


Gericht:	BAG 2. Senat
Entscheidungsdatum:	28.03.2017
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 AZR 551/16
ECLI:	ECLI:DE:BAG:2017:280317.U.2AZR551.16.0
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 104 S 1 BetrVG, § 104 S 2 BetrVG, § 102 Abs 1 S 3 BetrVG, § 1 Abs 2 S 1 KSchG, § 626 Abs 1 BGB ... mehr
Zitiervorschlag:	BAG, Urteil vom 28. März 2017 - 2 AZR 551/16 -, BAGE 159, 25-33

Außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung - Entlassungsverlangen des Betriebsrats

Leitsatz

Wird einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG rechtskräftig stattgegeben, begründet dies ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG für eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung.(Rn.23)

Orientierungssatz

1. Das Verlangen nach "Entlassung" gem. § 104 S 1 BetrVG bzw. eine Verpflichtung des Arbeitgebers im Verfahren nach § 104 S 2 BetrVG, "die Entlassung" durchzuführen, ist auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses des betroffenen Arbeitnehmers, nicht nur auf eine Beendigung seiner Beschäftigung in dem bisherigen Betrieb gerichtet.(Rn.14)
2. Der Betriebsrat hat gem. § 104 S 1 BetrVG nicht das Recht, eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses des betroffenen Arbeitnehmers zu verlangen. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers kann nicht Ergebnis eines Verfahrens nach § 104 S 2 BetrVG sein.(Rn.18)
3. Der Arbeitgeber genügt einer Verpflichtung zur "Entlassung" des Arbeitnehmers gem. § 104 S 2 BetrVG, wenn er zeitnah nach Rechtskraft der zuvor im Beschlussverfahren ergangenen Entscheidung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Beachtung der maßgeblichen Kündigungsfristen - im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ggf. durch eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit - bewirkt.(Rn.19)
4. § 104 BetrVG begründet einen eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber auf Entlassung oder Versetzung des Arbeitnehmers. Es kommt daher für die Berechtigung eines Verlangens des Betriebsrats auf Entlassung eines Arbeitnehmers nicht darauf an, ob im Falle der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes eine Kündigung nach den Grundsätzen des § 1 Abs 2 KSchG aus Gründen im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers sozial gerechtfertigt bzw. ob im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs 1 BGB gegeben wäre.(Rn.27)

5. Verlangt der Betriebsrat nach § 104 BetrVG die Entlassung eines betriebsstörenden Arbeitnehmers und entschließt sich der Arbeitgeber, dem Wunsch des Betriebsrats zu entsprechen, ist dessen weitere Beteiligung nach § 102 BetrVG nicht mehr erforderlich.(Rn.36)

Fundstellen

BAGE 159, 25-33 (Leitsatz und Gründe)
NZA 2017, 985-988 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
BB 2017, 1917-1919 (Leitsatz und Gründe)
MDR 2017, 1006-1007 (Leitsatz und Gründe)
ZBVR online 2017, Nr 9, 12-15 (red. Leitsatz und Gründe)
ZIP 2017, 1777-1780 (Leitsatz und Gründe)
NJW 2017, 2937-2940 (Leitsatz und Gründe)
AP Nr 2 zu § 104 BetrVG 1972 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
EzA § 104 BetrVG 2001 Nr 1 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
NZG 2018, 193-196 (Leitsatz und Gründe)
EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Betriebsbedingte Kündigung Nr 52 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Düsseldorf 4. Kammer, 1. Februar 2016, 4 Ca 6451/15, Urteil
vorgehend Landesarbeitsgericht Düsseldorf 9. Kammer, 13. Juni 2016, 9 Sa 233/16, Urteil
Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Christoph J. Burgmer, jurisPR-ArbR 32/2017 Anm. 4 (Anmerkung)
Tim Jesgarzewski, AA 2017, 101 (Anmerkung)
Peter Gerhardt, AP Nr 2 zu § 104 BetrVG 1972 (Anmerkung)
Jobst-Hubertus Bauer, ArbR 2017, 196 (Anmerkung)
Stefan Lunk, ArbRB 2017, 264-265 (Anmerkung)
... mehr

Zeitschriften

Michael Worzalla, SAE 2018, 10

Praxisreporte

Christoph J. Burgmer, jurisPR-ArbR 32/2017 Anm. 4 (Anmerkung)

