Bundesarbeitsgericht 2. Senat	Urteil vom 20. Juni 2013 - 2 AZR 380/12 -
I. Arbeitsgericht Berlin	Urteil vom 29. August 2011 - 19 Ca 4675/11 -
II. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg	Urteil vom 7. Februar 2012 - 7 Sa 2394/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist - Fremdvergabe von Tätigkeiten

Gesetze:

BGB § 626; GG Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 2 AZR 379/12 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

2 AZR 380/12
7 Sa 2394/11
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Juni 2013

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Krichel und Dr. Grimberg für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 7. Februar 2012 - 7 Sa 2394/11 - im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, wie es auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 29. August 2011 - 19 Ca 4675/11 - abgeändert und festgestellt hat, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 18. März 2011 beendet worden ist.
2. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache 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

Die Beklagte wurde als landeseigene Gesellschaft gegründet. Sie bietet Büro- und Gewerbeflächen zur Miete an und verwaltet diese. Im Jahre 2007 wurde sie an die O S.A. verkauft. 2

Die im Juli 1966 geborene Klägerin war bei der Beklagten auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 17. Juli 1995 als Reinigungskraft beschäftigt. Sie war nach den anwendbaren tariflichen Vorschriften aufgrund ihres Alters und ihrer Beschäftigungszeit ordentlich nicht mehr kündbar. 3

Aufgrund einer negativen wirtschaftlichen Entwicklung entschloss sich die Beklagte zu Umstrukturierungsmaßnahmen. Sie vereinbarte mit dem Betriebsrat am 29. Juni 2010 einen Interessenausgleich. Dieser sah verschiedene Maßnahmen zur Reduzierung der Mitarbeiterkapazitäten vor. Unter anderem war beabsichtigt, einen Betriebsteil „Reinigungsdienste“ zu bilden, der im Wege 4

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

des Betriebsteilübergangs auf einen neuen Inhaber übertragen werden sollte. Ende Juni 2010 entschied sich die Beklagte, die im Interessenausgleich vorgesehenen Maßnahmen umzusetzen. Sie schloss mit einem Unternehmen einen Vertrag über die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen für die von der Klägerin und einer weiteren Reinigungskraft betreuten Objekte. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 unterrichtete sie die Klägerin über den geplanten Betriebsteilübergang. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 28. Dezember 2010.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2011 stellte die Beklagte die Klägerin bis auf Weiteres widerruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Nachdem Verhandlungen der Parteien über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei dem beauftragten Unternehmen erfolglos geblieben waren, hörte die Beklagte den Betriebsrat mit Schreiben vom 4. März 2011 zu der Absicht an, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zu kündigen. Der Betriebsrat widersprach. 5

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 18. März 2011 außerordentlich mit einer Frist bis zum 30. September 2011, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin. Sie stellte die Klägerin am 24. März 2011 bis zum 31. März 2011 unwiderruflich, mit Wirkung ab 1. April 2011 widerruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Mit Schreiben vom 28. März 2011 bot sie der Klägerin als Vermittlerin einen befristeten Arbeitsvertrag bei dem beauftragten Reinigungsunternehmen an. Falls die Klägerin das Angebot annehme, werde sie ab dem 1. April 2011 unter Anrechnung des bei dem beauftragten Unternehmen erzielten Zwischenverdienstes unwiderruflich freigestellt. Die Klägerin nahm das Angebot an und arbeitete seit dem 1. April 2011 für das beauftragte Unternehmen. 6

Mit der vorliegenden Klage hat sich die Klägerin rechtzeitig gegen die Kündigung gewandt und Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung für den Zeitraum von April bis Juni 2011 verlangt. Sie hat gemeint, es fehle an einem wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung. Die Entscheidung der Beklagten, die Reinigungstätigkeiten an ein Drittunternehmen zu vergeben, sei 7

