



Verkündet am:
8.11.2012

Peters
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Arbeitsgericht Dortmund
Im Namen des Volkes
Beschluss

Met. z. n. Rechtschutz	Wachstempel
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Hagen	
23. NOV 2012	
Erledigt	Fristen + Termine
Bearbeitet	

In dem Beschlussverfahren
mit den Beteiligten

1. _____ GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
Assessor

2. Betriebsrat der _____, vertreten durch seinen Vorsitzenden

3. S _____

Verfahrensbevollmächtigte zu 3:

DGB Rechtsschutz GmbH - Büro Hagen, handelnd durch ihre Rechtssekretäre Michael Mey u. a., Körnerstr. 43, 58095 Hagen

hat die 4. Kammer des Arbeitsgerichts Dortmund
auf die mündliche Anhörung vom 8.11.2012
durch die Richterin am Arbeitsgericht
sowie die ehrenamtlichen Richterinnen

als Vorsitzende

b e s c h l o s s e n :

Der Antrag wird abgewiesen.

Gründe:

A.

Die Beteiligten streiten um die Ersetzung der verweigerten Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 2) unter Einhaltung einer Auslauffrist von fünf Monaten.

Der am geborene, verheiratete Beteiligte zu 3), der zwei Kinder hat, ist seit dem 17.8.1998 bei der Beteiligten zu 1) (im Folgenden: Arbeitgeberin) als gewerblicher Arbeitnehmer beschäftigt. Beteiligter zu 2) (im Folgenden: Betriebsrat) ist der im Betrieb der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat, dem der Beteiligte zu 3) als nachgerücktes Betriebsratsmitglied angehört. Der Beteiligte zu 3) war im Jahre 2008 36 Tage, im Jahre 2009 32 Tage, im Jahre 2010 52 Tage, im Jahre 2011 51 Tage und im Jahre 2012 57 Tage arbeitsunfähig krank. Insgesamt sind der Arbeitgeberin ab 2008 durch die krankheitsbedingten Ausfälle des Beteiligten zu 3) Entgeltfortzahlungskosten in Höhe von 46.878,55 € (vgl. die Aufstellung Bl. 6 d. A.) entstanden. Nach der letzten Arbeitsunfähigkeit des Beteiligten zu 3) fand im Monat Juni 2012 eine Wiedereingliederungsmaßnahme statt.

Mit Schreiben vom 22.6.2012 beantragte die Arbeitgeberin die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) mit sozialer Auslauffrist zum 30.11.2012 bzw. zum nächst möglichen Termin. Wegen der Antragsbegründung wird auf das Schreiben vom 22.6.2012 (Bl. 5-7 d. A.) verwiesen. Nachdem der Betriebsrat mit Schreiben vom 25.6.2012 (Bl. 12 d. A.) seine Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung verweigert hat, beantragt die Arbeitgeberin nunmehr mit ihrem am 2.7.2012 bei Gericht eingegangenen Antrag die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats.

Die Arbeitgeberin ist der Ansicht, dass nach der Rechtsprechung auch die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds aus krankheitsbedingten Gründen gerechtfertigt

sein, wenn die bisherigen Arbeitsunfähigkeitszeiten zur erheblichen Beeinträchtigung bei dem Arbeitgeber geführt haben und diese Beeinträchtigungen im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zukünftig nicht mehr zumutbar seien. § 15 Abs. 1 KSchG schütze das Betriebsratsmitglied nur vor willkürlichen Kündigungen, nicht jedoch davor, bei erheblichen Fehlzeiten gekündigt zu werden, wenn die mit den Fehlzeiten verbundenen Entgeltfortzahlungskosten eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung für den Arbeitgeber darstellten.

Die Antragstellerin beantragt,

die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) unter Einhaltung einer Auslauffrist von fünf Monaten zu ersetzen.

Die Antragsgegner beantragen,

den Antrag abzuweisen.