Tenor

1. Die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 13. Juni 2016 - 9 Sa 233/16 - werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 2/3 und die Beklagte zu 1/3 zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

- 2 Die Beklagte betreibt einen Versicherungskonzern. Die Klägerin war bei ihr bzw. ihrer Rechtsvorgängerin langjährig als Sachbearbeiterin beschäftigt.
- 3 Im Oktober 2014 und Januar 2015 kam es zu Auseinandersetzungen zwischen der Klägerin und zwei Arbeitskollegen. Mit Schreiben vom 29. April 2015 forderte der Betriebsrat die Beklagte auf, die Klägerin wegen dieser Vorfälle zu entlassen, hilfsweise sie zu versetzen. Die Beklagte kam dem nicht nach. Mit rechtskräftig gewordenem Beschluss vom 21. August 2015 gab das Arbeitsgericht der Beklagten in einem vom Betriebsrat eingeleiteten Beschlussverfahren auf, die Klägerin „zu entlassen“. Diese war im Beschlussverfahren vom Arbeitsgericht angehört worden.
- 4 Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien - nach Beteiligung des Betriebsrats - mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. Juni 2016.
- 5 Dagegen hat die Klägerin die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hat gemeint, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört worden. Für die außerordentliche Kündigung fehle es an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Die ordentliche Kündigung sei sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Die Beklagte habe wegen bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten allenfalls eine Änderungskündigung erklären dürfen.
- 6 Die Klägerin hat sinngemäß beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weder durch die mit Schreiben der Beklagten vom 21. Oktober 2015 erklärte außerordentliche, noch durch die mit demselben Schreiben hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung aufgelöst worden ist.
- 7 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 8 Die Vorinstanzen haben die außerordentliche Kündigung für unwirksam, die ordentliche für wirksam gehalten. Mit der Revision und der von der Beklagten eingelegten Anschlussrevision verfolgen beide Parteien ihre ursprünglichen Anträge im Umfang ihres Unterliegens weiter.

Entscheidungsgründe

- 9 Sowohl die Revision der Klägerin als auch die Anschlussrevision der Beklagten sind unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, erst die ordentliche Kündigung vom 21. Oktober 2015 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.
- 10 I. Für die außerordentliche Kündigung fehlt es an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Ein solcher folgt nicht bereits aus dem Beschluss des Arbeitsgerichts vom 21. August 2015. Der Beklagten ist mit der Verpflichtung, die Klägerin „zu entlassen“, nicht die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgegeben worden. In Bezug auf

etwaige weitere Kündigungssachverhalte hat die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist aus § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt.