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

rechtsmissbräuchlich. Es hätten andere Möglichkeiten bestanden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, etwa in Form der Personalgestellung bei dem beauftragten Reinigungs- oder einem Konzernunternehmen. Außerdem habe sie bei der Beklagten selbst im Bereich des Immobilienmanagements, der Buchhaltung oder des Sekretariats weiterbeschäftigt werden können. Dafür hätte es ausgereicht, wenn die Beklagte ihr Kenntnisse vermittelt hätte, die es ihr erlaubt hätten, ausgebildeten Kräften mit einfachen Tätigkeiten zuzuarbeiten. Ebenso gut sei sie als Hausmeisterin oder Hausmeisterassistentin einsetzbar und hätte nach einer Umorganisation mit Aufgaben im Bereich der Hausmeisterdienste betraut werden können. Auch könne sie als Reinigungskraft im Rahmen der Endreinigung nach der Beendigung von Mietverhältnissen, bei der Zwischenreinigung leerstehender Räume, bei der Anfangsreinigung von vermieteten Räumen und in den ausgelagerten Service-Centern tätig werden. Dort würden einfache Tätigkeiten überwiegend von Leiharbeitnehmern erbracht. Die Klägerin hat ferner die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten. Zudem hat sie gemeint, die vertraglich vereinbarte Vergütung stehe ihr auch für die Zeit ab April 2011 in voller Höhe zu. Der bei dem beauftragten Reinigungsunternehmen erzielte Zwischenverdienst sei nicht anzurechnen.

Die Klägerin hat beantragt 8

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 18. März 2011 weder zum 30. September 2011 noch zum nächstmöglichen Termin beendet worden ist;

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 4.899,26 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22. Juli 2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat ihre Entscheidung zur Fremdvergabe der Reinigungstätigkeiten ua. damit begründet, auf diese Weise Ausfälle bei Krankheit oder Urlaub leichter überbrücken zu können. Die Klägerin habe das Arbeitsverhältnis infolge des vorgesehenen Betriebsteilübergangs zu unveränderten Bedingungen bei einem solventen Unter- 9

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

nehmen fortsetzen können. Beschäftigungsmöglichkeiten bei ihr bestünden nicht. Mangels der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten könne die Klägerin nicht als Sachbearbeiterin oder Sekretärin eingesetzt werden. Auch eine Tätigkeit als Hausmeisterin komme nicht in Betracht. In diesem Bereich könnten einzelne Arbeiten nicht sinnvoll aus dem gesamten Aufgabenspektrum herausgelöst werden, um sie der Klägerin zu übertragen. Ähnliches gelte für die übrigen Abteilungen. Die Hausmeister seien zudem in zahlreichen verschiedenen Höfen eingesetzt. Sie übten eine höherwertige Tätigkeit aus und seien dementsprechend höher als die Klägerin eingruppiert. Auch bei anderen Gesellschaften der Firmengruppe gebe es keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten. Diese beschäftigten keine Reinigungskräfte und andere geeignete Arbeitsplätze stünden bei ihnen nicht zur Verfügung. Eine Personalgestellung habe das beauftragte Reinigungsunternehmen abgelehnt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr hinsichtlich des Kündigungsschutzantrags und eines Teils des Zahlungsbegehrens stattgegeben. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Kündigungsschutzklage nicht stattgeben. Ob die Kündigung der Beklagten wirksam ist, steht noch nicht fest. Soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung verurteilt hat, ist die Revision unbegründet. 11

I. Die außerordentliche Kündigung vom 18. März 2011 erweist sich auf Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht als unwirksam. 12

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 13

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

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.

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 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 13; 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 16)*. 14

b) Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt 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 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 14; 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 17)*. Allerdings ist der Arbeitgeber in diesem Fall 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 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - aaO; 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - aaO)*. 15

aa) Eine infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung zu erwartende, ggf. jahrelange Bindung des Arbeitgebers an ein Arbeitsverhältnis, in welchem er mangels sinnvoller Einsatzmöglichkeit keine werthaltige Gegenleistung mehr erhält, kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Darin liegt entgegen einer im Schrifttum ver- 16

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

tretenen Auffassung *(vgl. zuletzt Stein DB 2013, 1299, 1300)* keine Kündigung aus „minderwichtigem Grund“ und keine Umgehung des vereinbarten Schutzes vor einer ordentlichen Kündigung. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund kann vielmehr auch durch eine (tarif-)vertragliche Vereinbarung zur ordentlichen Unkündbarkeit nicht beschränkt werden *(vgl. BAG 11. Juli 1958 - 1 AZR 366/55 - zu 3 der Gründe, BAGE 6, 109; BGH 21. April 1975 - II ZR 2/73 - zu 2 a der Gründe)*. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung begründet keinen absoluten Schutz vor einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus betrieblichem Anlass, wenn denn die Voraussetzungen vorliegen, die an einen wichtigen Grund zu stellen sind.

