und Nachtrag 1971, § 90 Rz 80 bis 81 und § 93 Rz 5; Lechner, BVerfGG, 3. Aufl., § 90 Anm. 1 b zu Abs. 2). Ein Rechtsmittel ist dann offensichtlich unstatthaft oder unzulässig, wenn die unterlegene Partei nach dem Stand der Rechtsprechung und der Lehre bei der Einlegung des Rechtsmittels über die Unstatthaftigkeit oder die Unzulässigkeit nicht im Ungewissen sein kann (BVerfG AP Nr. 39 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision). Als offensichtlich unstatthaft ist eine Divergenzrechtsbeschwerde gegen einen Beschluß des Landesarbeitsgerichts dann anzusehen, wenn die Voraussetzungen offensichtlich nicht erfüllt sind, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an das Vorliegen einer Divergenz im Sinne des § 72 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG zu stellen sind (BVerfG, aaO).

b) Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwirklicht allgemeine Rechtsgrundsätze, die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch bei der Beantwortung der Frage zu beachten sind, unter welchen Voraussetzungen die gerichtliche Ersetzung einer Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung nach § 15 KSchG in Verb. mit § 103 Abs. 2 BetrVG unanfechtbar ist.

Ergänzend ist für die Wirkungen, die eine gerichtliche Entscheidung bei einem aussichtslosen Rechtsmittel bereits vor Eintritt der formellen Rechtskraft haben kann, auf die Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in § 713 ZPO hinzuweisen. Diese Vorschrift bestimmt, daß die in den §§ 711, 712 ZPO zugunsten des Vollstreckungsschuldners zugelassenen Anordnungen nicht ergehen sollen, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsmittel gegen das Urteil stattfindet, unzweifelhaft nicht vorliegen. Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß die Vollstreckungswirkung eines Urteils nicht wegen einer abstrakten formalen Rechtsmittelmöglichkeit eingeschränkt werden soll (vgl. Schneider, DRiZ, 1977, 114 [116]).

4. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall war der Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 bereits vor der Kündigung vom 28. März 1977 unanfechtbar und damit die Zustimmung rechtswirksam ersetzt, weil beide Parteien nach der am



23. März 1977 erfolgten Zustellung des Beschlusses ohne weiteres erkennen konnten, daß eine Divergenzrechtsbeschwerde unstatthaft war.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts setzt eine die Rechtsbeschwerdeinstanz eröffnende Divergenz gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG voraus, daß die angefochtene Entscheidung einen die Entscheidung tragenden allgemeinen Rechtssatz aufgestellt hat, der von einem tragenden allgemeinen Rechtssatz des Bundesarbeitsgerichts oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes abweicht. Der Rechtsmittelkläger muß die einander widersprechenden Rechtssätze schlüssig darlegen (BAG AP Nr. 24 und 31 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision; BAG 21, 122 = AP Nr. 33 zu § 72 ArbGG 1953 Divergenzrevision; BAG AP Nr. 12 zu § 92 ArbGG 1953).

b) Diese an die Begründung einer Divergenzrechtsbeschwerde zu stellenden Anforderungen hätte die Klägerin nicht erfüllen können, weil der Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 nicht auf allgemeinen Rechtssätzen beruht, die von divergenzfähigen Entscheidungen abweichen. Das Landesarbeitsgericht ist aufgrund einer tatrichterlichen Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles davon ausgegangen, der Beklagten sei es unzumutbar geworden, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fortzusetzen. Es hat - ohne einen allgemeinen Rechtssatz aufzustellen - angenommen, der Vortrag der Klägerin reiche nicht aus, um vernünftige Zweifel an ihrer Schuld wegen des Vorwurfs einer Unterschlagung zu begründen.