Sie vertreten die Auffassung, dass bei Betriebsratsmitgliedern, die dem Schutz des § 15 Abs. 1 KSchG unterliegen, eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist rechtlich nicht möglich sei. Auch eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist analog zu einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist bei tariflich unkündbaren Arbeitnehmern komme nicht in Betracht und werde auch nach der nahezu einhelligen Meinung in Literatur und Rechtsprechung abgelehnt. Hinzu komme, dass der Beteiligte zu 3) kürzlich im Anschluss an die letzte Krankheitsphase eine Wiedereingliederung durchgeführt habe, sodass erst durch längerfristige Beobachtung festgestellt werden könne, ob eine dauerhafte Arbeit aus gesundheitlichen Gründen möglich sei. Jedenfalls sei es unverhältnismäßig, wenn eine Kündigung schon betrieben werde, obwohl das möglicherweise positive Ergebnis der Wiedereingliederungsmaßnahme noch nicht feststehe. Auch die den Kläger behandelnden Ärzte gingen nach Abschluss intensiver medizinischer Behandlung davon aus, dass die gesundheitlichen Probleme des Klägers, nämlich Rückschmerzen bedingt durch Verspannungen, soweit beseitigt seien, dass der Kläger jetzt „mehrere Jahre Ruhe habe“ und mit erheblichen Fehlzeiten in der Zukunft nicht zu rechnen sei.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und der von ihnen geäußerten Rechtsauffassungen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Der Antrag der Arbeitgeberin ist zulässig, aber unbegründet.

I.

Zwischen den Beteiligten ist eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit nach § 103 Abs. 2 BetrVG streitig. Die Antrags- und Beteiligungsbefugnis der Verfahrensbeteiligten ergibt sich aus den §§ 10, 83 Abs. 3 ArbGG, § 103 Abs. 2 BetrVG.

II.

Der Zustimmungsersetzungsantrag ist unbegründet.

1.

Die von der Arbeitgeberin beabsichtigte außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist bedurfte der Zustimmung des Betriebsrats, da der Beteiligte zu 3) als Mitglied des Betriebsrats Kündigungsschutz im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG in Anspruch nehmen kann. Danach ist die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Die ordentliche krankheitsbedingte Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ist damit ausgeschlossen. Ebenso ist davon auszugehen, dass vorliegend ein Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung nicht gegeben ist.

2.

Auch eine Kündigung des Beteiligten zu 3) krankheitsbedingt außerordentlich mit sozialer Auslauffrist kommt nicht in Betracht.

Eine derartige Kündigung sieht § 15 KSchG nicht vor. Diese Vorschrift stellt vielmehr ausdrücklich darauf ab, ob der Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist. Die Möglichkeit einer erleichterten

außerordentlichen Kündigung mit einer sozialen Auslaufzeit ist demgegenüber nicht vorgesehen.

a)

