

BAG 2. Senat

Entscheidungsdatum: 18.09.1997

Aktenzeichen: 2 ABR 15/97

Dokumenttyp: Beschluss

Quelle: 

Normen: § 613a BGB, § 626 BGB, § 15 Abs 4 KSchG,
§ 103 Abs 1 BetrVG, § 15 Abs 5 KSchG

Zitiervorschlag: BAG, Beschluss vom 18. September 1997 – 2
ABR 15/97 –, BAGE 86, 298-311 

Dokumentreiter

Kurztext

Langtext

Dokumentinhalt

Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung

Leitsatz

1. Im Falle sog tariflicher Unkündbarkeit eines Betriebsratsmitglieds bedarf es für dessen (außerordentliche) betriebsbedingte Kündigung nach § 15 Abs 4 oder Abs 5 KSchG nicht der Zustimmung des Betriebsrats.

2. Dies ist im Verfahren auf Ersetzung der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs 2 BetrVG auch ohne dahingehenden ausdrücklichen Antrag des Arbeitgebers in der den Ersetzungsantrag abweisenden Entscheidung - ggf nach Hinweis gemäß § 139 ZPO - festzustellen (im Anschluß an BAG Beschluß vom 21. September 1989 - 1 ABR 32/89 = AP Nr 72 zu § 99 BetrVG 1972).

3. Diese Entscheidung präjudiziert auch für ein nachfolgendes Kündigungsschutzverfahren, daß es einer Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung nicht bedurfte (im Anschluß an Senatsurteil vom 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - BAGE 27, 113 = AP Nr 3 zu § 103 BetrVG 1972).

☐ Fundstellen



☐Verfahrensgang

vorgehend Landesarbeitsgericht Hamburg 8. Kammer, 22. Januar 1997, 8 TaBV 8/96

vorgehend ArbG Hamburg, 8. August 1996, 27 BV 4/96

Gründe

Randnummer1

A I. Der Beteiligte zu 3) (im folgenden: Herr P.) ist seit September 1970 beim antragstellenden Arbeitgeber beschäftigt, und zwar zuletzt als Sachverständiger (Chemotechniker) in der Abteilung 6.1 (Abteilung Umweltschutz), seit 1991 im Bereich Emissionsmessungen. Im Hinblick auf sein Lebensalter und seine Betriebszugehörigkeit ist Herr P. nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Manteltarifvertrag ordentlich nicht kündbar. Er gehört seit 1992 dem Betriebsrat an und ist seit Frühjahr 1995 dessen Vorsitzender. Ende Mai 1995 wurde er in vollem Umfang freigestellt.

Randnummer2

Zum 1. April 1996 ist die Abteilung 6.1 als rechtlich selbständige Gesellschaft für Umweltschutz (GfU) ausgegliedert worden. Sie bietet nunmehr unter der Firma Umweltschutz TÜV Nord mbH ihre Leistungen auf dem Markt an. Die Arbeitnehmer der GfU haben inzwischen einen neuen Betriebsrat gebildet. Herr P. widersprach mit Schreiben vom 12. März 1996 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die neu gegründete GmbH. Zugleich erklärte er sich bereit, künftig an das neue Unternehmen ausgeliehen zu werden.

Randnummer3

Mit Schreiben vom 21. März 1996 beantragte der Arbeitgeber beim Betriebsrat die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit einer sozialen Auslauffrist von 7 Monaten zum Monatsende, und zwar mit der Begründung, nach der Ausgliederung der Abteilung Umweltschutz bestehe unter Berücksichtigung der Kenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten des Herrn P. bei ihm, dem Arbeitgeber, keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr.

Randnummer4

Der Betriebsrat verweigerte mit Schreiben vom 25. März 1996 die Zustimmung und widersprach zugleich vorsorglich der beabsichtigten Kündigung nach § 102 Abs. 3 BetrVG, da nach seiner Auffassung die Kündigung gegen das Kündigungsverbot gemäß § 15 Abs. 5 KSchG verstoße, eine Weiterbeschäftigung des Herrn P. doch möglich und ihm auch zugesichert worden sei und schließlich, weil angesichts seiner Freistellung ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung nicht anzuerkennen sei.

Randnummer5

Mit seinem am 28. März 1996 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat der Arbeitgeber die Ersetzung der Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung von Herr P. beantragt. Zur Begründung hat er vorgetragen, die beabsichtigte Kündigung sei gerechtfertigt, weil das Arbeitsverhältnis infolge Widerspruchs bei ihm verblieben, der Arbeitsplatz jedoch auf die GfU übergegangen sei. Ein Arbeitsplatz, auf dem Herrn P. Qualifikation benötigt werde, existiere im Betrieb G nicht mehr.

Randnummer6

Der Arbeitgeber hat beantragt,

Randnummer7

die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist des Chemotechnikers Harry P. zu ersetzen.