- 11 1. Der Beklagten ist durch die im Verfahren nach § 104 BetrVG ergangene Entscheidung vom 21. August 2015 nicht eine fristlose Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses aufgegeben worden.
- 12 a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Betriebsrat weder nach dem Wortlaut seines Antrags noch nach der Antragsbegründung eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt hatte. Dem Beschluss des Arbeitsgerichts lassen sich auch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass es den Antrag anders verstanden oder entgegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine darüberhinausgehende Verpflichtung der Beklagten habe statuieren wollen. Im Gegenteil hat das Arbeitsgericht einen „betriebsbedingten Kündigungsgrund“ angenommen, was - ohne anderweitige Hinweise - nicht darauf schließen lässt, die Beklagte habe zu einer fristlosen Entlassung verpflichtet werden sollen. Auch hierauf hat das Landesarbeitsgericht zu Recht hingewiesen.
- 13 b) Für das Verständnis des Beschlusstextes des Arbeitsgerichts durch das Landesarbeitsgericht spricht im Übrigen, dass es den Arbeitsgerichten verwehrt wäre, den Arbeitgeber in einem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu einer fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verpflichten. Die Bestimmung sieht vor, dem Arbeitgeber aufzugeben, „die Entlassung oder Versetzung durchzuführen“. Mit „Entlassung“ ist zwar eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses, jedoch unter Beachtung der maßgeblichen Kündigungsfristen gemeint. Dies ergibt die Auslegung der Norm.
- 14 aa) Das Verlangen nach „Entlassung“ gem. § 104 Satz 1 BetrVG bzw. eine Verpflichtung des Arbeitgebers im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG, „die Entlassung“ durchzuführen, ist auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses des betroffenen Arbeitnehmers, nicht nur auf eine Beendigung seiner Beschäftigung in dem bisherigen Betrieb gerichtet.
- 15 (1) Dieses Verständnis des Begriffs „Entlassung“ entspricht sowohl dem allgemeinen (vgl. dazu *Duden Deutsches Universalwörterbuch 5. Aufl. S. 468; Brockhaus Wahrig Deutsches Wörterbuch Bd. 16 S. 509*) als auch dem arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch (vgl. etwa § 17 KSchG, § 113 Abs. 1 BetrVG).
- 16 (2) Zwar wäre von der Formulierung auch eine Lesart umfasst, nach der nicht zwingend das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers zu beenden, sondern dieser nur aus dem Betrieb zu „entlassen“ wäre in dem Sinne, dass es genügt, ihn in einen anderen Betrieb zu versetzen, um dem Verlangen zu entsprechen (so *APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 18, 29; GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 12, 20; Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 16, 25*). Auch könnte die amtliche Überschrift von § 104 BetrVG („Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer“) für ein solches Verständnis streiten. Nimmt man jedoch den Wortlaut der Norm insgesamt in den Blick, zeigt schon die Gegenüberstellung des Begriffspaares „Entlassung oder Versetzung“, dass unter „Entlassung“ gerade im Unterschied zur Versetzung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist und nicht nur die Beendigung der Beschäftigung des Arbeitnehmers im bisherigen Betrieb. Die Überschrift der Bestimmung umfasst demnach lediglich beide möglichen Verlangen.
- 17 (3) Der nach der Gesetzesbegründung zu § 104 BetrVG intendierte Gegenstand der Regelung verweist ebenfalls auf ein Verständnis von „Entlassung“ als einer Beendigung des

Arbeitsverhältnisses. Danach betrifft die Vorschrift das Recht des Betriebsrats, die „Kündigung oder Versetzung“ von betriebsstörenden Arbeitnehmern zu verlangen (*Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. VI/1786 S. 53*). Soweit in der Bestimmung selbst von „Entlassung“ und nicht von „Kündigung“ die Rede ist, zeigt dies lediglich, dass der Arbeitgeber einer entsprechenden Verpflichtung zB auch dadurch nachkommen kann, dass er den Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Arbeitnehmer erwirkt (*insofern ebenso APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 18, 29*).

- 18 bb) Dagegen hat der Betriebsrat gem. § 104 Satz 1 BetrVG nicht das Recht, eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses des betroffenen Arbeitnehmers zu verlangen. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers kann nicht Ergebnis eines Verfahrens nach § 104 Satz 2 BetrVG sein (*wie hier GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 19; Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 21, 24; aA APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 17; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 23, 38 ff., 52 ff.*).
- 19 (1) Der Arbeitgeber ist gem. § 104 Satz 2 BetrVG bereits dann zur „Entlassung“ zu verpflichten, wenn das in § 104 Satz 1 BetrVG näher beschriebene Verhalten des Arbeitnehmers ein solches Verlangen des Betriebsrats rechtfertigt. Ob zugleich Gründe für eine fristlose Kündigung gegeben wären, ist nach dem Wortlaut der Bestimmung ohne Belang. Der Arbeitgeber genügt einer Verpflichtung zur „Entlassung“ des Arbeitnehmers gem. § 104 Satz 2 BetrVG demnach schon dann, wenn er zeitnah nach Rechtskraft der zuvor im Beschlussverfahren ergangenen Entscheidung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Beachtung der maßgeblichen Kündigungsfristen - im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ggf. durch eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit - bewirkt. Systematik oder Sinn und Zweck der Regelung verlangen keine andere Auslegung.
- 20 (2) Dieses Normverständnis wird bestätigt durch die Gesetzgebungsgeschichte. Nach dem Willen des Gesetzgebers entspricht § 104 BetrVG inhaltlich im Wesentlichen der Vorgängernorm des § 66 Abs. 4 BetrVG 1952 (*Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. VI/1786 S. 53*). In § 66 Abs. 4 Satz 3 BetrVG 1952 (*BGBI. I S. 681, 689*) war aber ausdrücklich bestimmt, der Arbeitgeber habe, wenn das Gericht dem Antrag des Betriebsrats stattgebe, die verlangte Maßnahme unverzüglich *unter Beachtung der Kündigungsfristen* durchzuführen. Mit „Entlassung“ war demnach allein eine fristgerechte Beendigung gemeint. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass die Neufassung daran etwas ändern sollte.
- 21 2. Die fristlose Kündigung der Beklagten ist nicht unabhängig von dem Beschluss des Arbeitsgerichts gerechtfertigt. Dabei kann dahinstehen, ob das Verhalten der Klägerin gegenüber ihren Arbeitskollegen einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB für eine fristlose Kündigung hätte bilden können. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Beklagte diesbezüglich jedenfalls die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt hätte.
- 22 II. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Beklagten vom 21. Oktober 2015 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien dagegen zum 30. Juni 2016 aufgelöst. Sie ist weder sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG noch liegt ein sonstiger Unwirksamkeitsgrund vor.
- 23 1. Die Anwendbarkeit von § 1 KSchG kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG

