

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 25. April 2018  
- 2 AZR 401/17 -  
ECLI:DE:BAG:2018:250418.U.2AZR401.17.0

I. Arbeitsgericht Dortmund

Urteil vom 6. Dezember 2016  
- 5 Ca 2477/16 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 23. Juni 2017  
- 13 Sa 18/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Betriebsratsmitglied

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 401/17  
13 Sa 18/17  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
25. April 2018

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen

Richter Dr. Gerschermann und die ehrenamtliche Richterin Trümner für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 23. Juni 2017 - 13 Sa 18/17 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Die Beklagte vertreibt Ausrüstung für Jäger und Sportschützen. Der Kläger war bei ihr seit November 2003 als Fachverkäufer für Waffen und Munition einschließlich Zubehör beschäftigt. Er war eingesetzt in der Filiale in D, bestehend aus deren Leiter und sieben Beschäftigten. Der Kläger bekleidete dort das Amt des einköpfigen Betriebsrats. Es gab keine Ersatzmitglieder. 2

Auf einen am 13. Februar 2015 eingegangenen Antrag der Beklagten ersetzte das Arbeitsgericht mit Beschluss vom 2. Juni 2015 (- 2 BV 13/15 -) die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Das Landesarbeitsgericht wies die dagegen gerichtete Beschwerde des Klägers mit Beschluss vom 14. März 2016 (- 13 TaBV 58/15 -) zurück. Zur Begründung verwies es darauf, ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB sei gegeben, da der Kläger wiederholt unzulässige Konkurrenztaetigkeit entfaltet habe. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt. Die Beklagte habe innerhalb von zwei Wochen, nachdem sie Kenntnis von den kündigungrelevanten Tatsachen erlangt habe, das Verfahren entsprechend § 103 Abs. 2 BetrVG eingeleitet. Mit Beschluss vom 2. Juni 2016 verwarf der Senat die gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des Landesarbeitsgerichts gerichtete Beschwerde des Klägers als unzulässig. Der Senats- 3

beschluss wurde der Beklagten am 16. Juni 2016 zugestellt. Mit Schreiben vom selben Tag, das dem Kläger noch an diesem Tag zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos.

Gegen die Kündigung hat sich der Kläger mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat die Auffassung vertreten, die Bindungswirkung des vorangegangenen Beschlussverfahrens erstreckte sich nicht darauf, dass die Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt habe. Die Beklagte habe spätestens am 22. Januar 2015 volle Kenntnis von den kündigungsrelevanten Tatsachen gehabt. In dem Zustimmungseretzungsverfahren sei er nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Vor Einleitung des Verfahrens habe der Betriebsrat angehört werden müssen.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 16. Juni 2016 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn für den Fall des Obsiegens zu unveränderten Bedingungen als Verkäufer in D bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Rechtsstreit weiterzubeschäftigen.

Die Vorinstanzen haben die Klage, entsprechend dem Antrag der Beklagten, abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 16. Juni 2016 zu Recht als wirksam erachtet. Der nur hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Antrag auf Weiterbeschäftigung fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.

I. Die Kündigung vom 16. Juni 2016 ist nicht gemäß § 134 BGB nichtig. Die nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KSchG iVm. § 103 Abs. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats war durch den Beschluss des Landesarbeitsgerichts vom 14. März 2016 (- 13 TaBV 58/15 -), der mit Zustellung des die Nichtzulassungsbeschwerde verwerfenden Beschlusses des Senats rechtskräftig geworden war, iSd. § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzt. Es kann dahinstehen, ob im Kündigungsschutzprozess, nach rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung, noch mit Erfolg geltend gemacht werden könnte, der Betriebsrat sei vor Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens nicht ordnungsgemäß nach §§ 103 Abs. 1, 102 Abs. 1 BetrVG um seine Zustimmung ersucht worden. Im Streitfall bedurfte es eines solchen Ersuchens nicht. Soll - wie hier - das Arbeitsverhältnis des einzigen Betriebsratsmitglieds gekündigt werden und fehlt ein gewähltes Ersatzmitglied, hat der Arbeitgeber analog § 103 Abs. 2 BetrVG unmittelbar im Beschlussverfahren die Zustimmungsersetzung einzuholen (*BAG 14. September 1994 - 2 AZR 75/94 - zu III 3 a der Gründe; 16. Dezember 1982 - 2 AZR 76/81 - zu II 3 der Gründe, BAGE 41, 180*). Ein beteiligungsfähiger Betriebsrat existiert in diesem Fall nicht (*BAG 16. Dezember 1982 - 2 AZR 76/81 - zu II 3 a der Gründe, aaO*). Das betroffene - einzige - Betriebsratsmitglied kann wegen rechtlicher Verhinderung iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG aufgrund seiner Selbstbetroffenheit (*vgl. dazu BAG 6. November 2013 - 7 ABR 84/11 - Rn. 29; 24. April 2013 - 7 ABR 82/11 - Rn. 15, BAGE 145, 55*) nicht beteiligt werden.

