

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 1. Oktober 2020
- 2 AZR 238/20 -
ECLI:DE:BAG:2020:011020.U.2AZR238.20.0

I. Arbeitsgericht Darmstadt

Urteil vom 5. September 2018
- 5 Ca 169/18 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 20. August 2019
- 15 Sa 1500/18 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Betriebsratsmitglied - Kündigungserklärungsfrist

BUNDESGERICHTSHOF



2 AZR 238/20

15 Sa 1500/18

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
1. Oktober 2020

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 1. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Krüger und Falke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 20. August 2019 - 15 Sa 1500/18 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der bei der Beklagten beschäftigte Kläger war bis einschließlich 14. Mai 2018 Mitglied des bei dieser gebildeten Betriebsrats. 2

Die Beklagte beantragte mit Schreiben vom 30. April 2018 beim Betriebsrat die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien und gab diesem „höchstvorsorglich“ Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 102 BetrVG. In einem der Beklagten am selben Tag zugegangenen Schreiben vom 2. Mai 2018 verweigerte der Betriebsrat seine Zustimmung. Das daraufhin am 4. Mai 2018 von der Beklagten eingeleitete Zustimmungsersetzungsverfahren stellte das Arbeitsgericht nach Erledigungserklärungen der Beteiligten mit Beschluss vom 24. September 2018 ein. 3

Mit Schreiben vom 4. Mai 2018, das dem Kläger am Folgetag zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos. Es steht rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht aufgelöst wurde. 4

Die Beklagte hörte den Betriebsrat am 9. Mai 2018 vorsorglich erneut zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien an und beantragte seine Zustimmung. Mit Schreiben vom 14. Mai 2018 5

teilte dieser mit, er habe beschlossen, die Zustimmung zu verweigern und der beabsichtigten Kündigung zu widersprechen.

Mit Schreiben vom 15. Mai 2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien erneut fristlos. 6

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Es fehle an einem wichtigen Grund für die Kündigung. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Zudem habe die Beklagte den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört. 7

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 8

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch durch die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung vom 15. Mai 2018 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu Ziffer 1. zu verurteilen, ihn entsprechend seinem Arbeitsvertrag vom 14. Juli 1995 als Leiter Innendienst bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu Ziffer 1. weiterzubeschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat - entsprechend dem Antrag der Beklagten - die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 9

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Kündigungsschutzklage nicht stattgeben. Dies führt - auch bezüglich des Weiterbeschäftigungsantrags - zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache 10

zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

- I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die außerordentliche fristlose Kündigung vom 15. Mai 2018 sei rechtsunwirksam, da die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt habe. Diese Frist habe spätestens am 14. Mai 2018 geendet. Das am 4. Mai 2018 eingeleitete Zustimmungsersetzungsverfahren ändere nichts am Fristablauf. Das ihm zugrunde liegende Zustimmungersuchen vom 30. April 2018 sei durch die Kündigung vom 4. Mai 2018 „gegenstandslos“ geworden, das Zustimmungsersetzungsverfahren habe sich dadurch erledigt bzw. das „Zustimmungsverfahren“ sei dadurch abgeschlossen gewesen und damit „verbraucht“.
- II. Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.
1. Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die fristlose Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt gem. § 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. Auch grob fahrlässige Unkenntnis setzt die Frist nicht in Gang (*BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 29; 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - Rn. 50*). Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (*BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - aaO; 27. Juni 2019 - 2 ABR 2/19 - Rn. 18; 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - Rn. 61, BAGE 159, 192; zu weiteren Fragen zum Beginn der Frist vgl. BAG 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - Rn. 30 bis 32*).
- a) Bedarf es gem. § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Kündigung und hat der Arbeitgeber innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB beim Betriebsrat die erforderliche Zustimmung beantragt sowie bei deren ausdrücklicher oder wegen Fristablaufs zu unterstellender Verweigerung das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung nach § 103