Randnummer8

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3) haben beantragt,

Randnummer9

den Antrag zurückzuweisen.

Randnummer10

Sie haben die Ansicht vertreten, die beabsichtigte Kündigung sei nicht gerechtfertigt, da Herr P. auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb weiterbeschäftigt werden könne. Im übrigen spiele der behauptete Wegfall des Arbeitsplatzes im Hinblick auf die Freistellung ohnehin keine Rolle. Entscheidend sei, daß Herr P. sein Betriebsratsmandat letztlich aufgrund des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses ausübe. Eine betriebsbedingte Kündigung allein wegen Übergangs des Arbeitsplatzes werde der besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Situation nicht gerecht und verstoße gegen § 613 a Abs. 4 BGB. Ferner fehle es bisher ohnehin an einer den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes entsprechenden wirksamen Ausgliederung der Abteilung Umweltschutz. Die (neue) Gesellschaft für Umweltschutz sei eine 100%ige Tochter der T, die ihrerseits 100%ige Tochter des Arbeitgebers sei.

Randnummer11

Das Arbeitsgericht hat den Antrag des Arbeitgebers als unbegründet zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Arbeitgebers hat das Landesarbeitsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, der Antrag auf Ersetzung der Zustimmung sei bereits unzulässig. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehren der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3) die Wiederherstellung der Sachentscheidung des Arbeitsgerichts.

Randnummer12

Die Beschwerde ist nicht begründet, entsprechend dem vom Antragsteller in der Rechtsbeschwerdeinstanz verdeutlichten Antrag war jedoch klarzustellen, daß die Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung (mit Auslauffrist) des Beteiligten zu 3) nicht erforderlich ist.

Randnummer13

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere mangelt es nicht an der für die Zulässigkeit erforderlichen Beschwer.

Randnummer14

Der Betriebsrat und der Arbeitnehmer P. sind durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts beschwert, obwohl das Landesarbeitsgericht im Ergebnis die Beschwerde des Arbeitgebers gegen den Beschluß des

Arbeitsgerichts zurückgewiesen hat. Zwar sind der Betriebsrat und der Arbeitnehmer P. durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts damit formell nicht betroffen, denn mit der Zurückweisung der Beschwerde haben sie äußerlich ihr Verfahrensziel erreicht. Es ist jedoch in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß die für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels erforderliche Beschwerde auch in Fällen gegeben sein kann, in denen der Beklagte bzw. Antragsgegner nach seinem Prozeßvorbringen eine Abweisung der Klage bzw. des Antrags als unbegründet erstrebt, das Gericht jedoch keine Sachentscheidung trifft, sondern die Klage bzw. den Antrag als unzulässig abweist (vgl. BAG Beschluß vom 22. Oktober 1985 - 1 ABR 81/83 - AP Nr. 24 zu § 99 BetrVG 1972; BAG Beschluß vom 19. November 1985 - 1 ABR 37/83 - BAGE 50, 179, 186 = AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit, zu B II 1 der Gründe; BGH Urteil vom 18. November 1958 - VIII ZR 131/57 - BGHZ 28, 349, 350; BVerwG Urteil vom 10. Februar 1960 - V C 14.58 - BVerwGE 10, 148 = AP Nr. 21 zu § 9 MuSchG; GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, ArbGG, 2. Aufl., § 89 Rz 8; STEIN/JONAS/GRUNSKY, ZPO, 21. Aufl., Rechtsmittel, Einleitung V Rz 93; MÜNCHKOMMZPO-RIMMELSPACHER, Vor § 511 Rz 26; ZÖLLER/GUMMER, ZPO, 20. Aufl., Vor § 511 Rz 18; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, 55. Aufl., Grundz. § 511 Rz 19, 20). Auch der Senat hat in diesem Sinne entschieden, daß eine Prozeßpartei durch eine Entscheidung auch dann beschwert sein kann, wenn ein Antrag aus verfahrensrechtlichen Gründen als unzulässig abgewiesen wird, während die Partei eine Sachentscheidung zu ihren Gunsten begehrt hatte (Senatsurteil vom 27. Januar 1994 - 2 AZR 484/93 - AP Nr. 28 zu § 4 KSchG 1969, zu B II 1 b der Gründe). Vereinzelt sind gegen die allgemeine Gültigkeit dieses Grundsatzes Bedenken erhoben worden (vgl. OLG Koblenz Urteil vom 29. Mai 1973 - 6 U 539/72 - NJW 1973, 1756), insbesondere auch im Hinblick auf die Übertragbarkeit des für das Klageverfahren entwickelten Grundsatzes auf das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren (vgl. Kraft, Gemeinsame Anm. zu AP Nr. 23 und 24 zu § 99 BetrVG 1972). Diese Bedenken greifen aber zumindest im vorliegenden Fall nicht durch.

