

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 732/11  
19 Sa 1951/10  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. November 2012

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisions-  
beklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Ver-  
handlung vom 22. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bun-

desarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. April 2011 - 19 Sa 1951/10 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Sie streiten ferner - in Abhängigkeit vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits - über Abrechnung und Zahlung von Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. 1

Die Beklagte stellt Transportgeräte her. Sie beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Der 1950 geborene Kläger war seit April 1977, zuletzt als Leiter Buchhaltung/Finanzen/Personal bei ihr tätig. 2

Anfang 2003 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger über einen längeren Zeitraum hinweg unberechtigt Firmengelder iHv. rund 280.500,00 Euro vereinnahmt hatte. Der Kläger gestand dies zu. Im Rahmen eines notariellen Schuldanerkenntnisses trat er im März 2003 den pfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens an die Beklagte ab und gewährte ihr weitere Sicherheiten. Die Beklagte beschäftigte den Kläger weiter. Sie beließ es bei einer ihm erteilten Kontovollmacht, verschärfte allerdings ihre Kontrollen. Unter anderem verpflichtete sie den Kläger, der Geschäftsführung für Überweisungen, die von Firmenkonten getätigt wurden, Belege vorzulegen. 3

Im April 2007 ging der Beklagten ein zugunsten einer anderen Gläubigerin des Klägers ausgestellter Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu, mit dem seine Gehaltsansprüche wegen einer Forderung iHv. 48.900,00 Euro ge- 4

pfändet wurden. Ende April 2007 stellte sie den Kläger von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Im selben Zeitraum traten neue Unregelmäßigkeiten im Verhalten des Klägers zutage. Nachforschungen bei Kreditinstituten ergaben, dass dieser - zumindest in zwei Fällen - ohne rechtlichen Grund Firmengelder auf sein Konto überwiesen hatte. Die Vorgänge hatte er durch Erstellung fingierter Belege verschleiert.

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 10. Mai 2007 außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgerecht. Der hiergegen gerichteten Kündigungsschutzklage wurde - rechtskräftig - stattgegeben, da der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. 5

Im Rahmen von Ermittlungen stieß die Beklagte auf weitere unrechtmäßige Überweisungen. Nach neuerlicher Anhörung des Betriebsrats kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 15. August 2007 abermals fristlos. Das Landesarbeitsgericht gab der Kündigungsschutzklage statt, erneut wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung. Das Urteil ist rechtskräftig. 6

Am 29. Juni 2007 erstattete die Beklagte Strafanzeige. Am 21. Mai 2008 erhob die Staatsanwaltschaft gegen den Kläger Anklage. Sie legte ihm zur Last, sich in 74 Fällen der Untreue zum Nachteil der Beklagten schuldig gemacht zu haben. Mit Blick darauf hörte die Beklagte den Betriebsrat am 19. November 2008 zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses an. Mit Beschluss vom 18. November 2008 hatte das Amtsgericht die öffentliche Klage zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet. Nachdem sie davon erfahren hatte, führte die Beklagte eine weitere Betriebsratsanhörung zu einer auch auf diesen Gesichtspunkt gestützten fristlosen Kündigung durch. Mit Zustimmung des Betriebsrats kündigte sie das Arbeitsverhältnis am 25. November 2008 außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 30. Juni 2009. Sie erklärte die fristlose Kündigung sowohl als Tat- als auch als Verdachtskündigung. Das Landesarbeitsgericht gab der dagegen gerichteten Klage - rechtskräftig - statt; die fristlose Kündigung sei nicht binnen der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt worden, die ordentliche Kündigung sei auf- 7

grund der einzelvertraglich in Bezug genommenen Bestimmung des § 20 Nr. 4 MTV Metall- und Elektroindustrie NRW ausgeschlossen.

Am 24. August 2009 fand vor dem Amtsgericht die Hauptverhandlung gegen den Kläger statt. Die Staatsanwaltschaft beantragte, nachdem das Verfahren in vier Punkten eingestellt worden war, wegen 67 angeklagter - die Jahre 2005 bis 2007 betreffender - Taten, den Kläger zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten ohne Bewährung zu verurteilen; in drei Anklagepunkten beantragte sie Freispruch. Die Verteidigung des Klägers schloss sich dem mit der Maßgabe an, den Kläger zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten zu verurteilen und die Strafe zur Bewährung auszusetzen. Das Amtsgericht verurteilte den Kläger zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und fünf Monaten ohne Bewährung. Es sah es aufgrund einer durchgeführten Beweisaufnahme als erwiesen an, dass der Kläger in der fraglichen Zeit in 67 Fällen Firmengelder iHv. insgesamt 44.061,54 Euro veruntreut habe. Bei der Verhandlung und Urteilsverkündung waren ein Geschäftsführer der Beklagten und ihr Prozessbevollmächtigter anwesend.