Abs. 2 BetrVG beim Arbeitsgericht eingeleitet, ist die Kündigung nicht wegen einer Überschreitung der Frist unwirksam, wenn das Zustimmungsersetzungsverfahren bei ihrem Ablauf noch nicht abgeschlossen ist (*BAG 25. April 2018 - 2 AZR 401/17 - Rn. 17; vgl. auch BAG 24. Oktober 1996 - 2 AZR 3/96 - zu II 1 der Gründe*). Die Kündigung kann vielmehr auch noch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung erklärt wird (*BAG 25. April 2018 - 2 AZR 401/17 - aaO; 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - Rn. 46, BAGE 161, 69*). Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 174 Abs. 5 SGB IX. Die Interessenlage ist mit dem Fall des Erfordernisses einer Zustimmung des Integrationsamts gem. § 174 Abs. 1 iVm. § 168 SGB IX vor einer außerordentlichen Kündigung vergleichbar, da auch die gerichtliche Ersetzung einer vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zu erlangen ist. Mangels einer § 174 Abs. 5 SGB IX entsprechenden Regelung besteht eine Regelungslücke, die durch die analoge Anwendung von § 174 Abs. 5 SGB IX zu schließen ist (*zur analogen Anwendung von § 91 Abs. 5 SGB IX aF: BAG 25. April 2018 - 2 AZR 401/17 - aaO; vgl. auch BAG 26. September 2013 - 2 AZR 843/12 - Rn. 42*). Endet der Sonderkündigungsschutz des Amtsträgers während des laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens, muss der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich aussprechen, nachdem er Kenntnis von der Beendigung des Sonderkündigungsschutzes erlangt hat (*BAG 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - aaO; vgl. auch BAG 30. Mai 1978 - 2 AZR 637/76 - zu D II 2 der Gründe, BAGE 30, 320*).

b) An den vorstehenden Grundsätzen ändert es nichts, wenn der Arbeitgeber während des laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens gem. § 103 Abs. 2 BetrVG gegenüber dem an diesem beteiligten Arbeitnehmer eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Zustimmung des Betriebsrats erklärt. Darin ist jedenfalls dann keine Rücknahme des Zustimmungersuchens gegenüber dem Betriebsrat zu sehen, wenn die Kündigung nur vorsorglich für den Fall ausgesprochen wurde, dass es einer Zustimmung des Betriebsrats nicht (mehr) bedarf (*BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - Rn. 24*). Eine solche Kündigung

15

lässt das Ersuchen um Zustimmung gegenüber dem Betriebsrat und den Fortgang des gerichtlichen Verfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG unberührt. Dabei ist in der Regel davon auszugehen, dass ein Arbeitgeber, der im Lauf des gerichtlichen Verfahrens eine Kündigung gegenüber dem betreffenden Arbeitnehmer ohne Zustimmung des Betriebsrats unter Aufrechterhaltung seines Ersetzungsantrags erklärt, dies im beschriebenen Sinne vorsorglich tut (*BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - aaO*). Der Grundsatz, dass jeder Kündigung eine gesonderte Anhörung des Betriebsrats vorauszugehen hat, wird dadurch nicht verletzt (*BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - Rn. 25*). Der während des Laufs des Zustimmungsersetzungsverfahrens erfolgte (*vorsorgliche*) Ausspruch einer mangels Zustimmung des Betriebsrats unwirksamen Kündigung verbraucht weder die erfolgte, auch im Rahmen des Ersuchens um Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG erforderliche Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG noch das an den Betriebsrat gerichtete und vom Arbeitgeber aufrechterhaltene Ersuchen um Zustimmung als solches. Solange der Arbeitgeber sein Ersuchen um Zustimmung gegenüber dem Betriebsrat aufrechterhält und das gerichtliche Ersetzungsverfahren andauert, kommt ein „Verbrauch“ der zu den fraglichen Kündigungsgründen erfolgten Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG durch den (*vorsorglichen*) Ausspruch einer auf diese Gründe gestützten Kündigung für die beantragte Zustimmungsersetzung nicht in Betracht (*BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - Rn. 27*). Die erforderliche Anhörung zu der weiterhin auf denselben Lebenssachverhalt gestützten Kündigungsabsicht liegt vielmehr im Aufrechterhalten des Zustimmungsersuchens gegenüber dem Betriebsrat. Dieser kann daraus unschwer ersehen, dass der Arbeitgeber die beabsichtigte Kündigung und seinen Antrag auf Zustimmungsersetzung weiterhin auf die schon mitgeteilten Gründe stützen will. Einer förmlichen neuen Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG bedarf es dafür nicht (*BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - aaO*). Die von ihm in der Entscheidung vom 24. Oktober 1996 (- 2 AZR 3/96 -) vertretene anderslautende Auffassung hat der Senat der Sache nach bereits in seinem Urteil vom 27. Januar 2011 (- 2 ABR 114/09 -) aufgegeben.