Randnummer 15

Sowohl der Betriebsrat als auch der Arbeitnehmer P. sind durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts materiell beschwert. Indem das Landesarbeitsgericht den Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers P. als unzulässig angesehen hat, hat es dem Arbeitgeber im

Ergebnis genau das zugesprochen, was der Betriebsrat und P. mit ihren Anträgen auf Zurückweisung der Beschwerde verhindern wollten. Das Landesarbeitsgericht hat dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, die beabsichtigte Kündigung gegenüber Herrn P. auszusprechen, ohne daß die Zustimmung des Betriebsrates hierzu vorliegt oder ersetzt worden ist. Gerade dies wollten der Betriebsrat und Herr P. aber mit ihren Zurückweisungsanträgen verhindern. Für den Betriebsrat beinhaltet diese Entscheidung eine einschränkende Feststellung im Hinblick auf den Umfang seiner sich aus § 103 BetrVG ergebenden Mitbestimmungsrechte. Der Arbeitnehmer P. verliert die Möglichkeit, im Rahmen des Beschlußverfahrens unter den Bedingungen des Untersuchungsgrundsatzes eine für ein eventuelles Kündigungsschutzverfahren für ihn günstige bindende Entscheidung über das Nichtvorliegen eines Kündigungsgrundes (vgl. BAG Urteil vom 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - BAGE 27, 113 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972) zu erlangen.

Randnummer16

C. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch nicht begründet.

Randnummer17

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers P. sei unzulässig, da es einer Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung von Herrn P. nicht bedürfe. § 15 Abs. 4 und 5 KSchG sei in den Fällen eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB und dem Widerspruch eines Betriebsratsmitglieds gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses analog anzuwenden. Die Tatsache, daß Herr P. tariflich vor einer ordentlichen Beendigungskündigung geschützt sei, habe nicht zur Folge, daß die Kündigung doch der Zustimmung des Betriebsrates bedürfe. Allein die Tatsache der tariflichen Alterssicherung lasse den Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 KSchG nicht wieder aufleben. Der gesetzliche Zweck, daß der Arbeitnehmer seine Aufgaben als Betriebsratsmitglied ohne Furcht vor einer Entlassung solle erledigen können und daß die personelle Zusammensetzung des Betriebsrates möglichst unverändert erhalten bleibe, trete in Fällen der Betriebsstillegung bzw. Abteilungsstillegung ausweislich § 15 Abs. 4 und 5 KSchG zurück. Daran ändere die tarifliche Alterssicherung nichts.

Randnummer18

II. Dem folgt der Senat nur in Teilen der Begründung.

Randnummer19

1. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist der auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats gerichtete Antrag des Arbeitgebers nicht unzulässig.

Randnummer20

Zwar geht das Landesarbeitsgericht zu Recht davon aus, daß eine Zustimmung, die entbehrlich ist, nicht durch das Gericht ersetzt werden kann. Das dem Zustimmungsersetzungsantrag zugrundeliegende Begehren des Arbeitgebers erschöpft sich aber nicht darin, die Ersetzung der Zustimmung zu erlangen. Vielmehr will er eine gerichtliche Entscheidung darüber erhalten, daß er berechtigt ist, die beabsichtigte Kündigung auszusprechen, ohne daß dieser die fehlende Zustimmung des Betriebsrates entgegensteht. Aus welchem Grunde das Arbeitsgericht diese betriebsverfassungsrechtliche Berechtigung bejaht, ist für ihn regelmäßig ohne Interesse.

Randnummer21

Dem Arbeitgeber, der seiner gesetzlichen Verpflichtung genügen will und einen Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates stellt, kann das Risiko divergierender Entscheidungen im Verfahren nach § 103 BetrVG und im nachfolgenden Kündigungsschutzprozeß nicht auferlegt werden, nur weil er nicht erkennt, daß die Zustimmung im konkreten Fall ausnahmsweise entbehrlich ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit, der Verfahrensökonomie und aufgrund des Zwecks des § 103 Abs. 2 BetrVG, Klarheit über die Zulässigkeit des Ausspruchs einer Kündigung gegenüber einem Mandatsträger zu schaffen, ist es daher geboten, daß das Arbeitsgericht auch ohne einen darauf gerichteten ausdrücklichen Antrag des Arbeitgebers - ggf. nach Hinweis gemäß § 139 ZPO - die Feststellung ausspricht, daß eine Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung entbehrlich ist, wenn sich dies im Laufe des Verfahrens herausstellt (vgl. BAG Beschluß vom 18. Oktober 1988 - 1 ABR 33/87 - BAGE 60, 57, 65 = AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972, zu B II der Gründe; BAG Beschluß vom 21. September 1989 - 1 ABR 32/89 - AP Nr. 72 zu § 99 BetrVG 1972, zu II 3 a der Gründe). Zumindest in Fällen, in denen der Arbeitnehmer am Beschlußverfahren beteiligt wird, kommt dieser

Entscheidung präjudizielle Wirkung für den Kündigungsschutzprozeß zu, da die Feststellung der Entbehrlichkeit der Zustimmung im Kündigungsschutzprozeß - vgl. dazu nachfolgend zu 3 - als Vorfrage erheblich ist (vgl. BAG Urteil vom 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - BAGE 27, 113, 119 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 3 a der Gründe).