8

Auf ihren noch am selben Tag gestellten Antrag wurden der Beklagten am 11. September 2009 Abschriften des Verhandlungsprotokolls und des Strafurteils zur Verfügung gestellt. Nach Unterrichtung des Betriebsrats kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22. September 2009 erneut fristlos.

9

Dagegen hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben. Außerdem hat er Zahlungs- und Abrechnungsansprüche für die Monate Oktober bis Dezember 2009 geltend gemacht.

10

Noch im Verlauf des ersten Rechtszuges kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 4. Dezember 2009 ein weiteres Mal, nunmehr mit der Begründung, der Kläger habe sich herabsetzend über ihr steuerliches Verhalten geäußert. In einem hierüber getrennt geführten Kündigungsschutzprozess stellte das Arbeitsgericht mit Urteil vom 23. Juni 2010 fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Das Urteil ist - insoweit - rechtskräftig.

11

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger die Auffassung vertreten, seiner Kündigungsschutzklage sei angesichts des Urteils vom 23. Juni 2010 ohne Weiteres stattzugeben. Aufgrund dieser Entscheidung stehe zwischen den Parteien bindend fest, dass zwischen ihnen noch am 4. Dezember 2009 ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Damit stehe zugleich fest, dass es nicht durch die fristlose Kündigung vom 22. September 2009 aufgelöst worden sei. Im Übrigen sei auch diese Kündigung unwirksam, weil die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt und die Betriebsratsanhörung fehlerhaft sei.

12

Der Kläger hat - zusammengefasst und unter Berücksichtigung einer in der Revisionsinstanz erfolgten Klarstellung - zuletzt beantragt

13

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 22. September 2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, für die Monate Oktober 2009 und Dezember 2009 jeweils einen Gehaltsbruttobetrag iHv. 5.749,75 Euro und für den Monat November 2009 einen Gehaltsbruttobetrag iHv. 8.979,98 Euro abzurechnen und die betreffenden Beträge, vermindert um auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangene Ansprüche iHv. 528,01 Euro und vermindert um auf die Beklagte übergegangene Ansprüche iHv. je 1.437,05 Euro für die Monate Oktober und Dezember 2009 sowie 3.078,85 Euro für den Monat November 2009, jeweils zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf das volle Bruttogehalt seit dem ersten Kalendertag eines jeden Folgemonats an ihn bzw. eine evtl. Drittgläubigerin auszus zahlen;

hilfsweise

festzustellen, dass er für die Monate Oktober und Dezember 2009 jeweils Inhaber einer von der Beklagten nicht abgerechneten Bruttolohnforderung iHv. 5.749,75 Euro und für den Monat November 2009 Inhaber einer von der Beklagten nicht abgerechneten Bruttolohnforderung iHv. 8.979,98 Euro ist;

hilfsweise dazu

festzustellen, dass er für die Monate Oktober, November und Dezember 2009 jeweils Inhaber einer nicht abgerechneten Bruttolohnforderung in der im vorstehenden Hilfsantrag bezeichneten Höhe ist, die

- bezogen auf die Monate Oktober und Dezember 2009 - iHv. je 1.437,05 Euro netto auf die Beklagte und iHv. je 528,01 Euro netto auf die Arbeitsgemeinschaft für Arbeit im Kreis Herford übergegangen ist und die - bezogen auf den Monat November 2009 - iHv. 3.078,85 Euro netto auf die Beklagte und iHv. 528,01 Euro auf die Arbeitsgemeinschaft für Arbeit im Kreis Herford übergegangen ist;

hilfsweise zu allem Vorstehenden

die Beklagte zu verurteilen, an ihn für die Monate Oktober, November und Dezember 2009 je 1.067,65 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Kalendertag eines jeden Folgemonats zu zahlen