2. Danach durfte das Landesarbeitsgericht aufgrund der bisherigen Fest- 16
stellungen nicht annehmen, die Kündigung vom 15. Mai 2018 sei mangels Wah-
rung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam. Selbst wenn die Frist spätestens
mit dem an den Betriebsrat gerichteten Zustimmungersuchen am 30. April 2018
zu laufen begann, wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist, stünde dies der
Wirksamkeit der Kündigung vom 15. Mai 2018 nicht entgegen. Die Frist des
§ 626 Abs. 2 BGB wäre bei Einleitung des Verfahrens gem. § 103 Abs. 2 BetrVG
am 4. Mai 2018 noch nicht abgelaufen gewesen. Danach richtete sich die Frist
für die Kündigungserklärung nicht mehr nach § 626 Abs. 2 BGB, sondern nach
§ 174 Abs. 5 SGB IX analog. Die Beklagte hätte daher die Kündigung lediglich
unverzüglich nach dem Ablauf der Amtszeit des Klägers am 14. Mai 2018 erklä-
ren müssen. Ein in diesem Sinne unverzüglicher Zugang der Kündigung vom
15. Mai 2018 ist jedoch nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlos-
sen.
- a) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht gemeint, das dem Zustim- 17
mungsersetzungsverfahren zugrunde liegende Zustimmungersuchen gegen-
über dem Betriebsrat vom 30. April 2018 sei durch die Kündigung vom 4. Mai
2018 „gegenstandslos“ geworden, es habe sich dadurch erledigt bzw. das „Zu-
stimmungsverfahren“ sei dadurch abgeschlossen gewesen und damit „ver-
braucht“. Allein einer während des laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens
gem. § 103 Abs. 2 BetrVG gegenüber dem beteiligten Arbeitnehmer ohne Zu-
stimmung des Betriebsrats erklärten Kündigung des Arbeitsverhältnisses kommt
eine solche Wirkung nicht zu. Sie ist mangels anderer Anhaltspunkte nur als „vor-
sorglich“ erklärt für den Fall zu verstehen, dass es einer Zustimmung des Be-
triebsrats nicht (mehr) bedarf (*Rn. 15*). Darin liegt, unabhängig davon, wie ihm
diese zugegangen sein könnte, nicht zugleich die Erklärung einer Rücknahme
des Zustimmungersuchens gegenüber dem Betriebsrat.
- b) Das Berufungsgericht hat keine sonstigen Umstände festgestellt, die die 18
Annahme rechtfertigten, die Beklagte habe ihr Zustimmungersuchen gegenüber
dem Betriebsrat zurückgenommen. Dies lässt sich insbesondere nicht ihrem
Schreiben vom 9. Mai 2018 entnehmen. Die Beklagte hat damit den Betriebsrat

ausdrücklich nur vorsorglich erneut zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien angehört und seine Zustimmung beantragt. An dem bereits am 4. Mai 2018 eingeleiteten Zustimmungsersetzungsverfahren hat sie ausdrücklich festgehalten.

III. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsurteil erweist sich weder aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig (§ 561 ZPO) noch ist der Rechtsstreit zugunsten der Beklagten entscheidungsreif (§ 563 Abs. 3 ZPO). 19

1. Es ist nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen, dass die Kündigung vom 15. Mai 2018 dem Kläger unverzüglich, dh. ohne schuldhaftes Zögern der Beklagten (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), nach dem Ende seiner Amtszeit zuging. 20

2. Der Senat kann über das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB und die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung nicht selbst entscheiden. Feststellungen zum Kündigungssachverhalt hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Ob eine Überprüfung der Verwertbarkeit von durch den Einsatz von Privatermittlern gewonnenen Erkenntnissen durch die Beklagte erforderlich ist und wie diese ggf. auszufallen hätte, vermag der Senat nicht zu beurteilen. 21

3. Die Aufhebung und Zurückverweisung umfasst die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellten Hilfsantrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung. 22

4. Sollte das Berufungsgericht erneut zum Ergebnis gelangen, die Kündigung vom 15. Mai 2018 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst, wird es klarstellend darauf hinzuweisen haben, dass die erstinstanzliche Verurteilung der Beklagten zur Erteilung eines (End-)Zeugnisses dadurch gegenstandslos wird. Nach dem vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Tat- 23

bestand des Urteils des Arbeitsgerichts war der auf die entsprechende Verurteilung gerichtete Klageantrag ausdrücklich nur als Hilfsantrag für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellt (*zu einem Hilfsantrag auf Urlaubsabgeltung vgl. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 81; zu einem Hilfsantrag auf Annahmeverzugsentgelt vgl. BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 29, BAGE 144, 222*). Die auf ihn hin ergangene Verurteilung ist daher - ungeachtet ihrer Rechtskraft - auflösend bedingt durch ein Obsiegen des Klägers mit der Kündigungsschutzklage.

Koch

Niemann

Rachor

Krüger

Torsten Falke