Randnummer22

Eine entsprechende Entscheidung verstößt nicht gegen § 308 ZPO, wonach ein Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Wie bereits oben ausgeführt, will der Arbeitgeber mit seinem Antrag auf Ersetzung der Zustimmung eine abschließende Entscheidung darüber, daß er berechtigt ist, die beabsichtigte Kündigung auszusprechen. Dieses Begehren umfaßt auch eine Entscheidung des Gerichts dahingehend, daß eine Zustimmung entbehrlich ist. Aus Gründen der Klarstellung hat der Arbeitgeber auf Anregung des Senats dieses Begehren durch eine angepaßte Antragstellung verdeutlicht, wobei der Gegenpartei rechtliches Gehör gewährt worden ist.

Randnummer23

2. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht aber zu dem Ergebnis gelangt, daß der Arbeitgeber einer Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Kündigung des Arbeitnehmers P. nicht bedarf, so daß der Antrag des Arbeitgebers nach § 103 Abs. 2 BetrVG mit der erwähnten Klarstellung als unbegründet zurückzuweisen war.

Randnummer24

a) § 103 Abs. 1 BetrVG erfordert keine Zustimmung des Betriebsrates zu einer außerordentlichen Kündigung der in der Vorschrift genannten Personen, soweit der Kündigung ein von § 15 Abs. 4 und 5 KSchG umfaßter Sachverhalt zugrunde liegt. Zwar sind nach dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 BetrVG vom Zustimmungserfordernis alle außerordentlichen Kündigungen erfaßt. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht aber erkannt, daß es zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs zwischen § 15 Abs. 4 und 5 KSchG einerseits und § 103 Abs. 1 BetrVG andererseits einer teleologischen Reduktion der letztgenannten Vorschrift bedarf.

Randnummer25

§ 15 KSchG hat den Zweck, den Mandatsträgern die erforderliche Unabhängigkeit für die Ausübung ihres Amtes und die Kontinuität der Amtsführung während einer Wahlperiode zu sichern. Dem Arbeitgeber soll die Möglichkeit genommen werden, sich unbequemer Mandatsträger durch eine unberechtigte oder gar willkürliche Kündigung zu entledigen (vgl. BAG Urteil vom 17. Februar 1983 - 2 AZR 481/81 - BAGE 41, 391, 402 = AP Nr. 14 zu § 15 KSchG 1969, zu B IV 2 der Gründe; KR-Etzel, 4. Aufl., § 15 KSchG Rz 9 und 10; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 12. Aufl., § 15 Rz 1; Löwisch, KSchG, 7. Aufl., § 15 Rz 1). Demselben Zweck dient auch § 103 Abs. 1 BetrVG (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. VI/1786 S. 53; BAG Beschluß vom 22. August 1974 - 2 ABR 17/74 - BAGE 26, 219, 222 = AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972, zu C I 2 der Gründe; KR-Etzel, 4. Aufl., § 103 BetrVG Rz 7; Dietz/Richardi; BetrVG, 6. Aufl., § 103 Rz 1; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Betriebsverfassungsgesetz, 18. Aufl., § 103 Rz 1).

Randnummer26

Der Schutz des § 15 Abs. 1 bis 3 KSchG wird den in der Vorschrift genannten Personen aber nicht ausnahmslos zuteil. § 15 Abs. 4 und 5 KSchG erklärt eine Kündigung gegenüber einem Mandatsträger in den Fällen einer Betriebsstilllegung oder Stilllegung einer Betriebsabteilung unter den dort genannten Voraussetzungen für zulässig. Dies deutet darauf hin, daß nach Ansicht des Gesetzgebers die in § 15 KSchG genannten Personen eines besonderen Schutzes vor einer Kündigung nicht bedürfen, soweit die Kündigung Folge einer generellen Maßnahme ist und sie sich nicht gegen die einzelnen Mandatsträger richtet (vgl. Hilbrandt, NZA 1997, 465, 468). Des weiteren hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG den betriebswirtschaftlichen Interessen und der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit des Unternehmers, hier speziell der Freiheit des Unternehmers zu entscheiden, ob und inwieweit er seinen Betrieb fortführen will, den Vorrang vor dem Schutz der Mandatsträger vor Kündigungen eingeräumt. Der Arbeitgeber soll nicht gezwungen sein, eine Betriebs- oder Betriebsabteilungsstilllegung mit Rücksicht auf die Mandatsträger zu unterlassen bzw. ein Arbeitsverhältnis mit einem Mandatsträger allein des Amtes wegen fortsetzen zu müssen, obwohl keine Beschäftigungsmöglichkeit für diesen mehr besteht. § 15 Abs. 4 und 5 KSchG läßt in diesen Fällen eine ordentliche Kündigung der Mandatsträger zu, ohne daß es einer Zustimmung des Betriebsrates hierzu bedarf (vgl. BAG Urteil vom 29. März 1977 - 1 AZR 46/75 - BAGE 29, 114, 118 = AP Nr. 11 zu § 102