bb) Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und Nachteilen für den gerade besonders geschützten Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber bei einer auf betriebliche Gründe gestützten außerordentlichen Kündigung zwingend eine der - fiktiven - ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslauffrist einzuhalten *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - aaO; 21. Juni 2012 - 2 AZR 343/11 - Rn. 18 mwN)*. Eine Verpflichtung zur Zahlung einer Abfindung entsteht dadurch nicht. Dafür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Auch die analoge Anwendung von §§ 9, 10 KSchG *(vgl. dazu Stein aaO S. 1301)* scheidet aus. Die Bestimmungen sehen lediglich für den Fall der gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Verurteilung zur Zahlung einer Abfindung vor. Mit der gerichtlichen Auflösung ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund erfolgreicher betriebsbedingter außerordentlicher Kündigung nicht zu vergleichen. 17

c) Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB kann sich - ebenso wie ein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. § 1 Abs. 2 KSchG - aus dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund innerbetrieblicher, von äußeren Faktoren nicht „erzwungener“ Maßnahmen ergeben *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 15)*. 18

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

aa) Die einer betrieblich-organisatorischen Maßnahme zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit, sondern nur daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Nachzuprüfen ist außerdem, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für den einzelnen Arbeitnehmer wirklich entfallen ist *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 16; 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 21)*. 19

bb) Dies gilt einmal in Fällen ordentlicher Kündigungen iSv. § 1 KSchG. Auf eine in Teilen des Schrifttums für erforderlich gehaltene Abwägung der wirtschaftlichen Vorteile, die der Arbeitgeber durch seine Maßnahme erlangt, gegen die Nachteile, die der Arbeitnehmer durch den Arbeitsplatzverlust erleidet *(Däubler Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht S. 32, 44; Stein AuR 2013, 243, 248)*, kommt es de lege lata nicht an. Soweit hierfür auf die Ausfüllungsbedürftigkeit des Merkmals der „Dringlichkeit“ iSv. § 1 Abs. 2 KSchG abgestellt wird, wird möglicherweise übersehen, dass nicht die unternehmerisch-wirtschaftlichen Erfordernisse dringend sein müssen, sondern die betrieblichen *(ebenso Krause in vHH/L 15. Aufl. § 1 Rn. 758 mwN)*. Führt die Umsetzung einer unternehmerischen Organisationsentscheidung auf betrieblicher Ebene spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für einen Arbeitnehmer und kann dieser auch nicht anderweit weiterbeschäftigt werden, bestehen „dringende betriebliche Erfordernisse“, die seiner Weiterbeschäftigung entgegenstehen und die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses bedingen können. Für die Bewertung der betrieblichen Erfordernisse als „dringend“ kommt es nicht darauf an, in welchem Ausmaß für das Unternehmen wirtschaftliche Vorteile durch die Maßnahme zu erwarten sind. Die unternehmerische Entscheidung zur Umorganisation ist mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG bis zur Grenze der offensichtlichen Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür frei. Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht die Vermutung, dass sie aus sachlichen - wirtschaftlichen - Gründen getroffen wurde, Rechtsmissbrauch also die Ausnahme ist *(BAG 29. März 2007 - 2 AZR* 20

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

31/06 - Rn. 24; 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - Rn. 31; 24. Oktober 1979 - 2 AZR 940/77 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 32, 150). Darauf, ob die Maßnahme für den Bestand des Unternehmens notwendig, gar zwingend notwendig ist, kommt es ebenso wenig an, wie darauf, ob eine „hohe Zahl von Insolvenzen“ im Nachhinein für Fehleinschätzungen sprechen kann *(so aber Stein AuR 2013, 243, 247)* oder sich der Arbeitgeber auf einen „Dialog über Alternativen“ eingelassen hat *(Stein aaO)*. Es ist nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG dem Arbeitgeber überlassen, wie er sein Unternehmen führt, ob er es überhaupt weiterführt und ob er seine Betätigungsfelder einschränkt. Er kann grundsätzlich Umstrukturierungen allein zum Zwecke der Ertragssteigerung vornehmen. Es kann unter Geltung von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ohnehin nicht darum gehen, ihm die fragliche organisatorische Maßnahme als solche gerichtlich zu untersagen, sondern nur darum, ob ihre tatsächliche Umsetzung eine Kündigung rechtfertigt *(so auch Däubler aaO S. 44)*. Deren Wirksamkeit wiederum kann nach der Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes nicht etwa davon abhängen, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Zahlung einer Abfindung anbietet *(so aber Däubler aaO)*.

