

**3 TaBVGa 20/10**  
25 BVGa 86/10  
(ArbG München)

Verkündet am: 27.01.2011

Kübler  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **BESCHLUSS**

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. R.

- Antragsteller und Beteiligter zu 1 -

Verfahrensbevollmächtigte:

2. Betriebsrat der Firma A. GmbH

- Beteiligter zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte:

- 2 -

3. Firma A. GmbH

- Beteiligte zu 3 und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 27. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Rosenfelder und die ehrenamtlichen Richter Steinwinter und Pirsch

für Recht erkannt:

**Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 3 wird der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 23.12.2010 - 25 BVGa 86/10 - geändert:**

**Die Anträge des Antragstellers werden zurückgewiesen.**

### **Gründe:**

I.

Die Beteiligten streiten über das vom Beteiligten zu 1 und Antragsteller - einem gewählten Betriebsratsmitglied - begehrte Recht auf ungehinderten Zutritt zu allen Verkaufs- und Geschäftsräumen der zu 3 beteiligten Arbeitgeberin im örtlichen Zuständigkeitsbereich

des zu 2 beteiligten Betriebsrats zum Zweck der Teilnahme an dessen Sitzungen sowie zur Ausübung der Betriebsratstätigkeit im Betrieb im Übrigen.

Die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin betreibt einen Elektrofachmarkt, in dem der zu 2 beteiligte Betriebsrat am 07.09.2010 (erstmalig) gewählt wurde. Allerdings machen sowohl die Arbeitgeberin als auch die Gewerkschaft V. die Unwirksamkeit der Betriebsratswahl geltend. Hierüber ist ein arbeitsgerichtliches Verfahren anhängig (Aktenzeichen der ersten Instanz: 19 BV 368/10).

Nach der Betriebsratswahl, bei der der Antragsteller als ordentliches Betriebsratsmitglied gewählt wurde, kündigte die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis des Antragstellers ordentlich zum 31.08.2010. Der Antragsteller erhob gegen diese Kündigung Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht München (Aktenzeichen: 36 Ca 9799/10). In diesem Verfahren hat die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestellt. Der Antragsteller des vorliegenden Verfahrens und Kläger des Kündigungsschutzverfahrens hat erstmals im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 30.11.2010 im Kündigungsschutzverfahren 36 Ca 9799/10 einen Antrag auf (vorläufige) Weiterbeschäftigung gestellt.

Das Arbeitsgericht hat im Kündigungsschutzverfahren mit Teilurteil vom 30.11.2010 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 28.07.2010 nicht aufgelöst wurde, und den Auflösungsantrag der zu 3 beteiligten Arbeitgeberin zurückgewiesen. Über den Weiterbeschäftigungsantrag hat das Arbeitsgericht nicht entschieden. Gegen das Teilurteil vom 30.11.2010 - 36 Ca 9799/10 - hat die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin am 22.12.2010 Berufung beim Landesarbeitsgericht München eingelegt und erneut einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestellt, unter anderem gestützt auf behauptete üble Nachrede und Beleidigungen durch den Antragsteller.

Mit Schreiben vom 13.12.2010 kündigte die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis erneut - diesmal fristlos, hilfsweise ordentlich - nach Anhörung des zu 2 beteiligten Betriebsrats, der der Kündigung nicht zustimmte (drei Ja- und zwei Nein-Stimmen bei zwei Enthaltungen).

Die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin lehnt jede Zusammenarbeit mit dem Antragsteller ab. Die erlaubt ihm auch in Zukunft nicht den Zutritt zum Betrieb zum Zweck der Ausübung des Betriebsratsamts, weil sie davon ausgeht, dass der Antragsteller nicht mehr Arbeitnehmer des Unternehmens und damit auch nicht mehr Betriebsratsmitglied ist.