BetrVG 1972, zu 3 der Gründe; BAG Urteil vom 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - BAGE 41, 72, 80 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern, zu B I 2 a der Gründe; BAG Urteil vom 20. Januar 1984 - 7 AZR 443/82 - BAGE 45, 26, 30 = AP Nr. 16 zu § 15 KSchG 1969, zu I der Gründe; KR-Etzel, 4. Aufl., § 15 KSchG Rz 95; Hueck/von Hoyningen-Huene, aaO, § 15 Rz 157; Gerauer, BB 1990, 1127; a.A. Hassenpflug, Die Kündigung von Betriebsratmitgliedern wegen Stilllegung eines Betriebes oder einer Betriebsabteilung, S. 153 ff.; Bader, BB 1978, 616; Belling, NZA 1985, 484).

Randnummer27

Sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die nach § 15 KSchG geschützten Personen bei einer Betriebsstilllegung oder Stilllegung einer Betriebsabteilung in gleicher Weise gekündigt werden können wie die anderen von der unternehmerischen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer, so ist eine unterschiedliche Behandlung auch dann nicht geboten, wenn der Mandatsträger aufgrund einer einzel- oder tarifvertraglichen Bestimmung ordentlich unkündbar ist. Die in diesen Fällen nach herrschender Meinung grundsätzlich mögliche außerordentliche Kündigung (vgl. BAG Urteil vom 8. Oktober 1957 - 3 AZR 136/55 - BAGE 5, 20, 26 = AP Nr. 16 zu § 626 BGB, zu IV der Gründe; BAG Urteil vom 28. März 1985 - 2 AZR 113/84 - BAGE 48, 220, 225 = AP Nr. 86 zu § 626 BGB, zu B III 2 b der Gründe; KR-Hillebrecht, 4. Aufl., § 626 BGB Rz 121 b; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., Rz 539, jeweils m.w.N.) tritt lediglich an die Stelle der ordentlichen Kündigung nach § 15 Abs. 4 und 5 KSchG. Die außerordentliche Kündigung ist ebenso wie die ordentliche Kündigung nicht gegen den Mandatsträger als solchen gerichtet, sondern Folge einer generellen Maßnahme. Muß aber der Schutzzweck des § 15 KSchG nach dem Willen des Gesetzgebers in den Fällen der Betriebsstilllegung oder der Stilllegung einer Betriebsabteilung hinter den Interessen des Arbeitgebers zurücktreten, so kann für den identischen Schutzzweck des § 103 Abs. 1 BetrVG in den genannten Fällen nichts anderes gelten. Der Arbeitgeber kann die außerordentliche Kündigung aussprechen, ohne daß er einer vorherigen Zustimmung des Betriebsrates bedarf (vgl. KR-Etzel, 4. Aufl., § 15 KSchG Rz 75 und 100; Maus, KSchG, § 15 Rz 48; KPK-Bengelsdorf, Teil H, § 15 Rz 70; Witt, AR-Blattei SD 530.9 Rz 79).

Randnummer28

b) Die beabsichtigte außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer P. beruht auf einem Sachverhalt, der von § 15 Abs. 4 und 5 KSchG umfaßt wird.

Randnummer29

aa) Bei der Übertragung der Abt. 6.1 auf die GfU handelt es sich um einen Teilbetriebsübergang i.S.v. § 613 a BGB. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Die Abt. 6.1 verfolgte mit den Leistungen im Bereich Umweltschutz einen verselbständigungs-fähigen Teilzweck im Gesamtbetrieb des Arbeitgebers. Der GfU ist es möglich, diesen Teilzweck weiterzuverfolgen. Sie hat die tatsächliche Nutzungs- und Verfügungsgewalt über die für die Fortführung der Abt. 6.1 wesentlichen Betriebsmittel inne, nachdem unstreitig alle materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände der Abt. 6.1 von der GfU übernommen worden sind.