bedingt. Aufgrund der materiellen Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 1 ZPO) der Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlussverfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG steht zwischen den Parteien (§ 325 Abs. 1 ZPO) rechtskräftig fest, dass die Beklagte betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet war, das Arbeitsverhältnis der Klägerin unter Wahrung der Kündigungsfristen zu beenden. Dies begründet ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Ob die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlussverfahren zu Recht ergangen ist, unterliegt nicht der Überprüfung durch den Senat.

- 24 a) Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben (*st. Rspr., vgl. BAG 18. Juli 2013 - 6 AZR 420/12 - Rn. 45; 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 21*). In beiden Konstellationen liegt der Kündigungsgrund in der Sphäre des Arbeitgebers, der entweder agiert, dh. eine Organisationsentscheidung trifft, oder auf eine bestimmte Situation reagiert (*BAG 18. Juli 2013 - 6 AZR 420/12 - aaO*).
- 25 b) Eine solche Situation ist auch dann gegeben, wenn einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats nach § 104 Satz 1 BetrVG in einem Beschlussverfahren gem. Satz 2 der Bestimmung rechtskräftig entsprochen wird. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall betriebsverfassungsrechtlich und zur Vermeidung eines Zwangsgeldes für jeden Tag der Zuwiderhandlung (§ 104 Satz 2, 3 BetrVG) gezwungen, der Verpflichtung nachzukommen. Es handelt sich um einen Umstand, der ihm keine andere zumutbare Reaktionsmöglichkeit lässt. Obwohl die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers insofern unmittelbar mit der Kündigung zusammenfällt, bedarf es keiner weiteren Darlegungen, um ein missbräuchliches Handeln auszuschließen. Aufgrund der gerichtlichen Entscheidung ist vielmehr das Beschäftigungsbedürfnis gerade für den konkreten Arbeitnehmer entfallen. Es liegt deshalb auch keine unzulässige Austausch Kündigung vor. Die Verpflichtung zur Entlassung bedingt eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers. Steht dies auch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtskräftig fest, ist daher für eine Prüfung anderweitiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungsschutzrechtsstreit kein Raum. Einer Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG bedarf es nicht, da es keine vergleichbaren, also alternativ von demselben Entlassungsverlangen betroffenen und damit in eine Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer gibt.
- 26 aa) Dem steht nicht entgegen, dass nach der Senatsrechtsprechung das Verlangen des Betriebsrats gem. § 104 Satz 1 BetrVG keinen neuen Kündigungsgrund schafft, sondern einen solchen voraussetzt (*BAG 15. Mai 1997 - 2 AZR 519/96 - zu II 1, 3 der Gründe*). Gemeint sind damit die in § 104 Satz 1 BetrVG genannten Voraussetzungen für ein berechtigtes Entlassungsverlangen des Betriebsrats (*ebenso Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 16; aA Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 8; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 19*). Sind sie gegeben, würde dies ohne ein Verlangen des Betriebsrats in der Regel auch eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG rechtfertigen.
- 27 bb) Allerdings stellt § 104 BetrVG hierauf nicht ab. Die Norm begründet vielmehr unter den in ihr vorgesehenen Voraussetzungen einen eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber auf Entlassung oder Versetzung des Arbeitnehmers. Es kommt daher für die Berechtigung eines Verlangens des Betriebsrats auf Entlassung eines Arbeitnehmers nicht darauf an, ob im Falle der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes eine Kündigung nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 2 KSchG aus Gründen im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers sozial gerechtfertigt

