Außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist aus betrieblichen Gründen

23.01.2014

Sonderkündigungsschutz für Amtsträger, betriebsbedingte außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist

Tenor

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. Juli 2012 - 9 Sa 593/12 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

2

Die Beklagte erbringt Dienstleistungen für die Stahlindustrie und deren Zulieferer. Der im März 1956 geborene Kläger war bei ihr und ihren Rechtsvorgängern seit April 1989 als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. Er ist mit einem Grad von 50 schwerbehindert.

3

1997 wurde der Kläger Bereichsleiter Administration. Arbeitsvertraglich war vereinbart, dass ihn die Gesellschaft, sollte es sich als notwendig erweisen, nach vorheriger Abstimmung innerhalb des Unternehmenskreises auch mit anderen seinen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen entsprechenden Aufgaben betrauen könne. Die arbeitsvertraglich vereinbarte ordentliche Kündigungsfrist betrug nach Vollendung des 50. Lebensjahres des Klägers und mindestens zehn Dienstjahren zwölf Monate zum Quartalsende.

4

Ende 2004 bestellte die Beklagte den Kläger zum Datenschutzbeauftragten. Im Jahr 2010 löste sie den Bereich „Betriebswirtschaft“ aus seinem bisherigen Verantwortungsbereich heraus. Der Kläger sollte als Bereichsleiter der Allgemeinen Verwaltung weiter tätig sein. Außerdem plante die Beklagte, ihren Verwaltungsbereich und den der H S I GmbH (HSI) in einer Servicegesellschaft zusammenzuführen. Dies geschah im August 2011 mit der neu geschaffenen HSR GmbH (HSR), von deren Anteilen die Beklagte und die HSI jeweils 50 vH hielten.

5

Im Hinblick auf den mit der Umstrukturierung einhergehenden Betriebsteilübergang schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. Der Kläger war in der Liste der auf die HSR übergehenden Arbeitnehmer nicht genannt. Mit Schreiben vom 28. Juli 2011 teilte ihm die Beklagte mit, auch sein Arbeitsverhältnis gehe auf die HSR über. Dem widersprach der Kläger am 25. August 2011.

6

Mit Schreiben vom 6. September 2011 hörte die Beklagte den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung zu einer beabsichtigten außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen betriebsbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien an. Der Betriebsrat teilte mit Schreiben vom 7. September 2011 mit, er nehme - da der Kläger leitender Angestellter sei - keine Stellung.

7

Am 15. September 2011 berief die Beklagte den Kläger als Datenschutzbeauftragten ab und widerrief vorsorglich seine Bestellung. Seine hiergegen gerichtete Klage wies das Arbeitsgericht zurück. Die Abberufung als Datenschutzbeauftragter sei zu Recht erfolgt. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

8

Das Integrationsamt erteilte mit Bescheid vom 23. September 2011 die beantragte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist. Mit Schreiben vom 26. September 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich betriebsbedingt mit sozialer Auslauffrist zum 30. September 2012.

9

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Kündigung sei schon aus formalen Gründen unwirksam. Das Verfahren beim Integrationsamt sei nicht wirksam eingeleitet worden. Außerdem fehle es an einem wichtigen Grund zur Kündigung. Der Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die HSR habe nicht den Planungen entsprochen. Er habe als Mitarbeiter der Beklagten im Wege der Personalüberlassung für die HSR arbeiten sollen. Schon am 25. Juli 2011 habe er seine Arbeit bei der HSR aufgenommen. Trotz seines Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses sei ihm erst am 13. Januar 2012 mitgeteilt worden, dass er in die Räumlichkeiten der Beklagten zurückkehren solle. Statt seiner sei nun ein Mitarbeiter der HSI zum IT-Leiter bestellt worden. Er könne ohne weiteres im Bereich Organisation, Controlling und Prozessentwicklung bei der Beklagten weiterbeschäftigt werden. Es bestünden auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Konzern. Im Übrigen seien weder die Sozialauswahl ordnungsgemäß durchgeführt noch der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden.

10

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung vom 26. September 2011 aufgelöst worden ist.