Randnummer30

Entgegen der Ansicht des Betriebsrates und des Arbeitnehmers P. steht es der Wirksamkeit der Ausgliederung der Abt. 6.1 nicht entgegen, daß der Arbeitgeber die Ausgliederung nicht nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes (UmwG) vorgenommen hat. Es ist der Wahl der beteiligten Rechtsträger überlassen, ob sie sich im Rahmen einer Umstrukturierung der durch das UmwG eröffneten Umwandlungsmöglichkeiten bedienen wollen (vgl. Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht, § 1 UmwG Rz 56). Das Umwandlungsgesetz ermöglicht es den Rechtsträgern, bei Beachtung der gesetzlichen Vorschriften eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge herbeizuführen. Die Gesamtrechtsnachfolge ist nicht - wie der beteiligte Betriebsrat und der beteiligte Arbeitnehmer zu glauben scheinen - "Anzeichen" für eine Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, sondern vielmehr das Ergebnis. Das Umwandlungsgesetz enthält ausdrücklich Sonderregelungen zum allgemeinen Rechtsgrundsatz des deutschen Zivilrechts, daß Rechte und Verbindlichkeiten nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge von einem Rechtsträger auf den anderen übergehen können. Umstrukturierungen durch Einzelrechtsnachfolge werden vom Umwandlungsgesetz nicht erfaßt und durch das Gesetz auch nicht verboten (Dehmer, UmwG/UmwStG, 2. Aufl., § 1 UmwG Rz 28).

Randnummer31

bb) Aufgrund des Widerspruchs des Arbeitnehmers P. gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die GfU gem. § 613 a Abs. 1 BGB besteht das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Arbeitgeber über den 1. April 1996 hinaus fort. Auch dies hat das Landesarbeitsgericht unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG Urteil vom 2. Oktober 1974 - 5 AZR 504/73 - BAGE 26, 301 = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB; BAG Urteil vom 22. April 1993 - 2 AZR 313/92 - AP Nr. 102 zu § 613 a BGB) richtig erkannt. Nach dieser Rechtsprechung schließt der Widerspruch eines Arbeitnehmers, der in einem Betriebsteil beschäftigt ist, der durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übertragen wird, den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber aus.

Randnummer32

cc) Damit ergibt sich für die Arbeitsvertragsparteien eine Situation, wie sie bei einer Stilllegung der Abt. 6.1 eingetreten wäre. Die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers P. als Chemotechniker im Bereich Emissionsmessungen ist entfallen, weil die Abt. 6.1 "Umweltschutz" im Betrieb des Arbeitgebers nicht mehr besteht.

Randnummer33

Soweit entsprechende Fallgestaltungen in der Literatur überhaupt problematisiert werden, werden zur Lösung des Problems unterschiedliche Wege beschritten. Diese führen jedoch im Ergebnis alle zur Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG.

Randnummer34

(1) Hueck/von Hoyningen-Huene (KSchG, 12. Aufl., § 15 Rz 152) gehen davon aus, daß gegenüber dem widersprechenden Mandatsträger in den Fällen des Betriebsübergangs eine Betriebsstilllegung vorliegt und kommen so zur unmittelbaren Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG.

Randnummer35

(2) Etzel (KR, 4. Aufl., § 15 KSchG Rz 125 a) vertritt die Auffassung, mit dem widersprechenden Mandatsträger verbleibe eine Rumpfbetriebsabteilung, die der Veräußerer stilllegen könne, um so die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG zu schaffen. Folgt man dieser Ansicht, so liegt im vorliegenden Fall die Stilllegung der Restabteilung 6.1 vor,

da nach dem Willen des Arbeitgebers entsprechende Aufgaben nicht mehr im Betrieb erledigt werden, sondern nunmehr ausschließlich im Bereich der GfU liegen.

Randnummer36

(3) Gerauer (BB 1990, 1127) ist der Ansicht, eine unmittelbare Anwendung von § 15 Abs. 5 KSchG scheidet in den beschriebenen Fällen aus, da die Stilllegung einer Betriebsabteilung nicht mit einer Veräußerung gleichgestellt werden könne. Er spricht sich jedoch für eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 5 KSchG aus, da die Interessenlage in beiden Fällen identisch sei.

Randnummer37

(4) Welche Lösung den Vorzug verdient, kann dahinstehen. In jedem Fall ergibt sich, daß die vom Arbeitgeber beabsichtigte außerordentliche Kündigung auf einem Sachverhalt beruht, der von § 15 Abs. 4 und 5 KSchG umfaßt wird und damit eine Zustimmung des Betriebsrates entbehrlich macht.

Randnummer38

dd) Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß es sich bei dem Arbeitnehmer P. um ein freigestelltes Betriebsratsmitglied handelt. Soweit der Betriebsrat und P. erstinstanzlich die Ansicht vertreten haben, eine betriebsbedingte Kündigung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil ein Mangel an Arbeit bei einem freigestellten Betriebsratsmitglied nicht denkbar sei, kann dem nicht gefolgt werden.

