

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Beschluss vom 27. Juni 2019
- 2 ABR 2/19 -
ECLI:DE:BAG:2019:270619.B.2ABR2.19.0

I. Arbeitsgericht Stralsund

Beschluss vom 9. Januar 2018
- 4 BV 2/17 -

II. Landesarbeitsgericht
Mecklenburg-Vorpommern

Beschluss vom 16. Oktober 2018
- 5 TaBV 7/18 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Anhörung des Arbeitnehmers

BUNDESARBEITSGERICHT



2 ABR 2/19

5 TaBV 7/18

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

27. Juni 2019

BESCHLUSS

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer,

3.

Beschwerdeführer,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 27. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Krüger und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 16. Oktober 2018 - 5 TaBV 7/18 - aufgehoben.
2. Das Verfahren wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Arbeitgeberin begehrt die Ersetzung der vom Betriebsrat verweiger- 1
ten Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung des zu 3. beteiligten
Betriebsratsmitglieds.

Das Unternehmen der antragstellenden Arbeitgeberin gehört zum 2
U-Konzern. Bei ihr ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat gebildet, dessen Vorsit-
zender das zu 3. beteiligte Betriebsratsmitglied ist. Dieser ist zugleich Mitglied
des Konzernbetriebsrats.

Im U-Konzern besteht eine „Konzernbetriebsvereinbarung zum Schutz 3
der Beschäftigten vor Diskriminierung“ vom 8. März 2016 (im Folgenden KBV).
Darin heißt es ua.:

„§ 2 Kontaktaufnahme und Hilfestellungen

- (1) Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, die sich einer unerwünschten, belästigenden oder gar diskriminierenden Situation ausgesetzt sehen, können sich vertraulich an die folgenden Stellen oder Personen wenden:
- ein Betriebsratsmitglied seiner Wahl,
 - die externe Mitarbeiterberatung (...),
 - sonstige externe Personen ...

Darüber hinaus kann auch zu den folgenden Personen oder Institutionen Kontakt aufgenommen werden, wobei diese verpflichtet sind, das Geschilderte als möglichen Verstoß gegen den Code of Business Principles zu melden:

- der oder die Vorgesetzte,
- die Personalabteilung,
- die Code Support Hotline („Ethik Hotline“) - telefonisch oder im Intranet,
- den Business Integrity Officer oder
- eine beliebige Vertrauensperson im Unternehmen oder im Betrieb.

Bei Kontaktaufnahme mit den zuletzt Genannten wird automatisch der Prozess einer weiteren Prüfung in Gang gesetzt. Hinsichtlich der Code Support Hotline („Ethik Hotline“) wird dieser Prozess auch dann begonnen, wenn der eigene Name nicht genannt wird, sondern der Anruf anonym bleibt.

- (2) Hilfe oder Rat Suchende können ihren Ansprechpartner frei wählen. Dies soll die Möglichkeit eröffnen, zunächst die Situation mit einer anderen Person oder Institution zu besprechen und das Geschehene und Empfundene gemeinsam zu bewerten, bevor sich der oder die Betroffene gegebenenfalls zu weiteren Schritten entschließt, z.B. zur Meldung des Vorfalls als möglichen Verstoß gegen den Code of Business Principles.
- (3) Alle weiteren von den Betroffenen unternommenen Schritte können weiterhin durch die genannten Ansprechpartner begleitet werden, wenn der oder die Betroffene dies wünscht.