sowie

die Beklagte zu verurteilen, für die Monate Oktober und Dezember 2009 jeweils 1.604,08 Euro Lohnsteuer, 144,36 Euro Kirchensteuer und 88,22 Euro Solidaritätszuschlag und für den Monat November 2009 2.932,08 Euro Lohnsteuer, 263,88 Euro Kirchensteuer und 161,26 Euro Solidaritätszuschlag an das zuständige Betriebsstättenfinanzamt, namentlich das Finanzamt Bielefeld-Außenstadt, sowie für die Monate Oktober bis Dezember 2009 jeweils insgesamt 1.074,60 Euro an Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen zur Rentenversicherung an die Deutsche Rentenversicherung und jeweils insgesamt 151,20 Euro an Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen zur Arbeitslosenversicherung an die Bundesagentur für Arbeit abzuführen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt. Der Kläger habe nach Abgabe des Schuldanerkenntnisses weitere Firmengelder veruntreut, zumindest in den im Strafverfahren nachgewiesenen 67 Fällen. Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB habe sie gewahrt. Der Kläger habe im Strafverfahren die fraglichen Taten mittelbar dadurch eingeräumt, dass er in der Verhandlung vom 24. August 2009 keinen umfassenden Freispruch, sondern die Verhängung einer Bewährungsstrafe beantragt habe. Dies sei als neue Tatsache zu werten. Um dem Betriebsrat insoweit etwas „Greifbares“ bieten zu können, habe sie die Übersendung des Protokolls und der schriftlichen Urteilsgründe abwarten dür-

14

fen. Die anschließende Anhörung des Betriebsrats sei ordnungsgemäß erfolgt. Etwaige Fehler bei der Beschlussfassung des Gremiums seien ihr nicht zuzurechnen. Die auf Zahlung und Abrechnung gerichteten Anträge seien schon deshalb unbegründet, weil zwischen den Parteien seit Zugang der Kündigung vom 22. September 2009 kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe. Unabhängig davon sei sie nicht in Annahmeverzug geraten. Eine tatsächliche Beschäftigung des Klägers sei für sie unzumutbar gewesen.

Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag zu 1. stattgegeben, im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat es das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 15

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung vom 22. September 2009 zu Recht als wirksam angesehen (*I.*). Die auf Abrechnung und Zahlung von Annahmeverzugslohn gerichteten Anträge einschließlich der darauf bezogenen Hilfsanträge sind dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen (*II.*). 16

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die fristlose Kündigung vom 22. September 2009 mit sofortiger Wirkung aufgelöst worden. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 17

1. Einem klageabweisenden Urteil im vorliegenden Rechtsstreit steht nicht das rechtskräftige Urteil vom 23. Juni 2010 entgegen, soweit das Arbeitsgericht festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 4. Dezember 2009 nicht aufgelöst worden ist. Der Beklagten ist es trotz dieser Feststellungen nicht verwehrt, sich auf die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 22. September 2009 zu berufen. 18

a) Der Umfang der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess bestimmt sich nach dem Streitgegenstand. Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG ist, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Die begehrte Feststellung erfordert nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung eine Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Kündigung. Mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils steht deshalb fest, dass jedenfalls im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zwischen den streitenden Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (*BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 826/09 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 73; 26. März 2009 - 2 AZR 633/07 - Rn. 16, BAGE 130, 166*). Auch enthält ein rechtskräftiges Urteil, wonach das Arbeitsverhältnis der Parteien durch eine bestimmte Kündigung zu dem vorgesehenen Termin nicht aufgelöst worden ist, grundsätzlich die konkludente Feststellung, dass dieses Arbeitsverhältnis nicht zuvor durch andere Ereignisse aufgelöst worden ist (*BAG 25. März 2004 - 2 AZR 399/03 - zu B II 1 der Gründe, AP BMT-G II § 54 Nr. 5 = EZA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 4; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 909/94 - zu II 1 der Gründe, BAGE 81, 111*). Die Rechtskraft schließt gemäß § 322 ZPO im Verhältnis der Parteien zueinander eine hiervon abweichende gerichtliche Feststellung in einem späteren Verfahren aus (*BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 826/09 - Rn. 13, aaO; 10. November 2005 - 2 AZR 623/04 - zu B I 1 b aa der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 196 = EZA BGB 2002 § 626 Nr. 11*).