Randnummer39

Die Freistellung nach § 38 BetrVG hat nicht den Zweck, ein freigestelltes Betriebsratsmitglied in weitergehendem Maße als ein nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied vor einer Kündigung zu schützen. § 38 BetrVG konkretisiert vielmehr die sich für den Arbeitgeber aus § 37 Abs. 2 BetrVG ergebende Verpflichtung, Mitglieder des Betriebsrates von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien, wenn und soweit dies zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Schutzzweck des § 38 BetrVG ist somit die Gewährleistung einer möglichst wirksamen Betriebsratsarbeit. Auch das freigestellte Betriebsratsmitglied ist jedoch in erster Linie Arbeitnehmer des Betriebes. Sein Arbeitsverhältnis besteht im Hinblick auf die Erfüllung einer arbeitsvertraglich bestimmten Arbeitsleistung, nicht zur Ausübung seines

Betriebsratsmandates. Zwar dürfte im Regelfall der ursprüngliche Arbeitsplatz des Betriebsratsmitgliedes nach seiner Freistellung mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt werden, so daß damit ein konkretes Beschäftigungsbedürfnis für das freigestellte Betriebsratsmitglied - jedenfalls zeitweilig - nicht mehr besteht. Dies besagt aber nicht, daß nicht zumindest eine theoretische Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden sein muß, zumal auch ein vorzeitiges Erlöschen des Betriebsratsamtes in Betracht kommen kann (§ 24 BetrVG). Das Betriebsverfassungsgesetz kennt kein "freischwebendes" Betriebsratsmitglied. Ansonsten ließe sich auch rechtfertigen, daß ein Betriebsfremder Betriebsratsmitglied werden kann.

Randnummer40

ee) Offenbleiben muß in dem hier erörterten Zusammenhang, ob der Arbeitnehmer P. in einer anderen Abteilung im Betrieb des Arbeitgebers eingesetzt werden kann. Dies betrifft nicht die Frage, ob ein in den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG fallender und damit eine Zustimmung nach § 103 BetrVG entbehrlich machender Fall der Kündigung vorliegt, sondern die Frage der Berechtigung der Kündigung, und zwar u.a. unter dem Gesichtspunkt des ultima-ratio-Grundsatzes (vgl. Senatsurteil vom 13. August 1992 - 2 AZR 22/92 - AP Nr. 32 zu § 15 KSchG 1969). Die Überprüfung dieser Frage ist jedoch einem eventuellen Kündigungsschutzverfahren vorbehalten.

Randnummer41

3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß das Landesarbeitsgericht den Antrag des Arbeitgebers nicht hätte als unzulässig zurückweisen dürfen, sondern vielmehr die Entbehrlichkeit der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers P. hätte feststellen müssen.

Randnummer42

4. Entsprechend dem in der Rechtsbeschwerdeinstanz verdeutlichten Antrag des Arbeitgebers sieht sich der Senat nicht gehindert, im Zurückweisungsbeschluß - auch ohne Anschlußrechtsbeschwerde des Arbeitgebers - in Form einer Feststellung klarzustellen, daß es einer Zustimmung des Betriebsrates zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung nicht bedarf. Denn diese Feststellung wird ohnehin schon von dem zweitinstanzlichen Beschluß umfaßt, und zwar mit der präjudiziellen Wirkung, daß der Arbeitnehmer P., weil er in diesem Beschlußverfahren nach § 103

Abs. 2 BetrVG Beteiligter war, in einem späteren Kündigungsschutzprozeß nicht einwenden kann, es habe der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats bedurft (grundlegend dazu Senatsurteil vom 24. April 1975 - 2 AZR 118/74 - BAGE 27, 113 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972). Dies gilt auch angesichts der Tatsache, daß das Landesarbeitsgericht den Zustimmungsersetzungsantrag als unzulässig abgewiesen hat.

Randnummer43

a) Es ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß auch Prozeßentscheidungen hinsichtlich der verneinten Prozeßbedingung - vorliegend (angeblich) fehlendes Rechtsschutzinteresse mangels Zustimmungsbedürftigkeit der beabsichtigten Kündigung - materieller Rechtskraft fähig sind, und zwar nicht abstrakt, sondern bezogen auf den konkreten zur Entscheidung gestellten Streit (BAG Urteil vom 3. Dezember 1954 - 1 AZR 381/54 - AP Nr. 7 zu § 11 ArbGG 1953, mit zust. Anm. von Dietz; BGH Urteil vom 6. März 1985 - IV b ZR 76/83 - NJW 1985, 2535; BGH Urteil vom 28. Juli 1971 - NJW 1971, 1844; RGZ 159, 173, 176; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 54. Aufl., § 322 Rz 60; MünchKommZPO-Gottwald, § 322 Rz 158, 159; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 152 Anm. II; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 322 Rz 137, 141; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 322 Anm. B I b 1; Zöller/Vollkommer, ZPO, 20. Aufl., vor § 322 Rz 8).