§ 3 Vertraulichkeit und rasche Hilfe

- (1) Alle Betroffenen genießen dauerhaft vertrauliche Behandlung sowie persönlichen Schutz während des gesamten Prozesses.
- (2) Die oben genannten Stellen oder Personen sind zur Verschwiegenheit über die ihnen gegenüber offenbarten Sachverhalte verpflichtet, solange und soweit der oder die Betroffene sie nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbindet. Darüber hinaus sind die oben genannten Stellen und Personen verpflichtet, das ihnen geschilderte Anliegen ernst zu nehmen und so zeitnah wie möglich hierauf zu reagieren.“

Der Beteiligte zu 3. teilte sich mit einer gleichfalls dem Betriebsrat angehörenden Arbeitnehmerin ein Büro. Am 21. November 2016 machte der Beteiligte zu 3. im Büro gegenüber der Arbeitnehmerin eine sexuell konnotierte Anspielung, die von ihr als unanständig zurückgewiesen wurde. Anschließend berichtete sie den Vorfall der Personalleiterin. Am Abend des 22. November 2016 übersandte der Beteiligte zu 3. der Arbeitnehmerin an ihre private Mobiltelefonnummer über ein Messenger-Programm kurz nacheinander acht verschiedene Nachrichten. Darunter befanden sich eine Bilddatei und vier Videoclips, ua. mit pornografischem Inhalt. 4

Noch am selben Abend kontaktierte die Arbeitnehmerin entsprechend der KBV die Mitarbeiterberatung des U-Konzerns. Auf deren Empfehlung forderte sie den Beteiligten zu 3. über das Messenger-Programm auf, ihr keine Nachrichten dieser Art mehr zuzusenden. 5

Am 23. November 2016 berichtete die Arbeitnehmerin ihrem Vorgesetzten und einer zur Kündigung berechtigten Prokuristin von den Videos, welche diese sichtete, kopierte und der U-Mitarbeiterberatung sowie der Personalleiterin übermittelte. Danach wurde der Sachverhalt zunächst vertraulich behandelt. Die Arbeitnehmerin holte in Begleitung der Prokuristin persönliche Sachen aus ihrem Büro und arbeitete den restlichen Arbeitstag in einem anderen Büroraum. 6

Die Arbeitnehmerin war ab dem 24. November 2016 ununterbrochen 7
arbeitsunfähig erkrankt. Am 14. Dezember 2016 teilte sie der Arbeitgeberin
über die U-Mitarbeiterberatung mit, dass sie den Fall jetzt doch offiziell untersu-
chen lassen wolle, und übermittelte unter dem 15. Dezember 2016 per E-Mail
einen dreiseitigen Bericht zu dem Geschehen.

Der Beteiligte zu 3. wurde am 16. Dezember 2016 im Beisein des Kon- 8
zernbetriebsratsvorsitzenden zu den Vorwürfen angehört. Anschließend bean-
tragte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 19. Dezember 2016 und nach er-
gänzenden Angaben der Arbeitnehmerin erneut mit Schreiben vom
21. Dezember 2016 beim Betriebsrat die Zustimmung zur außerordentlichen
Kündigung des Beteiligten zu 3., die er mit Schreiben vom 22. Dezember 2016
ablehnte.

Mit ihrem am 23. Dezember 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen 9
Zustimmungsersetzungsantrag hat die Arbeitgeberin die Auffassung vertreten,
die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei erst mit der Übersen-
dung der Stellungnahme der Arbeitskollegin und der daraufhin sofort erfolgten
Anhörung des Beteiligten zu 3. am 16. Dezember 2016 in Lauf gesetzt worden.
Die Arbeitnehmerin habe am 23. November 2016 ausdrücklich um vertrauliche
Behandlung ihres Falls sowie insbesondere darum gebeten, den Beteiligten
zu 3. nicht mit den von ihr erhobenen Vorwürfen zu konfrontieren. Diesem An-
liegen habe nach den Vorgaben der KBV entsprochen werden müssen. Die Ar-
beitnehmerin habe sich darüber hinaus in ärztlicher Behandlung befunden und
sich gesundheitlich nicht in der Lage gesehen, eine Auseinandersetzung mit
dem Beteiligten zu 3. zu führen.

Die Arbeitgeberin hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren 10
noch von Interesse - beantragt,
die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen
Kündigung des mit dem Beteiligten zu 3. bestehenden
Arbeitsverhältnisses zu ersetzen.