cc) Dies gilt gleichermaßen in Fällen, in denen von der fraglichen Maß- 21
nahme ein ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer betroffen ist, dessen Arbeitsverhältnis nur außerordentlich nach § 626 BGB gekündigt werden kann *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 17; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - zu B V 3 a der Gründe)*. Die Gestaltung des Betriebs, die Antwort auf die Frage, ob und in welcher Weise sich der Arbeitgeber wirtschaftlich betätigen will, sind Bestandteil der durch Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit. Zu dieser gehört das Recht, das Unternehmen aufzugeben, darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben soll, und festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Drittunternehmen vergeben werden sollen *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - aaO; 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 103, 31; Rost JbArbR Bd. 39 S. 83, 86)*. Der Arbeitgeber muss deshalb regelmäßig auch dann nicht von einer Fremdvergabe von Tätigkeiten absehen, wenn dadurch einem ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitsverhältnis die

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Grundlage entzogen wird *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - aaO; HaKo/Gallner/Mestwerdt 4. Aufl. § 1 Rn. 749; KR/Fischermeier 10. Aufl. § 626 BGB Rn. 158; APS/Kiel 4. Aufl. § 626 BGB Rn. 318d; aA - Outsourcing nur bei ansonsten unvermeidbarer Betriebsschließung - Kittner/Däubler/Zwanziger/ Däubler KSchR 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 163; Däubler FS Heinze S. 121, 127)*. Ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gegeben ist, hängt in diesen Fällen davon ab, ob jedwede Möglichkeit ausgeschlossen ist, den Arbeitnehmer anderweit sinnvoll einzusetzen, und der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung für erhebliche Zeiträume an ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis gebunden und aus diesem zur Vergütung verpflichtet wäre. Der in Tarifverträgen an eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit und ein bestimmtes Lebensalter geknüpfte Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist regelmäßig nicht dahin zu verstehen, dass damit die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung generell - auch als außerordentliche - zumindest für die Fälle ausgeschlossen sein soll, in denen der Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses auf wirtschaftlich nicht zwingend notwendigen unternehmerischen Organisationsentscheidungen beruht. Dass eine solche mittelbare Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit - unbeschadet ihrer Rechtswirksamkeit - gewollt wäre, lässt sich tariflichen Regelungen, nach denen der besondere Kündigungsschutz allein vom Lebensalter und der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängt, ohne besondere Anhaltspunkte nicht entnehmen. Etwas anderes kann gelten, wenn der tarifliche oder einzelvertragliche Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen die Gegenleistung des Arbeitgebers für einen Verzicht auf bestimmte Rechtsansprüche durch die Arbeitnehmer darstellt. Auch dann ist der Arbeitgeber zwar rechtlich nicht gehindert, bestimmte, wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für geschützte Arbeitnehmer führen, und ist ein Verzicht des Arbeitgebers auf die Möglichkeit der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung als solcher wegen Verstoßes gegen § 626 Abs. 1 BGB rechtlich ausgeschlossen. Eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer bis zum zeitlich vorgesehenen Ende

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

des - in aller Regel befristeten - Kündigungsausschlusses wird aber in dieser Situation nur im Extremfall anzunehmen sein.

dd) Insofern besteht auch kein Widerspruch zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. Oktober 2002 *(- II ZR 353/00 -)*, in welcher dieser auf die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eines Geschäftsführerdienstvertrags wegen des auf geschäftspolitischen Gründen beruhenden Beschlusses der Muttergesellschaft, den Betrieb ihrer Tochtergesellschaft einzustellen, erkannt hat *(eine Divergenz bejahend aber Stein DB 2013, 1299, 1301)*. Dort war eine ordentliche Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags nicht dauerhaft, sondern im Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung nur noch für gut ein Jahr ausgeschlossen. 22

ee) Die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Berufswahlfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer bietet keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen. Allerdings strahlt das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an Bestandsschutz auf die Auslegung und Anwendung der kündigungsrechtlichen Vorschriften aus. Daher haben die Gerichte von Verfassungs wegen zu prüfen, ob von deren Anwendung im Einzelfall Grundrechte des Arbeitnehmers berührt sind. Trifft das zu, haben sie die einfachgesetzlichen Vorschriften, soweit möglich, im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden *(BVerfG 19. März 1998 - 1 BvR 10/97 -; 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95, 1 BvR 2189/95 - BVerfGE 96, 171; BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 18; 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 103, 31; Rost JbArbR Bd. 39 S. 83, 86)*. Dem entspricht es, dass die Darlegung der Kündigungsgründe umso detaillierter sein muss, je näher die fragliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss heranrückt *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - aaO; 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 22)*. 23