19

b) Zu berücksichtigen ist aber, dass der Streitgegenstand der (*späteren*) Kündigungsschutzklage und damit der Umfang der Rechtskraft eines ihr stattgebenden Urteils auf die (*streitige*) Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die konkret angegriffene Kündigung beschränkt werden kann (*BAG 26. März 2009 - 2 AZR 633/07 - Rn. 16, BAGE 130, 166; 25. März 2004 - 2 AZR 399/03 - zu B II 2 der Gründe, AP BMT-G II § 54 Nr. 5 = EZA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 4; 20. Mai 1999 - 2 AZR 278/98 - zu I der Gründe, ZinsO 2000, 351; 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - zu A II der Gründe, BAGE 46, 191*). Eine solche Einschränkung des Umfangs der Rechtskraft bedarf deutlicher Anhaltspunkte,

20



die sich aus der Entscheidung selbst ergeben müssen (*für die Einschränkung der Rechtskraft eines die Leistungsklage abweisenden Urteils vgl. BAG 11. Oktober 2011 - 3 AZR 795/09 - Rn. 18 mwN, EzA ZPO 2002 § 322 Nr. 2*). Das schließt es nicht aus, für die Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft im Einzelfall Umstände heranzuziehen, die schon mit der Entscheidungsfindung zusammenhängen. So kann für die „Ausklammerung“ der Rechtsfolgen einer eigenständigen, zeitlich früher wirkenden Kündigung aus dem Streitgegenstand der Klage, die sich gegen eine später zugewandene Kündigung richtet, der Umstand sprechen, dass dieselbe Kammer des Arbeitsgerichts am selben Tag über beide Kündigungen entschieden hat. In einem solchen Fall ist regelmäßig sowohl für die Parteien als auch für das Gericht klar, dass die Wirkungen der früheren Kündigung nicht zugleich Gegenstand des Rechtsstreits über die später wirkende Kündigung sein sollten (*vgl. BAG 20. Mai 1999 - 2 AZR 278/98 - zu I der Gründe, aaO*).

c) Danach führt die Rechtskraft des der Klage gegen die Kündigung vom 4. Dezember 2009 stattgebenden Urteils vom 23. Juni 2010 nicht dazu, dass im vorliegenden Rechtsstreit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der fristlosen Kündigung vom 22. September 2009 nicht mehr geprüft werden könnte. Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts, das Arbeitsgericht habe mit seinem Urteil vom 23. Juni 2010 nicht über die Wirksamkeit der ihm bekannten, zeitlich vorhergehenden Kündigung entscheiden wollen und entschieden, ist rechtsfehlerfrei. Die Parteien haben ihren Streit über die Wirksamkeit der betreffenden Kündigungen in getrennten Prozessen ausgetragen. Im Tatbestand des Urteils vom 23. Juni 2010 wird ausdrücklich auf die fristlose Kündigung vom 22. September 2009 hingewiesen. Es ist das erstinstanzliche Aktenzeichen des vorliegenden Rechtsstreits aufgeführt und dargestellt worden, dass das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben hat. Das Urteil vom 23. Juni 2010 stammt von derselben Kammer, die am 9. April 2010 das erstinstanzliche Urteil in der vorliegenden Sache verkündet hat. Hinzu kommt, dass bei Verkündung des Urteils vom 23. Juni 2010 die Frist für die Einlegung einer Berufung gegen das am 9. April 2010 ergangene Urteil noch nicht abgelaufen war. Dafür, dass sich das Arbeitsgericht dieser Tatsache bei Verkündung des Urteils vom 23. Juni

21

2010 bewusst war, spricht der in den dortigen Tatbestand aufgenommenen Hinweis, es handele sich bei der vorausgegangenen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung vom 22. September 2009 um ein erstinstanzliches Urteil. Schon diese Umstände zeigen, dass aus Sicht des Arbeitsgerichts die Kündigung vom 22. September 2009 nicht zugleich Gegenstand des Rechtsstreits betreffend die Kündigung vom 4. Dezember 2009 sein sollte. Überdies befassen sich die Entscheidungsgründe des Urteils vom 23. Juni 2010 an keiner Stelle mit der Frage, ob das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 4. Dezember 2009 noch bestanden hat. Dies kann in Anbetracht des bekanntermaßen noch nicht rechtskräftig beendeten Streits über die Wirksamkeit der vorangegangenen Kündigung, zu deren Rechtfertigung sich die Beklagte überdies auf völlig andere Gründe berufen hatte, nur so verstanden werden, dass das Arbeitsgericht bei seiner Entscheidung vom 23. Juni 2010 die rechtliche Bewertung der Kündigung vom 22. September 2009 dem Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits überlassen wollte.