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3. haben die Abweisung des Antrags beantragt und die Auffassung vertreten, die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten worden. Aus der KBV könne sich nichts anderes ergeben, da § 626 Abs. 2 BGB unabdingbar sei und sich zudem aus deren § 2 ergebe, dass bei Kontaktaufnahme mit der Personalabteilung automatisch ein weiterer Prüfungsprozess in Gang zu setzen sei. 11

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin stattgegeben. Auf die Beschwerden des Betriebsrats und des Beteiligten zu 3. hat ihn das Landesarbeitsgericht abgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 12

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht den Zustimmungsersetzungsantrag nicht abweisen. Ob die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3. zu ersetzen ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Das führt zur Aufhebung des Beschwerdebeschlusses (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG iVm. § 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG iVm. § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 13

I. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht den Zustimmungsersetzungsantrag der Arbeitgeberin nicht abweisen. Seine Annahme, die Arbeitgeberin habe wegen Versäumung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ihr Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beteiligten zu 3. verloren, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. 14

1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht geprüft, ob die Arbeitgeberin das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingeleitet hat. Soweit dies nicht der Fall ist, dürfen die Gerichte für Arbeitssachen dem Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmungsersetzung nicht stattgeben. Einen wichtigen Grund iSd. § 626 BGB können nur Umstände bilden, hinsichtlich derer die Kündigungserklärungsfrist des § 626 15

Abs. 2 BGB nicht schon bei Einleitung des Zustimmungseretzungsverfahrens verstrichen ist (*BAG 25. April 2018 - 2 AZR 401/17 - Rn. 18*).

2. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ist es nach dem von der Arbeitgeberin vorgetragene Sachverhalt nicht ausgeschlossen, dass die Anhörung des Beteiligten zu 3. noch rechtzeitig erfolgt und die Frist für den Antrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG gewahrt war. 16

a) Gemäß § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. 17

aa) Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (*BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 61, BAGE 159, 192; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 54*). 18

bb) Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine juristische Person, ist grundsätzlich die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen Organs maßgeblich. Sind für den Arbeitgeber mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt grundsätzlich die Kenntnis schon eines der Gesamtvertreter (*BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 61, BAGE 159, 192; 18. Juni 2015 - 2 AZR 256/14 - Rn. 48*). Neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und Körperschaften gehören zu den Kündigungsberechtigten auch die Mitarbeiter, denen der Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen hat (*BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 55*). 19

b) Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB war nach dem von der Arbeitgeberin vorgetragene Sachverhalt zum Zeitpunkt des Eingangs 20

des Zustimmungsersetzungsantrags beim Arbeitsgericht am 23. Dezember 2016 möglicherweise noch nicht abgelaufen.

aa) Allerdings hatte die Arbeitgeberin bereits am 23. November 2016 21
Kenntnis von dem von ihr zum Anlass einer beabsichtigten außerordentlichen
Kündigung genommenen Geschehen, der Übersendung pornografischen Mate-
rials durch den Beteiligten zu 3. an seine Betriebsratskollegin. An diesem Tag
hat diese der zum Kündigungsausspruch berechtigten Prokuristin von der
Übersendung der Dateien berichtet.

bb) Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB begann am 23. November 2016 gleich- 22
wohl noch nicht zu laufen. Die Arbeitgeberin durfte zur weiteren Aufklärung der
Sachlage zunächst eine Anhörung des Beteiligten zu 3. abwarten. Nach dem
Sachvortrag der Arbeitgeberin können besondere Umstände vorgelegen haben,
aufgrund derer die erst am 16. Dezember 2016 durchgeführte Anhörung des
Beteiligten zu 3. noch rechtzeitig war.