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2. In Anwendung dieser Grundsätze mangelte es im Streitfall nicht bereits deshalb an einem wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB, weil die von der Beklagten getroffene Organisationsentscheidung rechtlich zu beanstanden wäre. 24

a) Nach den bisherigen Feststellungen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte rechtsmissbräuchlich entschieden hätte, mit den Reinigungsarbeiten ein anderes Unternehmen zu beauftragen. Die Beklagte hat ua. geltend gemacht, die Fremdvergabe ermögliche es ihr, Ausfälle bei Krankheit oder Urlaub leichter zu überbrücken. Diese Erwägungen sind weder sachfremd noch willkürlich. Ihre Umsetzung ist von Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt. Es ist nicht Sache der Arbeitsgerichte, der Beklagten eine „bessere“ oder „richtige“ Unternehmenspolitik vorzuschreiben und damit in ihre wirtschaftliche Kalkulation einzugreifen *(vgl. BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 21; 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 103, 31)*. 25

b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedurfte es auch angesichts der ordentlichen Unkündbarkeit der Klägerin keiner besonderen Umstände - wie etwa der Notwendigkeit einer Änderung der Produktpalette oder einer angespannten betriebswirtschaftlichen Situation -, die die durchgeführte Umstrukturierung als unumgänglich ausgewiesen hätten. Zwar hat der Senat in den Entscheidungen vom 26. März 2009 *(- 2 AZR 879/07 -)* und 2. März 2006 *(- 2 AZR 64/05 -)* - bezogen auf eine Änderungskündigung - angenommen, der Arbeitgeber müsse bereits bei Erstellung seines unternehmerischen Konzepts geltende Kündigungsbeschränkungen berücksichtigen *(BAG 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 - Rn. 56; 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 28)*, und hat daraus gefolgert, dies wirke sich im Prozess bei der Darlegungslast aus; aus dem Vorbringen des Arbeitgebers müsse erkennbar sein, dass er auch angesichts der bestehenden Kündigungsbeschränkungen alles Zumutbare unternommen habe, um die durch sein Konzept notwendig werdenden Anpassungen der Vertragsbedingungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken *(BAG 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 - Rn. 57; 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 29)*. Die unternehmerische Entscheidung selbst unterliegt aber nicht 26

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

deshalb einer weiter reichenden gerichtlichen Kontrolle, weil vom Arbeitsplatzabbau (auch) ordentlich unkündbare Arbeitnehmer betroffen sind. Vom Arbeitgeber im Einzelnen darzulegen und von den Gerichten zu überprüfen ist hingegen, dass bzw. ob das fragliche unternehmerische Konzept eine (Änderungs-)Kündigung tatsächlich erzwingt.

c) Der Ausschluss der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung erforderte es auch nicht, dass die Beklagte Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die Klägerin neu schüfe. Es kommt allein darauf an, ob andere Beschäftigungsmöglichkeiten tatsächlich bestanden. Die Beklagte hat detailliert dazu vorzutragen, weshalb dies nicht der Fall gewesen sein soll. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Landesarbeitsgericht ihr Vorbringen bisher nicht gewürdigt. 27

aa) Anders als in dem Fall, der der vom Landesarbeitsgericht angeführten Entscheidung des Senats vom 26. September 2002 *(- 2 AZR 636/01 - BAGE 103, 31)* zugrunde lag, bestand hier ein Beschäftigungsbedürfnis nicht etwa deshalb fort, weil in den betrieblichen Abläufen faktisch keine Änderung eingetreten wäre. Die Reinigungsarbeiten sollten an das beauftragte Unternehmen zur selbständigen Erledigung vergeben und nicht durch eine in das Unternehmen der Arbeitgeberin voll eingegliederte Organgesellschaft verrichtet werden. Ein Beschäftigungsbedarf bei der Beklagten bestand gerade nicht fort. Nach deren Vorbringen lag stattdessen ein Betriebsteilübergang vor. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin wäre danach gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf das beauftragte Unternehmen übergegangen, hätte diese dem nicht widersprochen. 28