11

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, es habe nie eine Zusage gegeben, den Kläger an die HSR auszuleihen. Er sei in deren Organigramm als eigener Mitarbeiter vorgesehen gewesen. Dem stehe der Interessenausgleich nicht entgegen, da der Kläger leitender

Angestellter gewesen sei. Infolge des Betriebsübergangs sei sein Arbeitsplatz bei ihr entfallen. Aufgaben im Controlling habe der Kläger nie verrichtet. Sie habe keinen ausreichenden Einfluss auf die HSR, um dort eine Beschäftigung des Klägers durchzusetzen. Der erforderliche Gesellschafterbeschluss müsse von allen beteiligten Unternehmen getroffen werden. Dazu bestehe vor dem Hintergrund einer drohenden „Zweiklassengesellschaft“ keine Bereitschaft. Der Arbeitsplatz sei inzwischen auch nicht mehr frei. Eine Sozialauswahl habe sie nicht vornehmen müssen, da der Kläger der einzige IT-Leiter gewesen sei.

12

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

13

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 26. September 2011 ist unwirksam. Die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung ist nicht möglich.

14

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung vom 26. September 2011 nicht aufgelöst worden.

15

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider

Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

16

a) Eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen ist gegenüber einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer grundsätzlich unzulässig. Sie setzt voraus, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Das ist bei einer betriebsbedingten Kündigung regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist es, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen entfällt, selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten *(*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 14*; 24. Januar 2013* - 2 AZR 453/11 - Rn. 22*)*.

17

b) Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt - unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslauffrist - allenfalls in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde *(*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 15*; 24. Januar 2013* - 2 AZR 453/11 - Rn. 22*)*. Es kann dem Arbeitgeber unzumutbar sein, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über solche Zeiträume hinweg allein durch Gehaltszahlungen ohne adäquate Gegenleistung aufrechtzuerhalten *(*BAG 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 17*)*. Allerdings ist der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in einem besonderen Maß verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird er den Arbeitnehmer in der Regel entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn alle denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen *(*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - *aaO; 22. November 2012* - 2 AZR 673/11 - *Rn. 14)*.

18

2. Im Streitfall fehlt es an einem wichtigen Grund in diesem Sinne. Es muss deshalb nicht entschieden werden, ob es in Betracht kommt, auch das Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters, das nach § 15 KSchG oder § 4f Abs. 3 Satz 5 bzw. Satz 6 BDSG nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, aus betrieblichem Anlass wirksam außerordentlich zu kündigen. Ob bei der Prüfung des wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB auch in diesen Fällen nicht auf die fiktive Kündigungsfrist, sondern auf das Ende des Bestandsschutzes abzustellen ist, kann damit gleichermaßen offenbleiben *(vgl. zur betrieblich veranlassten außerordentlichen Änderungskündigung des Arbeitsverhältnisses eines Betriebsratsmitglieds* BAG 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - *zu B II 2 b der Gründe,* BAGE 80, 185*)*.

19

a) Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nach § 4f Abs. 3 Satz 6 BDSG ordentlich nicht kündbar und der Arbeitsplatz des Klägers bei ihr infolge des Betriebsübergangs entfallen war.

20

b) Auch unter diesen Annahmen war die Beklagte wegen des Sonderkündigungsschutzes des Klägers nicht für Jahre ohne eine entsprechende Gegenleistung zur Vergütungszahlung verpflichtet. Sie hatte den Kläger im Zeitpunkt der Kündigung als Datenschutzbeauftragten bereits abberufen. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung galt danach gemäß § 4f Abs. 3 Satz 6 BDSG allenfalls noch für ein Jahr. Einen solchen Zeitraum ggf. auch ohne adäquate Gegenleistung des Arbeitnehmers überbrücken zu müssen, ist einem Arbeitgeber grundsätzlich nicht unzumutbar. Die Grenze zum wichtigen Grund ist allenfalls dann überschritten, wenn ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über deutlich längere Zeiträume fortgeführt werden müsste. Dafür ist im Streitfall nichts ersichtlich. Nach Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes kann die Beklagte - bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes - wieder ordentlich kündigen. Auf die dann einzuhaltende Kündigungsfrist ist nicht zusätzlich abzustellen. Dass eine ordentliche Kündigung nur unter Wahrung der maßgeblichen Frist erfolgen kann, ist keine Folge des Sonderkündigungsschutzes. Der Arbeitgeber hätte die Frist auch dann zu wahren, wenn die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung nicht ausgeschlossen wäre.