(1) Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen 23
Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte,
kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den
Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu lau-
fen begännen. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen
mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und
zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der Beweismittel ver-
schaffen sollen. Soll der Kündigungsgegner angehört werden, muss dies inner-
halb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen nicht mehr als eine
Woche betragen und nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten
werden. Für die übrigen Ermittlungen gilt keine Regelfrist. Bei ihnen ist fallbe-
zogen zu beurteilen, ob sie hinreichend zügig betrieben wurden. Sind die Er-
mittlungen abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte eine hinreichen-
de Kenntnis vom Kündigungssachverhalt, beginnt der Lauf der Ausschlussfrist.
Unbeachtlich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des
Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren (*vgl. BAG 1. Juni*

2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 66, BAGE 159, 192; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 54).

(2) Die Arbeitgeberin durfte vor ihrem Zustimmungsersetzungsantrag eine Anhörung des Beteiligten zu 3. abwarten. Zwar waren der Prokuristin nach dem Gespräch mit der Arbeitnehmerin die äußeren Umstände des Geschehens und deren ablehnende Haltung dazu bekannt. Für die Bewertung als Kündigungsgrund konnte aber die Einordnung in den sozialen Kontext eine Rolle spielen, zu dem die Arbeitgeberin auch den Beteiligten zu 3. anhören durfte, zumal es um ein Verhalten außerhalb der Arbeitszeit und unter Nutzung privater Kommunikationsmittel ging. 24

(3) Die Arbeitgeberin hat zwischen dem 23. November 2016 und dem 16. Dezember 2016, an dem sie den Beteiligten zu 3. anhörte, allerdings keine Maßnahmen zur Ermittlung des Kündigungssachverhalts ergriffen, sondern ist untätig geblieben. Aufgrund der besonderen Umstände des Falls führte dies aber möglicherweise nicht dazu, dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB als gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand (*BAG 26. September 2013 - 2 AZR 741/12 - Rn. 23*) schon am 23. November 2016 zu laufen begann. Der Arbeitgeberin kann eine frühere Anhörung aufgrund einer Kollision widerstreitender Pflichten und Obliegenheiten nicht zumutbar gewesen sein (*zur Unzumutbarkeit der Verwendung belastenden Materials in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren vor einer staatsanwaltschaftlichen Freigabeerklärung vgl. BAG 17. März 2005 - 2 AZR 245/04 - zu B II der Gründe*). 25

(a) Eine schlichte Untätigkeit der Arbeitgeberin reicht grundsätzlich nicht aus, um den Beginn des Laufs der Kündigungserklärungsfrist zu verhindern, selbst wenn - wie vorliegend - in einer kollektivrechtlichen Regelung die Möglichkeit einer vertraulichen Kontaktaufnahme von Beschäftigten, die sich einer unerwünschten, belästigenden oder diskriminierenden Situation ausgesetzt sehen, auch mit kündigungsberechtigten Mitarbeitern vorgesehen ist. 26

(aa) Die Rechtsbeschwerde nimmt zu Unrecht an, die Regelungen in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 KBV seien so zu verstehen, dass die Arbeitgeberin trotz be- 27

stehender Kenntnis aller kündigungsrelevanten Umstände so lange am Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung oder an der Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG gehindert wird, bis es zu einer Schweigepflichtentbindung durch den Betroffenen kommt. Die Regelungen in der KBV allein konnten grundsätzlich keine Unzumutbarkeit für die Arbeitgeberin begründen, die Regelfrist von einer Woche für die Anhörung des betreffenden Arbeitnehmers einzuhalten. Es war ungewiss, ob es jemals zu einer Entbindung von der Schweigepflicht durch die Arbeitnehmerin kommen würde. In der KBV ist keine Frist bestimmt, nach deren Ablauf die Vertraulichkeit entfällt oder bis zu der sich der Arbeitnehmer erklären muss, ob er die Vertraulichkeit aufhebt oder nicht. In letzter Konsequenz würde das Recht des Arbeitgebers zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung von dem Verhalten eines Dritten abhängig gemacht, ohne dass dieser hierauf maßgeblich Einfluss nehmen könnte. Ein solches Erfordernis stellte eine unzulässige Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung dar (*vgl. BAG 27. November 2008 - 2 AZR 757/07 - Rn. 17, BAGE 128, 308*). Außerdem ließe das von der Rechtsbeschwerde vertretene Verständnis der Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitsverpflichtungen aus § 3 Abs. 1 und Abs. 2 KBV eine Disposition der Betriebsparteien über die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu, für die ihnen jedoch die Regelungsmacht fehlt (*vgl. zu einer tariflichen Regelung BAG 12. April 1978 - 4 AZR 580/76 -*).