Der Antragsteller ist der Auffassung, beide Kündigungen seien unwirksam, die zweite Kündigung - vom 13.12.2010 - offensichtlich, weil der Betriebsrat entgegen § 103 BetrVG nicht zugestimmt habe. Der Anspruch auf Zutritt zum Betrieb, mithin der Verfügungsanspruch, beruhe darauf, dass eine Behinderung wegen der Betriebsratsarbeit nach § 78 BetrVG unzulässig sei. Der Anspruch bestehe ungeachtet der Kündigung vom 28.07.2010, weil das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess die Unwirksamkeit dieser Kündigung festgestellt habe und damit der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung der Sache nach gegeben sei. Ein Verfügungsgrund liege vor wegen der Gefahr, dass die Verwirklichung des Zutrittsrechts ohne alsbaldige Entscheidung auf längere Zeit vereitelt werde. Der Antragsteller habe die Dringlichkeit des Erlasses der begehrten einstweiligen Verfügung nicht durch späte Geltendmachung des Zutrittsrechts selbst widerlegt, weil er auch nach Obsiegen im Kündigungsrechtsstreit erster Instanz noch kein Indiz dafür habe erkennen können, dass er den Betrieb zum Zwecke der Ausübung des Betriebsratsamts nicht mehr betreten dürfe. Solches sei erstmals im Kündigungsschreiben vom 13.12.2010 unmissverständlich artikuliert worden.

Die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin hält weder einen Verfügungsanspruch noch einen Verfügungsgrund für gegeben. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits bestehe Ungewissheit darüber, ob der Antragsteller jemals Mitglied des Betriebsrats geworden sei. Jedenfalls sei er bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits an der Ausübung seines Amtes verhindert. Die Kündigung vom 28.07.2010 sei nicht offensichtlich unwirksam. Durch die Stellung des Auflösungsantrages im Kündigungsschutzverfahren zweiter Instanz sei ein neuer Ungewissheits-Tatbestand entstanden. Die Kündigung vom 13.12.2010 sei nicht offensichtlich unwirksam. Insbesondere sei der Betriebsrat ordnungsgemäß zu dieser Kündigung angehört worden. Eine Zustimmung nach § 103 BetrVG sei nicht erforderlich, weil der Kläger nicht zweifelsfrei gewähltes Betriebsratsmitglied sei. Nach Auffassung der zu 3 beteiligten Arbeitgeberin ist ein Verfü-

gungsgrund nicht gegeben, weil der Antragsteller erst mit Schriftsatz vom 20.12.2010 den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt habe.

Das Arbeitsgericht München hat mit Beschluss vom 23.12.2010, auf den hinsichtlich des erstinstanzlichen Vorbringens der Beteiligten, der im ersten Rechtszug gestellten Anträge sowie der Einzelheiten der rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts verwiesen wird, dem Antrag, die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin zu verpflichten, ihm bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren ungehinderten Zutritt zu allen Verkaufs- und Geschäftsräumen der Beteiligten zu 3 im Zuständigkeitsbereich des zu 2 beteiligten Betriebsrats zur Ausübung seines Amtes als Betriebsratsmitglied zu gewähren, und für jeden Fall der Zuwiderhandlung Ordnungsmittel zu verhängen, stattgegeben.

Die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin hat gegen den ihr am 30.12.2010 zugestellten Beschluss vom 23.12.2010 mit einem am 30.12.2010 beim Beschwerdegericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese zugleich begründet.

Sie wiederholt, ergänzt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach die Kündigung vom 29.07.2010 nicht offensichtlich unwirksam ist und deshalb das geltend gemachte Zutrittsrecht nicht bestehe, ferner aufgrund des neuen Auflösungsantrags der zu 3 beteiligten Arbeitgeberin im über die Kündigung vom 29.07.2010 geführten Rechtsstreit ungeachtet des - die Unwirksamkeit dieser Kündigung feststellenden - Teilurteils vom 30.11.2010 ein erneuter Ungewissheits-Tatbestand entstanden sei, der demjenigen, der vor Verkündung des erstinstanzlichen Urteils bestanden habe, entspreche und das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Klägers und damit auch am Nichtzutritt des Verfügungsklägers zum Betrieb zur Ausübung des Betriebsratsamts begründe. Sie bleibt ferner dabei, dass die außerordentliche Kündigung vom 13.12.2010 nicht mangels Betriebsratszustimmung unwirksam sei und schließlich ein Verfügungsgrund wegen Selbstwiderlegung nicht bestehe.