II. Für die außerordentliche Kündigung vom 16. Juni 2016 bestand ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Dies steht aufgrund der Bindungswirkung des rechtskräftig abgeschlossenen Zustimmungsersetzungsverfahrens (- 13 TaBV 58/15 -) auch für das vorliegende Kündigungsschutzverfahren fest (*vgl. BAG 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - Rn. 41 ff. und Rn. 48*).

1. Infolge der spezifischen Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung im Zustimmungsersetzungsverfahren kann sich der in diesem nach § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligte Arbeitnehmer im späteren, die außerordentliche Kündigung betreffenden Kündigungsschutzverfahren bezüglich des Vorliegens

eines wichtigen Grundes iSv. § 626 BGB nur auf solche Tatsachen berufen, die er im Zustimmungseretzungsverfahren nicht geltend gemacht hat und auch nicht hätte geltend machen können (*BAG 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - Rn. 42; 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 102, 190*). Dies folgt zwar nicht allein aus der Rechtskraftwirkung des Beschlusses gemäß § 322 Abs. 1 ZPO. Der Umstand, dass ein wichtiger Grund für die beabsichtigte außerordentliche Kündigung besteht, nimmt als bloßes Begründungselement für den Entscheidungsausspruch, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen, nicht an der materiellen Rechtskraft teil. Die Bindungswirkung ist aber eine notwendige Folge des von § 103 Abs. 2 BetrVG vorgegebenen engen Zusammenhangs zwischen dem Zustimmungseretzungsverfahren und dem nachfolgenden Kündigungsschutzprozess. Bezogen auf dieselben Kündigungsgründe ist letzterer nur eine inhaltliche Fortsetzung des rechtskräftig abgeschlossenen Vorprozesses (*ausführlich dazu BAG 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - aaO; 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - zu II 1 b aa der Gründe, aaO*).

2. Danach ist der Kläger mit dem Einwand präkludiert, es fehle an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung vom 16. Juni 2016. Er hat sich nicht darauf berufen, es lägen Tatsachen vor, die er nicht bereits im Zustimmungseretzungsverfahren habe geltend machen können und die von Bedeutung für das Vorliegen des wichtigen Grundes im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 16. Juni 2016 gewesen wären. 11

a) Der Kläger war ordnungsgemäß nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Zustimmungseretzungsverfahren beteiligt. Gegen diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts wendet er sich mit der Revision nicht mehr. 12

b) Ob der Zustimmungseretzungsbeschluss zu Recht ergangen ist, unterliegt aufgrund seiner Rechtskraft nicht mehr der Überprüfung im vorliegenden Rechtsstreit. Dies betrifft auch die Frage, ob der Zustimmungseretzungsantrag aufgrund von seitens der Beklagten bereits während des laufenden Zustimmungseretzungsverfahrens am 11. und 17. März 2015 erklärter Kündigungen unzulässig geworden war. Es bedarf demnach weder der Erörterung, ob der Kläger mit entsprechendem Vorbringen im Revisionsverfahren noch gehört 13

werden könnte, noch, ob die Kündigungen nicht ohnehin allenfalls vorsorglich erklärt waren für den Fall, dass es einer Zustimmungsersetzung durch das Gericht nicht bedurfte. Eine Kündigung, die ein Arbeitgeber im Lauf des gerichtlichen Verfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG gegenüber dem betreffenden Arbeitnehmer ohne Zustimmung des Betriebsrats unter Aufrechterhaltung seines Ersetzungsantrags ausspricht, ist in der Regel nur vorsorglich für den Fall erklärt, dass es einer Zustimmung des Betriebsrats nicht (mehr) bedarf, so dass sie nicht als eine Rücknahme des aufrechterhaltenen Zustimmungersuchens bzw. als sein „Fallenlassen“ verstanden werden kann (*BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - Rn. 24; entgegen LAG Hamm 4. August 2000 - 10 TaBV 7/00 -*). Die von der Revision herangezogenen Senatsentscheidungen vom 24. Oktober 1996 (*- 2 AZR 3/96 -*) und 9. Juli 1998 (*- 2 AZR 142/98 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 89, 220*) betrafen dagegen andere Fallgestaltungen, nämlich eine Kündigung noch während des Verfahrens nach § 103 Abs. 1 BetrVG (*- 2 AZR 3/96 - zu II 4 a und b der Gründe*) bzw. eine Kündigung erst nach Verkündung des Zustimmungsersetzungsbeschlusses für den Fall, dass dieser nicht rechtskräftig wird.

c) Die Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht habe Sachvortrag zu mit der Berufungsbegründung vorgebrachten erheblichen neuen Tatsachen übergangen, hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Von einer Begründung sieht er ab (§ 564 Satz 1 ZPO). 14

III. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. 15

1. Aufgrund der spezifischen Bindungswirkung des rechtskräftig abgeschlossenen Zustimmungsersetzungsverfahrens (*- 13 TaBV 58/15 -*) steht für das vorliegende Kündigungsschutzverfahren ebenfalls fest, dass die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht deshalb versäumt hat, weil ihr der zur Begründung der Kündigung angeführte Sachverhalt bei Einleitung des Beschlussverfahrens länger als zwei Wochen bekannt gewesen wäre. 16

a) Nach der Senatsrechtsprechung ist die Fristenregelung in § 91 Abs. 5 SGB IX (*seit 1. Januar 2018: § 174 Abs. 5 SGB IX*) analog anzuwenden, wenn vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsverfahren durchzuführen ist (*vgl. BAG 26. September 2013 - 2 AZR 843/12 - Rn. 42*). Hat der Arbeitgeber beim Betriebsrat innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB die erforderliche Zustimmung beantragt und 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 (*vgl. 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 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - Rn. 46*). 17

b) Das Gericht hat bereits im Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG zu prüfen, ob dieses innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingeleitet worden ist. Anderenfalls darf es dem Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmungsersetzung nicht stattgeben, da einen wichtigen Grund iSd. § 626 BGB nur Umstände bilden können, hinsichtlich derer die Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht schon bei Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens verstrichen ist. Dagegen geht es bei der Frage, ob die Kündigung unverzüglich nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Zustimmungsersetzungsbeschlusses erklärt worden ist, um erst nach Abschluss des Zustimmungsersetzungsverfahrens liegende - neue - Tatsachen. Eine Unwirksamkeit der Kündigung aus diesem Grund kann der Arbeitnehmer zwangsläufig nicht schon im Zustimmungsersetzungsverfahren, sondern erst im Kündigungsrechtsstreit geltend machen, die Bindungswirkung des Zustimmungsersetzungsbeschlusses erstreckt sich darauf nicht (*BAG 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - Rn. 48*). 18



- c) Beachtliche Einwände gegen die Senatsrechtsprechung macht weder die Revision geltend noch sind sie sonst ersichtlich. 19
- aa) Die von der Revision herangezogenen Stimmen im Schrifttum sprechen sich entgegen dem Verständnis des Klägers nicht dafür aus, die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB vollumfänglich von der Präklusionswirkung des Zustimmungsersetzungsverfahrens auszunehmen. Zum Teil befassen sie sich schon nicht mit der Bindungswirkung spezifisch bezogen auf die Wahrung der Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB (*Richardi/Thüsing BetrVG 15. Aufl. ebenso wie 16. Aufl. § 103 Rn. 89; HaKo-BetrVG/Kloppenburger 4. Aufl. ebenso wie 5. Aufl. § 103 Rn. 26; nicht anders KR/Etzel/Rinck 11. Aufl. § 103 BetrVG Rn. 152*). Im Übrigen wird - im Sinne der Senatsrechtsprechung - darauf verwiesen, dass sich der Arbeitnehmer nach rechtskräftiger Zustimmungsersetzung grundsätzlich nicht mehr auf Kündigungshindernisse berufen kann, die er schon im Zustimmungsersetzungsverfahren hätte einwenden können, etwas anderes könne ua. dann gelten, wenn die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB streitig sei (*Fitting 29. Aufl. § 103 Rn. 47*). Dies sei der Fall, wenn es um Umstände geht, die im Zustimmungsersetzungsverfahren nicht geprüft werden konnten, so dass etwa bezogen auf die Frist des § 626 Abs. 2 BGB von der Bindungswirkung nicht umfasst sei, ob der Arbeitgeber die Kündigung auch unverzüglich nach der Zustimmungsersetzung erklärt hat (*ebenso APS/Linck 5. Aufl. BetrVG § 103 Rn. 51; Fischermeier ZTR 1998, 433, 437*). 20
- bb) Die Reichweite der Bindungswirkung des Zustimmungsersetzungsbeschlusses für das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 BGB richtet sich demnach allein danach, ob es um Einwände geht, die bereits im Zustimmungsersetzungsverfahren hätten geltend gemacht werden können oder ob dies nicht der Fall ist (*ebenso SPV/Vossen 11. Aufl. Rn. 1763*). Die rechtzeitige Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ist indes bereits im Zustimmungsersetzungsverfahren zu prüfen und deshalb von der Bindungswirkung eines dieses rechtskräftig abschließenden Zustimmungsersetzungsbeschlusses umfasst. 21

d) Danach ist der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit ebenso mit dem Einwand präkludiert, die Beklagte habe bereits länger als zwei Wochen vor Einleitung des Zustimmungseretzungsverfahrens Kenntnis vom Kündigungssachverhalt gehabt. 22

2. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB mit der dem Kläger am 16. Juni 2016 zugegangenen Kündigung auch im Übrigen gewahrt. Sie hat die Kündigung unverzüglich nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Zustimmungseretzungsbeschlusses vom 14. März 2016 erklärt. Der die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers verwerfende Senatsbeschluss vom 2. Juni 2016 ist der Beklagten am 16. Juni 2016 zugestellt worden. Die Kündigung ging dem Kläger noch am selben Tag zu. 23

IV. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 24

Koch

Niemann

Rachor

Trümner

Gerschermann