(bb) Der Arbeitgeber, der sich die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung erhalten will, muss unter Berücksichtigung der Umstände des Falls und des in § 626 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Eilbedürfnisses (*vgl. BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 22, BAGE 147, 162*) bei der Vereinbarung einer Vertraulichkeit betreffend Mitteilungen von Arbeitnehmern gegenüber kündigungsberechtigten Mitarbeitern grundsätzlich eine angemessen kurze Frist setzen, innerhalb derer sich der betroffene Arbeitnehmer über die Beibehaltung der Vertraulichkeit zu erklären hat. Fehlt es hieran, mangelt es regelmäßig an den mit der gebotenen Eile durchgeführten Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts. Dabei ist ferner zu prüfen, ob der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse für die Bitte um Vertraulichkeit hat und welche Vorwürfe

28

Gegenstand der Mitteilung sind. Soweit diese beispielsweise Anlass zu der Annahme geben, dass eine konkrete Gefährdung anderer Arbeitnehmer besteht, wird es in aller Regel an der Berechtigung einer Bitte um Vertraulichkeit fehlen.

(b) Im vorliegenden Fall ist es der Arbeitgeberin - nach ihrer Sachverhaltsdarstellung - trotz fehlender Fristsetzung gegenüber der Arbeitnehmerin möglicherweise unzumutbar gewesen, den Beteiligten zu 3. vor dem 14. Dezember 2016 anzuhören. Nach ihrer Vorstellung kollidierte ihre Obliegenheit, mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchzuführen, zu denen auch die Anhörung des Kündigungsgegners gehören kann (*vgl. BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 54*), mit ihrer aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG folgenden Pflicht zur Durchführung der KBV (*vgl. BAG 18. Mai 2010 - 1 ABR 6/09 - Rn. 16, BAGE 134, 249*) sowie der aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden - und im konkreten Fall ausschlaggebenden - Pflicht, auf das Wohl und die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmerin Rücksicht zu nehmen und sie vor Gesundheitsgefahren auch psychischer Art zu schützen (*vgl. BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 31*).

29

(aa) Die Arbeitgeberin war nach § 3 Abs. 2 Satz 1 KBV zur Verschwiegenheit über den ihr offenbarten Sachverhalt verpflichtet, solange bis und soweit wie die Arbeitnehmerin sie davon nicht entbunden hatte. Dies steht nicht in Widerspruch zu der in § 3 Abs. 2 Satz 2 KBV ebenfalls geregelten Pflicht der Arbeitgeberin, so zeitnah wie möglich auf vertrauliche Mitteilungen zu reagieren. Dies kann ohne Verletzung der Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitspflicht geschehen, beispielsweise durch eine vorläufige Umsetzung oder Beurlaubung betroffener Arbeitnehmer bzw. das Angebot anderweitiger Hilfe, wobei offenbarte Vorfälle nicht anderen Arbeitnehmern mitgeteilt werden müssten. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats und des Beteiligten zu 3. ist die KBV nicht schon wegen einer Unzuständigkeit des abschließenden Konzernbetriebsrats unwirksam. Bei der KBV handelt es sich um eine freiwillige Betriebsvereinbarung, die grundsätzlich Normwirkung entfaltet. Diese entfällt nur, wenn in einer Angelegenheit der zwingenden Mitbestimmung, für deren Ausübung kraft Gesetzes eine andere Arbeitnehmervertretung zuständig ist, eine Regelung getrof-

30

fen wird (*BAG 11. Dezember 2001 - 1 AZR 193/01 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 100, 60*) oder bei einer Konkurrenz zweier von unterschiedlichen Arbeitnehmervertretungen abgeschlossener freiwilliger Betriebsvereinbarungen, sich durch Auslegung ein Anwendungsvorrang einer Regelung ergibt (*BAG 17. April 2012 - 1 AZR 119/11 - Rn. 23 f., 27, BAGE 141, 101*). Davon unabhängig sah sich die Arbeitgeberin jedenfalls an die KBV gebunden.