Die zu 3 beteiligte Arbeitgeberin beantragt, den Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 23.12.2010 abzuändern und die Anträge des Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

Der Antragsteller und Beteiligter zu 1 beantragt, die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückzuweisen.

Er pflichtet dem angefochtenen Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 23.12.2010 unter Wiederholung seiner im ersten Rechtszug geäußerten Rechtsauffassung bei.

Hinsichtlich des sonstigen Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf die Schriftsätze der zu 3 beteiligten Arbeitgeberin vom 30.12.2010 und 25.01.2011 sowie des Antragstellers vom 18.01.2011 verwiesen, ferner auf die Sitzungsniederschrift vom 27.01.2011.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Dem Antragsteller steht der geltend gemachte Verfügungsanspruch auf Zutritt zum Betrieb zur Ausübung des Betriebsratsamts nicht zur Seite.

Das Beschwerdegericht folgt der ganz überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur (vgl. z. B. LAG Hamburg 06.10.2005 - 7 TaBV 7/05; LAG Köln 12.12.2001 - 8 TaBV 72/01; LAG Hamm 17.01.1996 - 3 TaBV 61/95; ErfK/Eisemann, 11. Aufl., § 24 BetrVG Rn. 4; GK/Oetker, 9. Aufl., § 24 Rn. 27; Fitting u. a. BetrVG, 22. Aufl., § 24 Rn. 16 und § 25 Rn. 22), wonach durch eine mit der Kündigungsschutzklage angegriffene Kündigung eines (hier: später) in den Betriebsrat gewählten Betriebsratsmitglieds diese Mitgliedschaft im Betriebsrat bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens grundsätzlich zweifelhaft ist und diese Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in der Regel dazu führt, dass von einer Verhinderung des Betriebsratsmitglieds an der Amtsausübung im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG bis zum rechtskräftigen Obsiegen im Kündigungsschutzverfahren auszugehen ist (ebenso in einem Rechtsstreit über die Wählbarkeit als Betriebsratsmitglied nach Kündigung: BAG 10.11.2004 - 7 ABR 12/04 - Rn. 18). Dies bedeutet, dass für die Dauer dieses „Ungewissheits-Tatbestands“ ein Zutrittsrecht zum Betrieb zur Ausübung des Betriebsratsamts nicht besteht. Die Beschwerdekammer folgt der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung

und Literatur auch darin, dass von diesem Grundsatz Ausnahmen gelten müssen, insbesondere deshalb, weil dafür Sorge getragen werden muss, dass der Arbeitgeber nicht durch evident unwirksame (fristlose) Kündigungen Einfluss auf die Zusammensetzung des Betriebsrats nehmen kann, und dass aus diesem Grunde in Anlehnung an den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruch gekündigter Arbeitnehmer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung nicht von einer vorübergehenden Verhinderung des Betriebsratsmitglieds im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auszugehen ist, was zum Fortbestand des Zutrittsrechts zur Ausübung des Betriebsratsamts trotz der Kündigung führt (hierzu z. B. LAG Hamburg 06.10.2005 - 7 TaBV 7/05).

Eine entsprechende Ausnahme vom Wegfall des Zutrittsrechts aufgrund einer Kündigung muss konsequenterweise gemacht werden, wenn aus anderen Gründen ein vorläufiger Weiterbeschäftigungsanspruch besteht und das gekündigte Betriebsratsmitglied diesen Anspruch gerichtlich durchgesetzt hat. Denn auch dann wird der „Ungewissheitstbestand“ überwunden durch eine gerichtliche Entscheidung, die mit einiger Wahrscheinlichkeit für die Annahme spricht, dass ein Verhinderungsgrund für die Ausübung des Betriebsratsamts nicht besteht (ebenso GK/Oetker, a. a. O., § 24 Rn. 27; LAG Köln 12.12.2001 - 8 TaBV 72/01).