bzw. ob im Falle der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB gegeben wäre (*aA KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 19*). Die Bestimmung normiert vielmehr selbst abschließend die Voraussetzungen für ein berechtigtes Verlangen. Wird das Verlangen des Betriebsrats auf Entlassung eines Arbeitnehmers im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG als berechtigt anerkannt, begründet dies ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Ist der Arbeitnehmer ordentlich unkündbar, liegt in dem als berechtigt anerkannten Verlangen ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung mit - notwendiger - Auslaufzeit.

- 28 (1) Nach dem Wortlaut von § 104 Satz 1 BetrVG ist Voraussetzung für ein darauf bezogenes Verlangen des Betriebsrats ausschließlich, dass der betreffende Arbeitnehmer durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze, insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen, den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört hat. Allein diese Voraussetzungen sind in einem Beschlussverfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu prüfen. Es spielt nach dem Gesetzeswortlaut dagegen keine Rolle, ob der Arbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 KSchG genießt oder ob er ordentlich unkündbar ist oder nicht.
- 29 (2) Systematisch spricht ein Vergleich mit § 103 Abs. 2 BetrVG ebenfalls dafür, dass es bei einem Verfahren nach § 104 BetrVG nicht darauf ankommt, ob nach allgemeinen Grundsätzen eine Kündigung gerechtfertigt wäre. In § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist, anders als in § 104 BetrVG, ausdrücklich bestimmt, dass die „Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt“ sein muss. Der Unterschied erklärt sich daraus, dass § 103 Abs. 2 BetrVG eine Überprüfung des vom Arbeitgeber reklamierten Rechts zur (außerordentlichen) Kündigung verlangt, während § 104 BetrVG dem Betriebsrat einen eigenen Anspruch auf Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers unter in der Norm selbst formulierten Voraussetzungen gewährt.
- 30 (3) Auch der Zweck der Regelung gebietet ein Verständnis, wonach der Betriebsrat eine Entlassung des Arbeitnehmers allein unter den Voraussetzungen von § 104 Satz 1 BetrVG soll verlangen können und ihm insofern ein eigener Anspruch - unabhängig von der individualrechtlichen Situation - eingeräumt ist. Nach - soweit ersichtlich - allgemeiner Auffassung stellt § 104 BetrVG eine Ergänzung von § 75 Abs. 1 und § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG dar (*statt vieler GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 2; APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 104 Rn. 2; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 4*). Es handelt sich demnach um einen eigenständigen, betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch unter den in der Bestimmung genannten Voraussetzungen, ohne dass es auf das Maß des individuellen Kündigungsschutzes des betroffenen Arbeitnehmers ankäme.
- 31 cc) Zu den im Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu prüfenden Voraussetzungen, ob das Verlangen des Betriebsrats iSd. § 104 Satz 1 BetrVG berechtigt ist, gehört indes seine Verhältnismäßigkeit (*ebenso Fitting BetrVG 28. Aufl. § 104 Rn. 9; GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 11; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 28; wohl auch Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 15*). Dies ergibt sich wiederum aus der Bestimmung selbst. Wie die danach erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen erkennen lassen, ist dem Betriebsrat der betriebsverfassungsrechtliche „Entfernungsanspruch“ im Interesse der Wiederherstellung des Betriebsfriedens eingeräumt. Der Betriebsrat hat daher nicht die - freie oder auch nur in sein Ermessen gestellte - Wahl, ob er die Entlassung oder - nur - eine (betriebsinterne oder -übergreifende) Versetzung des Arbeitnehmers

verlangt. Genügt vielmehr zur Wiederherstellung des Betriebsfriedens bereits eine Versetzung des Arbeitnehmers, kann der Betriebsrat mit rechtlichem Erfolg nur eine solche verlangen und ggf. gerichtlich durchsetzen.