2. Die Kündigung vom 22. September 2009 beruht auf einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. 22

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass sich der Kläger in 67 Fällen der Untreue zum Nachteil der Beklagten schuldig gemacht hat und der Beklagten damit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war. Diese Würdigung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Ungeachtet der knappen Ausführungen liegt kein Verfahrensmangel iSd. § 547 Nr. 6 ZPO vor. Aus der Begründung des Gerichts wird hinreichend deutlich, dass es - auch ohne vorausgehende Abmahnung - von der Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst für die Dauer einer (*fiktiven*) Kündigungsfrist ausgegangen ist. Das ist angesichts der Schwere der dem Kläger anzulastenden Pflichtverletzungen nicht zu beanstanden. Dessen Lebensalter und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit vermögen kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Das sieht die Revision ersichtlich nicht anders. 23

b) Mit dem zur Rechtfertigung der Kündigung vorgebrachten Grund ist die Beklagte nicht präkludiert. Dies gilt selbst dann, wenn die in Rede stehenden 24

67 Untreuehandlungen - entweder im Sinne eines Verdachts oder im Sinne eines Tatvorwurfs - bereits Gegenstand der rechtskräftig für unwirksam erklärten Kündigungen vom 10. Mai 2007, 15. August 2007 und 25. November 2008 gewesen sein sollten. Das angefochtene Urteil enthält dazu keine eindeutigen Feststellungen.

aa) Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in einem rechtskräftig abgeschlossenen Kündigungsschutzprozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie die Kündigung nicht tragen. Mit einer Wiederholung dieser Gründe zur Stützung einer späteren Kündigung ist der Arbeitgeber ausgeschlossen (*BAG 6. September 2012 - 2 AZR 372/11 - Rn. 13, BB 2012, 2367; 8. November 2007 - 2 AZR 528/06 - Rn. 20 ff. mwN, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 19*). Eine solche Präklusionswirkung entfaltet die Entscheidung über die frühere Kündigung allerdings nur bei identischem Kündigungssachverhalt. Hat sich dieser wesentlich geändert, darf der Arbeitgeber erneut kündigen (*BAG 6. September 2012 - 2 AZR 372/11 - Rn. 13, aaO; 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 19, BAGE 132, 299*). 25

bb) Die außerordentliche Kündigung vom 22. September 2009 stellt sich danach nicht als bloße Wiederholung einer der früheren Kündigungen dar. 26

(1) Die Klagen gegen die Kündigungen vom 10. Mai und 15. August 2007 waren deshalb erfolgreich, weil das Landesarbeitsgericht für beide zu dem Ergebnis gelangt war, sie seien wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung und damit aus einem formellen Grund unwirksam. Eine materielle gerichtliche Überprüfung der Kündigungsgründe erfolgte nicht. 27

(2) Die fristlose - sowohl auf einen bloßen Tatverdacht als auch den Tatvorwurf - gestützte Kündigung vom 25. November 2008 hatte deshalb keinen Bestand, weil das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Beklagte habe die Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt. Das Gericht war der Auffassung, die Eröffnung des Hauptverfahrens, auf deren Grundlage die Beklagte gekündigt 28

habe, stelle gegenüber der - bereits länger als zwei Wochen zurückliegenden - Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft und den in diesem Zusammenhang bekannt gewordenen Tatsachen keinen Umstand dar, der die Ausschlussfrist erneut in Gang setze. Auch insoweit hat deshalb eine materielle Prüfung der Kündigungsgründe als solche nicht stattgefunden. Unabhängig davon stützt die Beklagte die Kündigung vom 22. September 2009 nicht auf einen vollständig identischen Sachverhalt. Sie beruft sich zusätzlich auf die strafgerichtliche Verurteilung des Klägers und die in der Hauptverhandlung von seiner Seite abgegebenen Erklärungen. Ob dies ausreicht, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB erneut in Gang zu setzen, erfordert eine neue rechtliche Bewertung; die Entscheidung über die Kündigung vom 25. November 2008 erfasst diesen Aspekt nicht und vermag insoweit keine Präklusionswirkung zu entfalten (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 19, BAGE 137, 54*).

3. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. 29

a) Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive 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. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (*BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 15, BAGE 137, 54; 5. Juni 2008 - 2 AZR 234/07 - Rn. 18, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7*). 30

b) Geht es um ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers, darf der Arbeitgeber den Fort- und Ausgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens abwarten und abhängig davon in dessen Verlauf zu einem nicht willkürlich gewählten Zeitpunkt kündigen. Für die Wahl des Zeitpunkts bedarf es eines sachlichen 31

Grundes. Wenn der Kündigungsberechtigte neue Tatsachen erfahren oder neue Beweismittel erlangt hat und nunmehr ausreichend Erkenntnisse für eine Kündigung zu haben glaubt, kann er dies zum Anlass für den Ausspruch einer neuerlichen Kündigung nehmen (*BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 16 mwN, BAGE 137, 54; 5. Juni 2008 - 2 AZR 234/07 - Rn. 20 mwN, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7*).

c) Der Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens - beispielsweise die Erhebung der öffentlichen Klage und die spätere Verurteilung - kann einen gegen den Arbeitnehmer bestehenden Verdacht, er habe seine Vertragspflichten verletzt, verstärken (*BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 17, 18 mwN, BAGE 137, 54*). Auch wenn derartige Umstände für sich genommen - dh. ohne konkreten, den Kündigungsgrund stützenden Tatsachenvortrag - nicht ausreichen, eine Verdachts- oder Tat Kündigung zu begründen (*vgl. BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11 - Rn. 16, DB 2013, 641; 24. Mai 2012 - 2 AZR 206/11 - Rn. 26, EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 11*), stellen sie doch einen Einschnitt dar, der in der Lage ist, den Verdacht oder die Überzeugung des Arbeitgebers zu verstärken, und der für den Beginn der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB von Bedeutung sein kann (*BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11 - Rn. 16, aaO; 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 17 ff., aaO*). Das gilt auch, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis am Anfang der Ermittlungen schon einmal gekündigt hat (*BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 19, aaO*).

d) Für eine Kündigung, die wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung ausgesprochen wird, gelten mit Blick auf § 626 Abs. 2 BGB grundsätzlich dieselben Erwägungen wie für eine Kündigung wegen einer als erwiesen angesehenen Straftat (*BAG 29. Juli 1993 - 2 AZR 90/93 - zu II 1 c der Gründe, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 31 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 4*). Die Möglichkeit, die Kündigung an neue Erkenntnisse im Strafverfahren zu knüpfen, trägt den mit der Aufklärung strafbarer Handlungen des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber verbundenen Schwierigkeiten und dessen eingeschränkten Ermitt-

lungsmöglichkeiten Rechnung. Hat der Arbeitgeber eine Kündigung bereits ausgesprochen, weil er der Auffassung war, die bisher angestellten Ermittlungen böten ihm eine hinreichende Grundlage für einen dringenden Tatverdacht oder den Nachweis einer schwerwiegenden Pflichtverletzung, schließt dies eine neuerliche Kündigung bei Hinzutreten veränderter, die Überzeugung verstärkender Umstände nicht aus. Zwar stellen in der Regel weder der Verdacht strafbarer Handlungen noch eine begangene Straftat einen Dauertatbestand dar (*BAG 29. Juli 1993 - 2 AZR 90/93 - zu II 1 c dd der Gründe, aaO*). Das hindert den Arbeitgeber aber nicht daran, eine erneute Kündigung auf eine veränderte, weil erweiterte Tatsachengrundlage zu stützen. Durch eine einmal erklärte Kündigung verzichtet er auf dieses Recht nicht, mögen auch die Kündigungsart und die in Rede stehende Pflichtverletzung die nämliche sein (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 19, BAGE 137, 54; aA Walker Anm. zu AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49, unter 2*).

e) In Anwendung dieser Grundsätze ist das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB habe am 11. September 2009 als dem Tag - neu - begonnen, an welchem die Beklagte eine Abschrift des Protokolls der Hauptverhandlung und des Strafurteils vom 24. August 2009 erhalten hat. 34

aa) Die strafrechtliche Verurteilung des Klägers konnte die Beklagte in der Gewissheit bestätigen, dass dieser die ihm zur Last gelegten Taten tatsächlich begangen hat (*vgl. BAG 18. November 1999 - 2 AZR 852/98 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 93, 12*). Das Landesarbeitsgericht hat für den Senat bindend angenommen, vor Erstattung der Strafanzeige seien nicht alle Vorfälle hinreichend aufgeklärt gewesen. Den Gründen des Strafurteils, auf die das Landesarbeitsgericht Bezug genommen hat, ist zu entnehmen, dass sich der Kläger weder zur Sache eingelassen, noch Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen und den Taten gemacht hatte. Zumindest in einem solchen Fall bedeutet es einen relevanten Erkenntnisfortschritt, dass das mit den Möglichkeiten der Amtsermittlung ausgestattete Strafgericht nach Beweisaufnahme den Tatnachweis als geführt ansieht und zu einer Verurteilung des Arbeitnehmers gelangt 35