Dagegen reicht es nicht aus, dass das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzverfahren lediglich die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt hat, ohne über einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung zu erkennen. Denn dann mag zwar - im „Normalfall“ vom Bestehen eines solchen Weiterbeschäftigungsanspruchs auszugehen sein; gerichtlich geprüft und festgestellt ist dieser Anspruch jedoch nicht. Auf eine Prüfung und Feststellung dieser Art kann jedoch nicht verzichtet werden angesichts des - in Bezug auf die Weiterbeschäftigung bei streitigem Arbeitsverhältnis besonders heiklen - Interessenkonflikts zwischen den Arbeitsvertragsparteien, und auch deshalb, weil es hinsichtlich des Zutrittsrechts gekündigter Betriebsratsmitglieder zum Betrieb zum Zwecke der Ausübung des Betriebsratsamts die Rechtssicherheit gebietet, mit einfachen Mitteln feststellen zu können, ob das betreffende Betriebsratsmitglied an der Amtsausübung verhindert ist. So muss der bzw. die für die Ladung zu den Betriebsratssitzungen verantwortliche Betriebsratsvorsitzende bzw. im Verhinderungsfall stellvertretende Vorsitzende ohne nähere recht-

liche Prüfung erkennen können, wer zu laden ist - das gekündigte Betriebsratsmitglied oder ein Ersatzmitglied.

Wenn man - anders als das Arbeitsgericht im vorliegenden Verfahren oder beispielsweise das Landesarbeitsgericht Hamburg in der Entscheidung vom 06.10.2005 (7 TaBV 7/05) - für die Überwindung des „Ungewissheits-Tatbestands“ und somit das Bestehen eines Zutrittsrechts des gekündigten Betriebsratsmitglieds, abgesehen vom Fall der offensichtlich unwirksamen Kündigung, einen gerichtlich durchgesetzten vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruch fordert, wird die Ausübung des Betriebsratsamts nicht entgegen § 78 BetrVG unzulässig behindert. Denn allein dadurch tritt eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Betriebsrats nicht ein, weil für das verhinderte (gekündigte) Betriebsratsmitglied ein Ersatzmitglied zu laden ist und im Regelfall auch geladen werden kann. Auch die Rechtsstellung des gewählten Betriebsrats-(Voll-)Mitglieds wird dadurch nicht eingeschränkt, weil es ungeachtet der Verhinderung Betriebsratsmitglied bleibt. Dieser Status wird ihm nicht genommen.

Die Kündigung vom 28.07.2010 ist - ungeachtet des für den Antragsteller obsiegenden erstinstanzlichen Urteils im Kündigungsschutzverfahren - jedenfalls nicht offensichtlich unwirksam. Entsprechende Anhaltspunkte dafür, dass die Unwirksamkeit dieser Kündigung „ins Auge springt“, sind nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Insbesondere bestand im Zeitpunkt des Zugangs dieser Kündigung im Beschäftigungsbetrieb des Klägers noch kein Betriebsrat, so dass sowohl das Erfordernis einer Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG als auch die Notwendigkeit der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG ausschieden.

Ist somit ein das Zutrittsrecht des Antragstellers zur Ausübung des Betriebsratsamts aufrechterhaltender Weiterbeschäftigungsanspruch noch nicht entstanden, kann die Frage, ob ein solcher Anspruch aufgrund der außerordentlichen Kündigung vom 13.12.2010 wieder beseitigt wurde, dahinstehen.

Da es nach dem bisher Ausgeführten schon an einem Verfügungsanspruch fehlt, ist auf die Frage, ob ein Verfügungsgrund im Sinne von § 85 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 940 ZPO besteht, nicht einzugehen.

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nach § 92 Abs. 1 Satz 3 ArbGG i. V. m. § 85 Abs. 2 ArbGG nicht statthaft.

Dr. Rosenfelder

Steinwinter

Pirsch