(bb) Zwar kann allein der Glaube der Arbeitgeberin an die vermeintliche Wirksamkeit der in der KBV bestimmten Verschwiegenheitsverpflichtung regelmäßig nicht zu einer Unzumutbarkeit von weiteren Aufklärungsmaßnahmen führen. Nach dem Vortrag der Arbeitgeberin hat diese aber darüber hinaus einer an sie herangetragenen ausdrücklichen Bitte der betroffenen Arbeitnehmerin um Vertraulichkeit entsprochen. Diese habe darum gebeten, den Beteiligten zu 3. wegen ihres Gesundheitszustandes nicht mit den erhobenen Vorwürfen zu konfrontieren. Angesichts der Nähe der Zusammenarbeit - sowohl am Arbeitsplatz als auch im Betriebsrat - sowie des Vorwurfs einer sexuellen Belästigung (*vgl. § 3 Abs. 4 AGG*), der vielfach die Gefahr einer Bloßstellung birgt und für die sich offenbarende Person regelmäßig eine große Belastung darstellt, hatte die betroffene Arbeitnehmerin auch ein berechtigtes Interesse daran, dass die Arbeitgeberin zunächst keine Anhörung des Beteiligten zu 3. durchführte. Ergänzt durch ihre Pflichten aus der KBV durfte die Arbeitgeberin diese Bitte der betroffenen Arbeitnehmerin als vorrangig ansehen und eine Anhörung des Beteiligten zu 3. zunächst zurückstellen.

31

(cc) Anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen, ist es der Arbeitgeberin nicht deshalb verwehrt, sich auf eine Verschwiegenheitsverpflichtung zu berufen, weil die betroffene Arbeitnehmerin ihr gemeinsames Büro mit dem Beteiligten zu 3. am 23. November 2016 verließ und später zusammen mit der Prokuristin persönliche Sachen daraus abholte. Dies ließ es nicht „offenkundig“ sein, dass die Arbeitnehmerin den Vorfall überhaupt bzw. detailliert der Prokuristin mitgeteilt hatte, sondern konnte auch auf die von der Arbeitnehmerin in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2016 geschilderten Bemühungen vom 18. November 2016 bezogen werden. Laut dieser hatte sie wegen des hohen

32

Geräuschpegels und anderer visueller Wahrnehmungen sowie ihrer Schwerbehinderung um Zuweisung eines anderen Büros gebeten.

(dd) Die Arbeitgeberin hat der Arbeitnehmerin zwar keine angemessene kurze Frist gesetzt, innerhalb derer sie sich erklären sollte, ob sie auf die Vertraulichkeit verzichtet. Dies kann aber - jedenfalls nach dem Sachvortrag der Arbeitgeberin - im konkreten Fall unschädlich sein. Die Arbeitnehmerin war ab dem 24. November 2016 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Während der Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit steht dem Arbeitgeber nur ein sehr eingeschränktes Weisungsrecht zu, was aus Gründen der Rücksichtnahme während des Genesungsprozesses auch die Zulässigkeit der Kontaktaufnahme begrenzt (vgl. BAG 2. November 2016 - 10 AZR 596/15 - Rn. 32, BAGE 157, 153). Darüber hinaus war die Arbeitnehmerin nach den Angaben der Arbeitgeberin im Anhörungsschreiben an den Betriebsrat gerade aufgrund des Vorfalls, der der Vertraulichkeit unterliegen sollte, arbeitsunfähig erkrankt, in psychologischer Behandlung und konnte sich erst im Verlauf der ärztlichen Behandlung dazu entschließen, die Vorfälle öffentlich zu machen. Sollte eine solche Situation bestanden haben, durfte die Arbeitgeberin ausnahmsweise davon absehen, der Arbeitnehmerin eine Frist für eine Erklärung zu setzen. Sie musste wegen ihrer sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebenden Pflicht auf die Erkrankung der Arbeitnehmerin Rücksicht nehmen und alles unterlassen, was dem Genesungsprozess abträglich war oder gegebenenfalls sogar eine Verschlechterung des Zustands herbeiführen konnte.