Auch die weitere Begründung des Landesarbeitsgerichts, die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt, läßt keine Divergenz erkennen. Das Landesarbeitsgericht hat darauf abgestellt, die Beklagte habe nicht wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung kündigen, sondern den Ausgang des Strafverfahrens gegen die Klägerin abwarten wollen. Das Strafurteil vom Juni 1976 habe einen neuen, kündigungsrechtlich erheblichen Sachverhalt geschaffen. Diese tatrichterliche Würdigung stimmt im Ausgangspunkt mit der Auffassung des Senats überein, für den Lauf der Ausschlußfrist nach § 626 Abs. 2 BGB wirke es sich für den Arbeitgeber nicht nachtei-



lig aus, wenn er bei einem strafbaren Verhalten des Arbeitnehmers mit der außerordentlichen Kündigung bis zur (rechtskräftigen) Verurteilung durch das Strafgericht warte (BAG AP Nr. 9 zu § 626 BGB Ausschußfrist).

Die Klägerin selbst hat von der aus diesen Gründen offensichtlich unstatthaften Divergenzrechtsbeschwerde in richtiger Beurteilung der Rechtslage abgesehen. Sie hat auch im vorliegenden Kündigungsprozeß nicht dargelegt, daß der Beschluß des Landesarbeitsgerichts vom 4. März 1977 eine Divergenz enthalte oder zumindest nach ihrer Auffassung enthalten könne.

5. Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung vom 28. März 1977 unverzüglich ausgesprochen, nachdem von ihr und von der Klägerin beurteilt werden konnte, ob eine Divergenzrechtsbeschwerde statthaft sei. Sobald das Gericht rechtskräftig die Zustimmung zur Kündigung im Beschlußverfahren ersetzt hat, muß der Arbeitgeber die Kündigung gegenüber einem durch § 15 KSchG besonders geschützten Arbeitnehmer unverzüglich aussprechen (BAG AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). An dieses Gebot muß sich der Arbeitgeber auch dann halten, wenn die Ersetzung der Zustimmung bereits vor Eintritt der formellen Rechtskraft für die Parteien deshalb bindend wird, weil die Einlegung eines Rechtsmittels offensichtlich aussichtslos ist. Die Frist, die dem Arbeitgeber zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung zur Verfügung steht, beginnt in diesem Falle allerdings nicht bereits mit der Verkündung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts. Maßgebend kann vielmehr nur die Zustellung der in vollständiger Form abgefaßten Entscheidung sein, weil die Beteiligten des Beschlußverfahrens erst aufgrund der vollständigen Entscheidung prüfen können, ob eine Divergenzrechtsbeschwerde in Betracht kommt. Die Beklagte hat sich im Streitfall nach der am 23. März 1977 erfolgten Zustellung des Beschlusses vom 4. März 1977 sofort über die Aussichten eines Rechtsmittels gegen diese Entscheidung beraten lassen und am 28. März 1977 und damit ohne schuldhaftes Zögern die außerordentliche Kündigung ausgesprochen.

II. Die von der Beklagten nach vorheriger unanfechtbarer Ersetzung der Zustimmung unverzüglich erklärte außerordentliche



Kündigung vom 28. März 1977 hat das Arbeitsverhältnis beendet. Es kann nicht mehr geprüft werden, ob sie wegen Fehlens eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB unwirksam gewesen ist. Die Kündigung gilt nach § 7 KSchG in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG als von Anfang an rechtswirksam, weil sie von der Klägerin nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang mit der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG angegriffen worden ist. Zudem war bereits mit der rechtskräftigen Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung für den nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß die im Grundsatz bindende Feststellung getroffen worden, daß die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist (BAG AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

III. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien am 28. März 1977 geendet hat, hat das Landesarbeitsgericht zutreffend auch die Klage auf Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen und auf Zahlung des Gehaltes für die Zeit vom 1. April bis zum 30. Juni 1977 abgewiesen.

IV. Die Revision war nach alledem mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

gez.:	Dr. Gröninger	Hillebrecht	Triebfürst
	zugleich für Dr. Wiedemann, dessen Amtszeit beendet ist.		Thieß