21

c) Hinzu kommt, dass die Beklagte nicht dargelegt hat, alle Anstrengungen unternommen zu haben, um einen weiteren Einsatz des Klägers bei der HSR zu ermöglichen.

22

aa) Im Falle einer außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen hat der Arbeitgeber nicht nur darzutun, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers am bisherigen Arbeitsplatz infolge seiner Organisationsentscheidung nicht mehr möglich ist. Er hat vielmehr außerdem und von sich aus darzulegen, dass überhaupt keine Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis - und sei es zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung - sinnvoll fortzusetzen *(*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 36*; 22. November 2012* - 2 AZR 673/11 - Rn. 41*)*. Anders als bei der ordentlichen Kündigung reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber zunächst vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei infolge des Wegfalls des Arbeitsplatzes nicht möglich, und sodann eine dem widersprechende Darlegung des Arbeitnehmers abwartet. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“. Es ist deshalb vom Arbeitgeber darzulegen *(*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - *aaO; 22. November 2012* - 2 AZR 673/11 - *aaO)*. Dessen Vorbringen muss deutlich machen, dass er alles Zumutbare unternommen hat, um die durch sein (neues) unternehmerisches Konzept notwendig werdenden Anpassungen der Vertragsbedingungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken *(*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 26*)*.

23

bb) Die Beklagte hat nicht vorgetragen, in welcher Weise sie sich nach dem Widerspruch des Klägers gegen einen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die HSR um ein Einverständnis von deren anderer Gesellschafterin - der HSI - mit einem weiteren Einsatz des Klägers bei der HSR - zumindest für die Dauer seines Sonderkündigungsschutzes - bemüht habe. Der Kläger hatte seine seit Ende Juli 2011 für die HSR ausgeübte Tätigkeit auch nach seinem Widerspruch zunächst noch für diese fortgeführt. Die Beklagte hat zwar geltend gemacht, sie habe keinen bestimmenden Einfluss auf die HSR und könne eine Beschäftigung des Klägers dort nicht durchsetzen. Daraus wird jedoch nicht deutlich, dass sie alles Zumutbare unternommen hätte, um die Weiterbeschäftigung des Klägers auch ohne einseitige Entscheidungsbefugnis zu ermöglichen. Einzige weitere Gesellschafterin der HSR neben ihr war - zu gleichen Anteilen - die HSI. Dass sie sich um deren Einverständnis mit einem weiteren Einsatz des Klägers bei der HSR überhaupt bemüht hätte, wird aus ihrem Vorbringen nicht ersichtlich. Sie hat allein darauf verwiesen, zu einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss bestehe vor dem Hintergrund einer drohenden „Zweiklassengesellschaft“ keine Bereitschaft. Dies lässt weder erkennen, dass nicht nur ihr selbst, sondern gerade der HSI die entsprechende Bereitschaft fehlte, noch wird deutlich, dass sie jedenfalls versucht hat, sich mit der HSI über einen weiteren tatsächlichen Einsatz des Klägers bei der HSR zu einigen.

24

3. Die außerordentliche Kündigung ist nicht nach § 15 Abs. 4 oder Abs. 5 KSchG wirksam, selbst wenn diese Bestimmungen - analoge - Anwendung fänden. § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG senken nicht etwa die Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung ab. Sie erklären vielmehr unter bestimmten Voraussetzungen eine ordentliche Kündigung für zulässig *(vgl.* BAG 21. Juni 2001 - 2 AZR 137/00 *- zu II 1 der Gründe; 14. Oktober 1982 -* 2 AZR 568/80 *- zu B I 2 a der Gründe,* BAGE 41, 72*; ErfK/Kiel 14. Aufl. § 15 KSchG Rn. 40; KR/Etzel 10. Aufl. § 15 KSchG Rn. 73; vHH/L/v. Hoyningen-Huene 15. Aufl. § 15 Rn. 164; SPV/Vossen 10. Aufl. Rn. 1700, 1706).*

25

4. Eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB ist nicht möglich. Auch in diesem Zusammenhang kann unentschieden bleiben, ob im Streitfall die ordentliche Kündigung nach § 4f Abs. 3 Satz 5 bzw. Satz 6 BDSG ausgeschlossen war. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob auf Arbeitnehmer, die nach § 4f Abs. 3 Satz 5 bzw. Satz 6 BDSG geschützt sind, die Regelungen des § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG entsprechend anzuwenden sind und die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung vorgelegen haben. Es fehlt in jedem Fall an der nach § 85 SGB IX erforderlichen Zustimmung des Integrationsamts.