Maßstab der Interessenabwägung bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ist die Frage, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist zumutbar ist. In Fällen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist, nicht aber bis zum Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes zumutbar ist, kommt die außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit nämlich im Ergebnis der – eigentlich ausgeschlossenen – ordentlichen Kündigung gleich. Sie stellt damit für diese Fallgruppe den unkündbaren Betriebsrat mit dem kündbaren Arbeitnehmer gleich. Sinn des Gesetzes ist es aber, den Betriebsrat – abgesehen von den Fällen des § 15 Abs. 4, 5 KSchG – von der Bedrohung durch ordentliche Kündigung gerade mit Rücksicht auf seine besondere Stellung auszunehmen (BAG, Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 821/06 – zur verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit). Dass ein Betriebsratsmitglied in dieser Situation besser dasteht, als ein Nichtmandatsträger, ist vom Gesetz so gewollt und hinzunehmen. § 15 KSchG ist lex specialis gegenüber § 78 BetrVG. Da ein Arbeitgeber die krankheitsbedingten Fehlzeiten eines missliebigen Betriebsratsmitglieds zum Anlass einer Kündigung nehmen kann, während er das Arbeitsverhältnis mit einem vergleichbaren anderen Arbeitnehmer fortgesetzt hätte, ist der besondere Schutzzweck des § 15 KSchG auch im Bereich der krankheitsbedingten Kündigung erforderlich (vgl. ArbG Freiburg, Urteil vom 19.5.2011 – 2 Ca 136/10 – m.w.N.). Hierbei ergibt sich auch kein Wertungswiderspruch zum Sonderkündigungsschutz des tariflich unkündbaren Arbeitnehmers. Bei der Auslegung der Tarifverträge betreffend die tarifvertraglich unkündbaren Arbeitnehmer ist nämlich zu berücksichtigen, dass einerseits die ordentliche Kündigung auf Dauer ausgeschlossen ist und sich andererseits die Unkündbarkeit nicht zum Nachteil älterer Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit auswirken sollte. Demgegenüber schränkt § 15 KSchG zugunsten der genannten betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträger nur für eine bestimmte Zeit die Kündigungsmöglichkeiten ein und hält das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers ohne Veränderung des Prüfungsmaßstabes aufrecht (BAG, Urteil vom 18.2.1993 – 2 AZR 526/92 -).

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass das Bundesarbeitsgericht im Fall der betriebsbedingten Massenänderungskündigung nicht auf die fiktive Kündigungsfrist, sondern auf die absehbare Dauer des Sonderkündigungsschutzes abgestellt hat. Das Gesetz zeigt nämlich in § 15 Abs. 4,5 KSchG, dass es im Falle betriebsbedingter Umstände den Sonderkündigungsschutz für von vornherein einschränkungsbedürftig hält. Das rechtfertigt sich daraus und insoweit, als es sich um Umstände handelt, von denen das Betriebsratsmitglied niemals allein und als solches betroffen sein kann. Eine Benachteiligung des Betriebsrats gegenüber den nicht geschützten Arbeitnehmern, § 78 BetrVG, scheidet in solchen Fällen deshalb von vornherein aus. Demgegenüber realisieren sich bei verhaltensbedingten Kündigungen, ebenso wie im vorliegenden Fall bei der personenbedingten Kündigung nicht das – letztlich alle gleich treffende – Betriebsrisiko, sondern es verwirklichen sich auf die einzelne Person bezogene Gefährdungen des Vertragsverhältnisses (BAG, Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 821/06 -).

b)

Nach alldem bleibt festzuhalten, dass einem Betriebsratsmitglied krankheitsbedingt außerordentlich mit Auslaufrist nicht gekündigt werden kann, wenn ein Grund zur fristlosen Kündigung nicht vorliegt, was hier der Fall ist (so auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 16.08.2006 – 9 TaBV 67/05 -, welches eine außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds wegen Arbeitsunfähigkeitszeiten für „Extremfälle“ zulassen will).

c)

Schließlich wäre aber auch bei einer Interessenabwägung im Hinblick auf eine etwaige krankheitsbedingte Kündigung zu berücksichtigen, dass es der Arbeitgeberin zumutbar war, zunächst einmal abzuwarten, wie sich der Gesundheitszustand des Beteiligten zu 3) darstellen würde und ob in Zukunft mit weiteren erheblichen Fehlzeiten zu rechnen war, dies insbesondere im Hinblick darauf, dass der Kläger bereits seit dem Jahre 1998 bei der Arbeitgeberin beschäftigt ist und Arbeitsunfähigkeitszeiten keinesfalls in einem so erheblichen Umfang aufgetreten sind, dass von einem sinnentleerten Arbeitsverhältnis gesprochen werden könnte.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann von der Arbeitgeberseite **Beschwerde** eingelegt werden.

Für den Betriebsrat ist gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel gegeben.

Die Beschwerde muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Landesarbeitsgericht Hamm

Marker Allee 94

59071 Hamm

eingegangen sein.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.

Die Beschwerdeschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei, die als Bevollmächtigte zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Schmidt-Hense