33

(ee) Allerdings kann ein Arbeitgeber, der sich die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung offenhalten will, auch im Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers, mit dem aus berechtigtem Interesse zunächst eine Vertraulichkeit vereinbart wurde, nicht beliebig lang zuwarten, bis dieser sich zu einer Entbindung von der Vertraulichkeit entschließt. Dies wäre mit dem Normzweck des § 626 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Vorliegend bedarf es dabei keiner abschließenden Entscheidung, welche Frist in diesem Zusammenhang regelmäßig noch hinnehmbar ist. Jedenfalls wäre der zeitliche Abstand von drei Wochen zwischen der Mitteilung der Vorwürfe gegenüber der kündigungsberechtigten

34

tigten Prokuristin und der Entbindung von der Vertraulichkeit durch die betroffene Arbeitnehmerin bei einer auf dem Vorfall beruhenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, die psychologische Hilfe erforderlich sein ließ, noch nicht zu beanstanden. Im Anschluss daran hat die Arbeitgeberin zwei Tage später - also mit der gebotenen Eile - den Beteiligten zu 3. angehört.

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als zutreffend. Insbesondere hat die Arbeitgeberin den Zustimmungsersetzungsantrag gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG nach der Anhörung des Beteiligten zu 3. am 16. Dezember 2016 innerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB am 23. Dezember 2016 beim Arbeitsgericht eingereicht. 35

III. Der Senat kann aufgrund der bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht selbst entscheiden, ob die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen ist. 36

1. Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Anhörung des Beteiligten zu 3. wird das Landesarbeitsgericht zunächst aufzuklären haben, ob die betroffene Arbeitnehmerin tatsächlich darum gebeten hat, ihre Angaben zu dem Vorfall vertraulich zu behandeln und den Beteiligten zu 3. nicht mit den Vorwürfen zu konfrontieren. Das Beschwerdegericht hat den von der Arbeitgeberin gehaltenen Vortrag in seinem Beschluss zwar wiedergegeben, selbst aber nur festgestellt, der Sachverhalt sei „zunächst vertraulich behandelt“ worden, ohne anzugeben, von wem die Initiative zu diesem Vorgehen ausging. Weiter wird das Landesarbeitsgericht aufzuklären haben, ob die Arbeitgeberin wusste oder davon ausgehen durfte, dass die betroffene Arbeitnehmerin gerade wegen dieses Geschehens arbeitsunfähig krank und in ärztlicher Behandlung gewesen ist. Das Beschwerdegericht hat zwar eine ununterbrochene Krankschreibung der Arbeitnehmerin seit dem 24. November 2016 festgestellt. Maßgeblich ist aber, ob die Arbeitgeberin nach ihrem damaligen Kenntnisstand unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten davon absehen durfte, der Arbeitnehmerin eine Frist für eine Erklärung zu setzen, ob sie die Vertraulichkeit der mitgeteilten Vorwürfe aufhebt. 37

2. Sollte danach die Frist zur Einreichung des Zustimmungsersetzungsantrags beim Arbeitsgericht als gewahrt anzusehen sein, hätte das Landesarbeitsgericht weiter zu prüfen, ob das Verhalten des Beteiligten zu 3. einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses darstellt, was es - aus seiner Sicht konsequent - bislang unterlassen hat. 38

Koch

Rachor

Schlünder

Krüger

B. Schipp