26

a) Der Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX gilt ggf. neben § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG *(KR/Etzel 10. Aufl. § 15 KSchG Rn. 151, 152; APS/Linck 4. Aufl. § 15 KSchG Rn. 197; ebenso* LAG München 3. August 2006 - 3 Sa 459/06 *-).*

27

b) Das Integrationsamt hatte im Streitfall lediglich die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung erteilt. Darin war weder - zugleich - eine Zustimmung zu einer auch ordentlichen Kündigung enthalten, noch kann die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung nach § 43 Abs. 1 SGB X in eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden *(vgl. auch* BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 355/10 - Rn. 36, BAGE 138, 312*)*.

28

aa) Der Bescheid des Integrationsamts über die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung ist nicht dahin auszulegen, dass mit ihm (auch) die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung erteilt worden wäre. Das Integrationsamt wollte erkennbar keine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung erteilen. Es hat ausdrücklich allein einer außerordentlichen Kündigung - mit sozialer Auslauffrist - zugestimmt. Nur darauf war auch der Antrag der Beklagten gerichtet.

29

bb) Eine Umdeutung des Bescheids ist nicht möglich.

30

(1) Nach § 43 Abs. 1 SGB X kann nur ein fehlerhafter Verwaltungsakt umgedeutet werden. Anhaltspunkte dafür, dass die Zustimmung des Integrationsamts im Streitfall fehlerhaft erfolgt wäre, gibt es nicht.

31

(2) Eine Umdeutung setzt gemäß § 43 Abs. 1 SGB X außerdem voraus, dass der neue Bescheid von der erlassenden Behörde in der tatsächlich gewählten Verfahrensweise und Form ebenfalls rechtmäßig hätte erlassen werden können. Das ist hier nicht der Fall. Wie sich aus § 91 Abs. 1 SGB IX ergibt, unterscheiden sich die Verfahren auf Zustimmung zu einer ordentlichen und zu einer außerordentlichen Kündigung nicht unerheblich *(vgl. APS/Vossen 4. Aufl. § 91 SGB IX Rn. 23; KR/Etzel/Gallner 10. Aufl. § 91 SGB IX Rn. 35)*. Die Entscheidungsgrundlage für das Integrationsamt ist nicht dieselbe *(Schaub/Koch ArbR-HdB 15. Aufl. § 179 Rn. 37)*. Das gilt auch mit Blick auf die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist. Auch auf diese findet nicht § 85 SGB IX, sondern findet § 91 SGB IX Anwendung *(*BAG 12. Mai 2005 - 2 AZR 159/04 *- zu B I 1 der Gründe)*. Soweit im Schrifttum - hiervon abweichend - angenommen wird, die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist erfordere eine Zustimmung allein nach § 85 SGB IX *(vgl. HaKo/Fiebig/Osnabrücke 4. Aufl. §§ 85 - 92 SGB IX Rn. 69; HaKo/Gieseler 4. Aufl. § 626 BGB Rn. 46; aA AnwK-ArbR/Euler 2. Aufl. Bd. 2 § 91 SGB IX Rn. 2; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 91 Rn. 2, 4; KR/Etzel/Gallner § 91 SGB IX Rn. 2, 35)*, folgt im Übrigen auch daraus nicht, dass die Zustimmung zu einer außerordentlichen

Kündigung mit Auslauffrist in eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden könnte *(vgl. ErfK/Rolfs 14. Aufl. § 91 SGB IX Rn. 8; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX § 91 Rn. 7)*.

32

II. Als unterlegene Partei hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.

BAG, Urteil vom 23. Januar 2014 – 2 AZR 372/13