Randnummer44

Das gilt gerade auch für klageabweisende Entscheidungen, bei denen allerdings mangels eines positiven Urteilsausspruchs die Rechtskraftwirkung nur unter Heranziehung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe zu bestimmen ist, wobei sich der Gegenstand der Rechtskraft auf das Bestehen oder Nichtbestehen der geltend gemachten Rechtsfolge aufgrund des vorgetragenen Tatsachenkomplexes beschränkt und bloße Entscheidungselemente, d. h. die Feststellung der Tatbestandsmerkmale, insbesondere die der Entscheidung zugrundeliegenden vorgreiflichen Rechtsverhältnisse, an der Rechtskraft nicht teilnehmen (BAG Beschluß vom 21. September 1989 - 1 ABR 32/89 - AP Nr. 72 zu § 99 BetrVG 1972, zu II 3 c der Gründe, m.w.N.; BGH Urteil vom 11. November 1994 - V ZR 46/93 - NJW 1995, 967; BGH Urteil vom 24. Juni 1993 - III ZR 43/92 - NJW 1993, 3204, 3205; BGH Urteil vom 6. März 1985 - IV b ZR 76/83 - NJW 1985, 2535). Insofern hat gerade das Bundesarbeitsgericht (Beschluß vom 21. September

1989 - AP, aaO) zu der hier in Rede stehenden, parallel liegenden Frage der Ersetzung der Zustimmung zur Versetzung eines Betriebsratsmitgliedes entschieden, wenn das Landesarbeitsgericht den Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ausschließlich mit der Begründung zurückgewiesen habe, der Betriebsrat sei als Betriebsrat des abgebenden Betriebes nicht nach § 99 BetrVG zu beteiligen gewesen, es habe also keiner Zustimmung dieses Betriebsrats bedurft, dann sei dieser Subsumtionsschluß in materielle Rechtskraft erwachsen. Der Senat macht sich - gerade im Hinblick auf § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG - diese Argumentation insoweit zueigen, als die getroffene Feststellung mangelnder Zustimmungsbedürftigkeit jedenfalls präjudizielle Wirkung hat.

Randnummer45

Daran ändert sich dadurch nichts, daß vorliegend der Zustimmungsersetzungsantrag als unzulässig, im Falle des BAG Beschlusses vom 21. September 1989 (AP Nr. 72, aaO) dagegen als unbegründet zurückgewiesen worden ist. Denn es ist jedenfalls bei einer Zurückweisung des Antrags mangels Rechtsschutzinteresses ebenso wie bei einer Zurückweisung aus sachlichen Gründen aufgrund der identischen Begründung, nämlich eine Zustimmungsersetzung sei von Gesetzes wegen nicht erforderlich, insofern kein Unterschied zu machen. Dem korrespondiert die in der Rechtsprechung und Literatur vertretene Auffassung (vgl. BGH Urteil vom 24. Februar 1954 - II ZR 3/53 - BGHZ 12, 308, 316; Urteil vom 14. März 1978 - VI ZR 68/76 - NJW 1978, 2031, 2032; Schellhammer, Zivilprozeß, 6. Aufl., Rz 141, 171; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl., vor § 253 Rz 129, 130; Stein/Jonas/Leipold, aaO, § 322 Rz 148), bei einer Abweisung als unzulässig und gleichzeitig als unbegründet erstrecke sich die Rechtskraft auf die materielle Begründung, wenn es sich nur um Rechtsschutzvoraussetzungen, insbesondere Rechtsschutzbedürfnis oder Feststellungsinteresse handele, wobei die Klage als unbegründet abgewiesen werden dürfe, obwohl das Vorliegen der Rechtsschutzvoraussetzungen noch nicht geklärt sei, denn eine solche Entscheidung enthalte eine rechtskraftfähige Sachentscheidung. Die formelle Entscheidung (Rechtsschutzinteresse) und die materielle Entscheidung (Begründung in der Sache) liegen hier derartig nahe zusammen (BGH, aaO), daß es keine entscheidende Rolle spielen kann, ob nun - wie vorliegend - das Landesarbeitsgericht den Zustimmungsersetzungsantrag als unzulässig oder als unbegründet abgewiesen hat. Seine Begründung läuft auf die entscheidungserhebliche Rechtsfolge hinaus, es bedürfe deshalb keiner

Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers P., weil es im Ergebnis um eine Kündigung nach § 15 Abs. 4 und 5 KSchG gehe, für die grundsätzlich eine Zustimmung des Betriebsrats bei Funktionsträgern der Betriebsverfassung nicht erforderlich sei; daran ändere sich auch dadurch nichts, daß der beteiligte Arbeitnehmer vorliegend aufgrund tarifvertraglicher Bestimmung nicht mehr ordentlich, sondern nur noch aus außerordentlichem Grunde kündbar ist.

Randnummer46

Bei dieser Begründung handelt es sich nicht nur um Elemente der Entscheidung in Form von Tatbestandsmerkmalen oder vorgreiflichen Rechtsverhältnissen, die nach den obigen Ausführungen an der präjudiziellen Wirkung nicht teilnehmen, sondern um die tragende Begründung der Abweisung des Ersetzungsantrages, also den Subsumtionsschluß (vgl. BAG Beschluß vom 21. September 1989, AP, aaO).

Randnummer47

Etzel	Bitter	Bröhl
	Fischer	Baerbaum

Was machten der