bb) Ebenso wenig steht bislang fest, dass zum Zeitpunkt der Kündigung Arbeitsplätze frei gewesen wären, die die Beklagte der Klägerin wegen des Vorrangs der Änderungskündigung hätte anbieten müssen *(vgl. dazu BAG 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 - Rn. 25 und 27)*. 29

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig dar. 30

1. Eine außerordentliche Kündigung schied nach dem festgestellten Sachverhalt nicht schon deshalb aus, weil die Beklagte nur noch für eine nicht erhebliche Zeit an ein ggf. sinnentleertes Arbeitsverhältnis mit der Klägerin gebunden gewesen wäre. Die Klägerin war bei Ablauf der Auslauffrist am 30. September 2011 45 Jahre alt und damit weit entfernt von einer tariflichen Altersgrenze. 31

2. Die Kündigung ist nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte die zweiwöchige Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten hätte. Der - unterstellte - Wegfall des Beschäftigungsbedarfs ist ein „Dauertatbestand“. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt deshalb stets von Neuem *(vgl. BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 28; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 4 der Gründe, BAGE 88, 10)*. 32

3. Die Kündigung ist nach den bisherigen Feststellungen nicht gem. § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Die Klägerin hat eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung zwar bestritten. Das Landesarbeitsgericht hat aber festgestellt, dass der Betriebsrat mit Schreiben vom 4. März 2011 zu der beabsichtigten Kündigung angehört worden ist, und hat dazu auf den Inhalt des Anhörungsschreibens Bezug genommen. Danach hat die Beklagte den Betriebsrat hinreichend über die Gründe für die Kündigung unterrichtet. Inwiefern dessen Anhörung gleichwohl fehlerhaft gewesen sei, hat die Klägerin nicht dargelegt. 33

III. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist aufzuheben, soweit es der Kündigungsschutzklage stattgegeben hat. In diesem Umfang ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich. Ob ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung - mit Auslauffrist - gegeben war, steht noch nicht fest. Das Landesarbeitsgericht hat - wie ausgeführt und aus seiner Sicht folgerichtig - nicht geprüft, ob der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin trotz Um- 34

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

setzung ihrer Organisationsentscheidung möglich und zumutbar war. Dies wird es unter Beachtung der nachstehenden Erwägungen nachzuholen haben.

1. Die Anforderungen an die Bemühungen des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung eines vom Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes betroffenen ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers sind hoch. Es muss sichergestellt sein, dass eine Kündigung unumgänglich ist *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 34)*. Bei der Prüfung, ob eine außerordentliche Kündigung - mit notwendiger Auslauffrist - gegenüber einem tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer berechtigt ist, ist zunächst die tarifliche Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes als solche zu berücksichtigen. Stellt schon die tarifliche Regelung selbst dem Arbeitgeber bestimmte Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung, um sich bei dringenden betrieblichen Gründen aus einem unzumutbar gewordenen vertraglichen Zustand zu lösen, so hat er in erster Linie von diesen Gebrauch zu machen. Erst wenn feststeht, dass auch sie versagen, kann eine außerordentliche Kündigung - mit Auslauffrist - gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer in Betracht kommen *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 35; 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 c der Gründe)*. Aufgrund welcher tarifvertraglichen Vorschriften die Klägerin im Streitfall ordentlich unkündbar war, ist vom Landesarbeitsgericht bisher nicht festgestellt. 35

2. Den hohen materiellrechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines aus betrieblichen Erfordernissen resultierenden wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB entsprechen die prozessualen Anforderungen an den Umfang der Darlegungen des Arbeitgebers *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 41; 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 21)*. Der Arbeitgeber hat von sich aus darzutun, dass keinerlei Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis - ggf. zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung - sinnvoll fortzusetzen. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“. Es ist deshalb vom Arbeitgeber darzulegen *(BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - aaO; 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 d der Gründe)*. 36

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

IV. Die Revision ist unbegründet, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung von Vergütung für die Monate April bis Juni 2011 in Höhe von 331,43 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt hat. 37