(vgl. BAG 14. Februar 1996 - 2 AZR 274/95 - zu II 3 der Gründe, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 26 = EzA BGB § 626 nF Nr. 160). Im Streitfall kommt hinzu, dass der Verteidiger des Klägers keinen Freispruch, sondern die Verhängung einer Bewährungsstrafe beantragt und der Kläger von der ihm eingeräumten Möglichkeit, etwas zu seiner Verteidigung vorzubringen, keinen Gebrauch gemacht hat. Auch dadurch hat sich die Tatsachengrundlage erweitert, belegt das Verhalten des Klägers doch zumindest, dass er den Vorwürfen nicht mehr aktiv entgegen treten will.

bb) Es hält sich im tatrichterlichen Beurteilungsspielraum, wenn das Landesarbeitsgericht für den Beginn der Frist nicht auf den 24. August 2009 als das Datum der Urteilsverkündung abgestellt hat, sondern auf die Zuleitung des Protokolls und der schriftlichen Urteilsgründe am 11. September 2009. Erst durch die Möglichkeit der Kenntnisnahme von den schriftlichen Gründen hat die Beklagte - angesichts der Komplexität des Verfahrens und der Vielzahl der in Rede stehenden Tathandlungen - hinreichende Gewissheit über den konkreten Gegenstand und den Umfang der Verurteilung gewonnen. Für diese Sichtweise spricht zudem das in § 406e der Strafprozessordnung verbürgte Recht des Verletzten auf Akteneinsicht durch einen Rechtsanwalt, das die Prüfung ermöglichen soll, ob und in welchem Umfang zivilrechtliche Ansprüche mit Erfolgsaussicht geltend gemacht werden können (vgl. *Hanseatisches OLG Hamburg* 21. März 2012 - 2 Ws 11/12 ua. - Rn. 22, *wistra* 2012, 397; zur Einsicht in strafrechtliche Ermittlungsakten vgl. *BVerfG* 5. Dezember 2006 - 2 BvR 2388/06 - *NJW* 2007, 1052). Die Teilnahme an der öffentlichen Verhandlung ist hierfür kein ausreichendes Äquivalent. Ob die Beklagte - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - die Übermittlung der Schriftstücke auch wegen ihrer Unterrichtungspflichten aus § 102 Abs. 1 BetrVG abwarten durfte, bedarf keiner Entscheidung.

f) Die Kündigungserklärung erfolgte binnen zweier Wochen nach dem 11. September 2009. Die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, die fristlose Kündigung vom 22. September 2009 sei dem Kläger am 24. September 2009 zugegangen.

4. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 38  
Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß zur Kündigung vom 22. September 2009 angehört worden.
- a) Die Beklagte ist gemäß dem Grundsatz der „subjektiven Determinierung“ (vgl. dazu BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 352/11 - Rn. 41 mwN, NZA 2013, 86; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 45 mwN, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36) ihrer Mitteilungspflicht aus § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG inhaltlich ausreichend nachgekommen. 39
- b) Entgegen der Auffassung des Klägers kann dahinstehen, ob die Beklagte das Anhörungsverfahren durch Übergabe des Unterrichtungsschreibens an ein anderes Mitglied des Betriebsrats als dessen Vorsitzenden am 18. September 2009 wirksam eingeleitet hatte und deshalb die Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG bei Zugang des Kündigungsschreibens am 24. September 2009 tatsächlich abgelaufen war. Auf die Empfangszuständigkeit des betreffenden Mitglieds kommt es nicht an. Das Anhörungsverfahren war aufgrund der Stellungnahme des Betriebsrats in jedem Fall am 21. September 2009 abgeschlossen (vgl. BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 461/03 - zu B II 2 b der Gründe, AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 9). 40
- aa) Der Kläger wendet sich nicht gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Anhörungsbogen mit der seitens des Betriebsrats abgegebenen Erklärung, gegen die fristlose Kündigung bestünden keine Bedenken, habe der Beklagten am 21. September 2009 und damit zu einem Zeitpunkt vorgelegen, zu dem das Kündigungsschreiben ihren Machtbereich noch nicht verlassen hatte. Es handelte sich dabei erkennbar um eine das Anhörungsverfahren abschließende Äußerung. 41
- bb) Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Stellungnahme keine ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats zugrunde gelegen habe, greift nicht durch. 42