- 32 c) Die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin zu entlassen, stand im Streitfall auch im Verhältnis zwischen ihr und der Beklagten rechtskräftig fest. Das Arbeitsgericht hatte die Klägerin in dem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG zu Recht gem. § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt.
- 33 aa) Nach § 83 Abs. 3 ArbGG ist in einem Beschlussverfahren zu hören, wer ua. nach dem Betriebsverfassungsgesetz „im einzelnen Fall beteiligt“ ist. Dies verlangt eine unmittelbare Betroffenheit in einer eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Position (*st. Rspr. zuletzt BAG 23. November 2016 - 7 ABR 13/15 - Rn. 10; 18. November 2014 - 1 ABR 21/13 - Rn. 12, BAGE 150, 74*).
- 34 bb) Von einem Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG ist in diesem Sinne auch der Arbeitnehmer betroffen, dessen Entlassung oder Versetzung vom Betriebsrat verlangt wird (*für eine Beteiligung des Arbeitnehmers im Beschlussverfahren nach § 66 Abs. 4 Satz 2 BetrVG 1952 auch Sahmer BetrVG Stand September 1967 § 66 Rn. 20*). Er ist Objekt eines besonderen Anspruchs des Betriebsrats, aufgrund dessen es zu seiner Versetzung oder Entfernung aus dem Betrieb kommen kann. Dadurch ist der Arbeitnehmer als Betriebsangehöriger selbst in einer betriebsverfassungsrechtlichen Position betroffen (*aA GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 18*). Das Verfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG betrifft dagegen nicht unmittelbar seine individualrechtliche Rechtsstellung, wie ein Verfahren nach § 103 Abs. 2 und 3 BetrVG (*vgl. dazu BAG 23. November 2016 - 7 ABR 13/15 - Rn. 15*). Die Frage, ob individualrechtlich ein Kündigungsgrund gegeben wäre, ist - anders als im Verfahren nach § 103 Abs. 2 und 3 BetrVG - nicht Gegenstand des Beschlussverfahrens nach § 104 Satz 2 BetrVG. Es liegt daher auch kein systematischer Bruch darin, dass der Gesetzgeber in § 103 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 BetrVG ausdrücklich die Beteiligung des Betriebsratsmitglieds angeordnet, von einer entsprechenden Regelung zu dem von einem Entlassungsverlangen nach § 104 BetrVG betroffenen Arbeitnehmer hingegen abgesehen hat.
- 35 2. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG rechtsunwirksam. Eine gesonderte Beteiligung des Betriebsrats war nach der von ihm selbst verlangten Entlassung der Klägerin entbehrlich. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob anderenfalls die von der Beklagten durchgeführte Anhörung ordnungsgemäß gewesen wäre.
- 36 a) Verlangt der Betriebsrat nach § 104 BetrVG die Entlassung eines betriebsstörenden Arbeitnehmers und entschließt sich der Arbeitgeber, dem Wunsch des Betriebsrats zu entsprechen, ist dessen weitere Beteiligung nach § 102 BetrVG nicht mehr erforderlich (*BAG 15. Mai 1997 - 2 AZR 519/96 - zu II 2 der Gründe; Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 17; AR/Rieble 8. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 6; KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 90; GK/Raab 10. Aufl. § 104 BetrVG Rn. 16; Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde BetrVG 15. Aufl. § 104 Rn. 9; Preis in Wlotzke/Preis/Kreft BetrVG 4. Aufl. § 104 Rn. 3*). Das Entlassungsverlangen enthält bereits die Zustimmung des Betriebsrats zu der es umsetzenden Kündigung (*BAG 15. Mai 1997 - 2 AZR 519/96 - aaO; Richardi/Thüsing aaO; KR/Etzel/Rinck aaO*). Der Arbeitgeber führt nur aus, was der Betriebsrat selbst von ihm verlangt oder sogar in einem Beschlussverfahren nach § 104 Satz 2 BetrVG erstritten hat.

- 37 b) So liegt es auch im Streitfall. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung hält sich im Rahmen der der Beklagten im Beschlussverfahren auferlegten Verpflichtung.
- 38 3. Andere Unwirksamkeitsgründe hat die Klägerin nicht geltend gemacht.
- 39 III. Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Rechtsmittelverfahren haben die Parteien gem. § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO nach dem Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen. Die Beklagte ist hinsichtlich der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterlegen, die Klägerin hinsichtlich seines unbegrenzten Fortbestandes, mithin die Beklagte zu 1/3 und die Klägerin zu 2/3.

Koch

Niemann

Rachor

Söllner

A. Claes