1. Der Anspruch der Klägerin folgt aus einem Annahmeverzug der Beklagten gem. § 611 Abs. 1 iVm. § 615 Satz 1, §§ 293 ff. BGB. 38

a) Im fraglichen Zeitraum bestand das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fort. 39

aa) Auch wenn der Betriebsteil „Reinigungsdienste“ auf das beauftragte Reinigungsunternehmen übergegangen sein mag, ist dieses nicht gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit der Klägerin eingetreten. Die Klägerin hatte dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses gem. § 613a Abs. 6 BGB widersprochen. 40

bb) Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand in den Monaten April bis Juni 2011 unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung vom 18. März 2011. Die Kündigung war zwar außerordentlich, aber erst zum 30. September 2011 ausgesprochen worden. 41

b) Die Beklagte befand sich mit der Annahme der Leistung der Klägerin in Verzug *(§ 615 Satz 1 iVm. §§ 293 ff. BGB)*. Sie hatte durch die Freistellung der Klägerin eine Annahme von deren Arbeitsleistung generell abgelehnt. Damit geriet sie, ohne dass es noch eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots der Klägerin bedurft hätte, gem. § 296 Satz 1 BGB in Gläubigerverzug *(vgl. ErfK/Preis 13. Aufl. § 611 BGB Rn. 571)*. 42

c) § 297 BGB steht dem nicht entgegen. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, die Klägerin sei im fraglichen Zeitraum nicht leistungswillig und damit iSv. § 297 BGB zur Leistung außerstande gewesen, hat sie hierfür keine hinreichenden Umstände dargelegt. Die Klägerin hatte zwar mit Wirkung ab April 2011 auf Vermittlung der Beklagten einen befristeten Arbeitsvertrag mit dem beauftragten Unternehmen geschlossen. Die Beklagte hatte sie aber für den Fall der Annahme des Angebots unwiderruflich von der Arbeitsleistung ihr ge- 43

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

genüber freigestellt und mit ihr lediglich die Anrechenbarkeit des Zwischenverdienstes vereinbart. Dies rechtfertigt es nicht, die Klägerin im Verhältnis zur Beklagten als nicht leistungswillig anzusehen.

2. Die Klägerin kann jedenfalls den vom Landesarbeitsgericht titulierten Betrag verlangen. 44

a) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, bei diesem Betrag handele es sich um die Differenz zwischen der der Klägerin gegenüber der Beklagten zustehenden Vergütung für die Zeit von April bis Juni 2011 und den anzurechnenden Zahlungen des beauftragten Unternehmens für den gleichen Zeitraum. Dagegen erhebt die Revision keine Einwände. 45

b) Der der Klägerin vom Landesarbeitsgericht zugesprochene Differenzanspruch steht dieser in voller Höhe auch dann zu, wenn das Arbeitsverhältnis der Parteien am 30. September 2011 geendet haben sollte. Das Landesarbeitsgericht hat seiner - von ihm nicht nachvollziehbar dargestellten - Berechnung den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Parteien über dieses Datum hinaus zugrunde gelegt. Es hat ferner angenommen, dieser Umstand führe dazu, dass sich die Klägerin auf ihre Ansprüche gegen die Beklagte auch das vom Drittunternehmen erst nach dem 30. September 2011 gezahlte Urlaubsgeld 2011 mit seinem vollen Betrag anrechnen lassen müsse. Der Senat hat davon auszugehen, dass das Landesarbeitsgericht diese Erwägungen rechnerisch umgesetzt und bei seiner Tenorierung berücksichtigt hat. Damit hat die Klägerin in jedem Fall mindestens Anspruch auf den vom Landesarbeitsgericht zugesprochenen Betrag. Sollte sich die Kündigung der Beklagten als wirksam erweisen und das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. September 2011 geendet haben, könnte sich das allenfalls zugunsten der Klägerin auswirken. Ansprüche auf Vergütung für die Zeit nach dem 30. September 2011 hat sie nicht erhoben. Das vom Drittunternehmen geleistete Urlaubsgeld wäre deshalb womöglich auf die für die Zeit davor verlangte Vergütung entweder gar nicht oder doch nicht in vollem Umfang anzurechnen. 46

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. 47

Kreft Berger Rachor

Krichel Grimberg

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android

JLaw – für iOS