- (1) Mängel bei der Beschlussfassung des Betriebsrats haben grundsätzlich selbst dann keine Auswirkungen auf die Ordnungsgemäßheit seiner Anhörung, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt weiß oder erkennen kann, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat. Solche Fehler - etwa die Abgabe der Stellungnahme durch ein dafür unzuständiges Mitglied des Betriebsrats - gehen schon deshalb nicht zu Lasten des Arbeitgebers, weil dieser keine rechtliche Möglichkeit eines Einflusses auf die Beschlussfassung des Betriebsrats hat (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04 - Rn. 21 mwN, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 150 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 16; 24. Juni 2004 - 2 AZR 461/03 - zu B II 2 b aa der Gründe mwN, AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 9*). 43
- (2) Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn erkennbar keine Stellungnahme des Gremiums „Betriebsrat“, sondern etwa nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt oder der Arbeitgeber den Fehler des Betriebsrats durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst hat (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04 - Rn. 22, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 150 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 16; 16. Januar 2003 - 2 AZR 707/01 - zu B I 2 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 2*). 44
- (3) Für das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls fehlt es auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts an hinreichenden Anhaltspunkten. Einen beachtlichen Verfahrensfehler des Landesarbeitsgerichts zeigt der Kläger nicht auf. Er bezieht sich auf sein Vorbringen, entweder habe das betreffende Betriebsratsmitglied am 21. September 2009 nur eine persönliche Äußerung abgegeben oder die Beklagte habe den Betriebsrat zu einer eiligen Beschlussfassung im Umlaufverfahren gedrängt. Er verbindet damit den Einwand, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht gemeint, dies laufe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus. Soweit er damit geltend machen will, das Landesarbeitsgericht habe eine gebotene Beweisaufnahme unterlassen, ist die Rüge unzulässig. Er legt nicht dar, welches Ergebnis die Erhebung des angebotenen Beweises voraussichtlich erbracht hätte (*zu dieser Anforderung BAG 6. Januar* 45

2004 - 9 AZR 680/02 - zu II 3 d aa der Gründe, BAGE 109, 145). Unabhängig davon ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts mit den Vorgaben des Prozessrechts vereinbar. Zwar kann es einer Prozesspartei, die keinen Einblick in bestimmte Geschehensabläufe hat und der deshalb die Beweisführung erschwert ist, gestattet sein, auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die sie nicht sicher kennt, die sie aber aufgrund ihr bekannter Umstände vermuten kann. Zulässig ist ein solcher Beweisantritt aber nur, wenn zumindest greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen der fraglichen Tatsache aufgezeigt werden (vgl. BAG 18. September 2008 - 2 AZR 1039/06 - Rn. 33, DB 2009, 964; BGH 15. Mai 2003 - III ZR 7/02 - zu II 2 a der Gründe, BGHReport 2003, 891). Dieser Anforderung genügt das Vorbringen des Klägers nicht. Allein die verhältnismäßig kurze Zeit, die zwischen Übergabe des Anhörungsbogens und der Stellungnahme vom 21. September 2009 liegt und der zusätzliche Umstand, dass zwei Tage dieser Zeitspanne arbeitsfrei gewesen sein mögen, sind keine greifbare Indizien dafür, dass das handelnde Betriebsratsmitglied der Beklagten lediglich eine persönliche Stellungnahme übermittelt hat. Zum einen ist es nicht ausgeschlossen, dass der Betriebsrat außerhalb der regulären Arbeitszeit zu Sitzungen zusammentritt. Zum anderen deutet der Inhalt der Stellungnahme („... haben wir keine Bedenken“) explizit auf eine Einbeziehung weiterer Betriebsratsmitglieder hin. Ebenso wenig bietet der zeitliche Ablauf einen Anhaltspunkt für die Annahme, der Betriebsrat habe, falls er einen Beschluss im Umlaufverfahren gefasst haben sollte, dies auf Drängen der Beklagten getan.

II. Die Klageanträge zu 2. fallen dem Senat nicht zur Entscheidung an. Der Kläger hat in der Revisionsbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass deren Erfolg vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängt. Dies kann bei sachgerechter Würdigung, insbesondere vor dem Hintergrund des angebrachten Prozesskostenhilfegesuchs, nur so verstanden werden, dass er sie insgesamt als uneigentliche Hilfsanträge zum Kündigungsschutzantrag stellen will. Selbst wenn über sie zu befinden wäre, bliebe seiner Revision im Übrigen der Erfolg versagt. Infolge der Wirksamkeit der Kündigung vom 22. September 2009 hat in den Monaten Oktober, November und Dezember 2009 zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden.

46

III. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 47

Kreft

Rinck

Berger

Krichel

Nielebock