

# Bundesarbeitsgericht

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 626 Abs. 1, 140 BGB, 1 Abs. 3, 1 Abs. 5, 1 Abs. 4 KSchG, 97 Abs. 1 ZPO

- 1. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzuführen, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen.**
- 2. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“.**
- 3. Die erfolglose Durchführung eines Clearingverfahrens über drei Jahre dazulegen, genügt den Anforderungen an eine Darlegung zum Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeiten nicht.**
- 4. Das Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit folgt nicht schon daraus, ein Arbeitnehmer trotz erfolgter intensiver Betreuung und Unterstützung durch die Beklagte keine neue Beschäftigung gefunden hat.**
- 5. Ein Clearingverfahren, in dessen Rahmen ein Arbeitnehmer an Sprachkursen und anderen Seminaren teilnehmen und währenddessen ihm Stellenausschreibungen übermittelt werden, ist nicht mit einer Sozialauswahl vergleichbar und kann diese daher auch nicht ersetzen.**
- 6. Eine Umdeutung (§ 140 BGB) einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung kommt nicht in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung nach den arbeitsvertraglich in Bezug genommenen manteltarifvertraglichen Regelungen ausgeschlossen ist.**

BAG, Urteil vom 27.06.2019 Az.: 2 AZR 50/19

#### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 29. November 2018 - 11 Sa 418/18 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen mit Auslaufrist.

2

Die Beklagte betreibt ein internationales Luftfahrtunternehmen. Bei ihr ist der mit einem GdB von 50 schwerbehinderte Kläger seit 1988 beschäftigt, zuletzt als Allrounder Finanz-/Rechnungswesen im Bereich Bordverkaufsabrechnung mit Dienstsitz in F. Nach den kraft vertraglicher Bezugnahme anwendbaren

manteltariflichen Regelungen ist das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich unkündbar.

3

Die Abteilung, in der der Kläger beschäftigt war, wurde im Jahr 2014 nach K verlagert. Die Beklagte schloss mit dem örtlichen Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan, wonach die Umsetzung der Maßnahme nach bestimmten Vorgaben eines im Konzern der Beklagten bestehenden Tarifvertrags und verschiedener Konzernbetriebsvereinbarungen erfolgen sollte. Diese sahen für Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze wegfielen, ein „Clearingverfahren“ vor, in dessen Rahmen sie sich auf andere freie Arbeitsplätze im Konzern, die ihnen benannt wurden, bewerben konnten.

4

Für den Kläger wurde ab dem 5. September 2014 ein dreijähriges Clearingverfahren durchgeführt, in dessen Rahmen er ua. an Sprachkursen teilnahm. Außerdem besuchte er ein Seminar „Krisen gestärkt verlassen“. Während des Clearingverfahrens wurden dem Kläger neun Stellenausschreibungen übermittelt und er nahm an sieben Vorstellungsgesprächen teil. Zu einer Stellenbesetzung kam es nicht, weil die jeweiligen Fachbereiche den Kläger ablehnten.

5

Mit Schreiben vom 6. September 2017 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Arbeitsverhältnisses an und unterrichtete ferner die Schwerbehindertenvertretung. Beide Gremien widersprachen der Kündigung. Nach Zustimmung des Integrationsamts kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 20. September 2017 außerordentlich mit Auslaufrist zum 31. März 2018.

6

Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und gemeint, es fehle an einem wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung.

7

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - beantragt,

1.

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 20. September 2017 mit sozialer Auslaufrist zum 31. März 2018 beendet wird;

2.

die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Allrounder Finanz-/Rechnungswesen I mit Dienstsitz F weiterzubeschäftigen.

8

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Der Arbeitsplatz des Klägers sei entfallen. Eine Möglichkeit zur anderweitigen Weiterbeschäftigung bestehe nicht. Trotz des dreijährigen Clearingverfahrens habe keine geeignete Stelle für den Kläger gefunden werden können. Eine Sozialauswahl sei nach Durchführung des Clearingverfahrens aufgrund der bestehenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen entbehrlich gewesen.

9

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

## Entscheidungsgründe:

10

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde durch die Kündigung vom 20. September 2017 nicht aufgelöst. Ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Die Beklagte hat weder das Fehlen von jeglichen Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger dargelegt noch hat sie die entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG notwendige Auswahlentscheidung durchgeführt. Eine Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung scheidet aus. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.

11

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Beklagte habe das Fehlen von Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger nicht dargelegt, weshalb es an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB fehle.

12

1. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist 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 nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der (fiktiven) Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 15).

13

a) 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. Allerdings ist der Arbeitgeber in diesem Fall in besonderem Maß verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzuführen, wird er den Arbeitnehmer in der Regel entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 30, BAGE 152, 47).

14

b) Den hohen materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB entsprechen die prozessualen Anforderungen an den Umfang der Darlegungen des Arbeitgebers. Dieser 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“ (BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 31, BAGE 152, 47).

15

2. Das Vorbringen der Beklagten zum Fehlen von jeglichen Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger genügt diesen Anforderungen nicht. Ihre Darlegungen beschränken sich auf die Durchführung des ergebnislos gebliebenen Clearingverfahrens. Aus diesen wird nicht ersichtlich, dass für den Kläger keine Beschäftigungsmöglichkeit bestanden hat. Das Clearingverfahren hat ausschließlich freie und zu besetzende Arbeitsplätze zum Gegenstand. Die Beklagte musste aber darlegen, dass auch eine Umorganisation und das „Freimachen“ geeigneter gleichwertiger Arbeitsplätze nicht in Betracht kamen (BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - zu B V 2 der Gründe) oder keine Möglichkeit bestanden hat, das Arbeitsverhältnis - ggf. zu geänderten Bedingungen - sinnvoll fortzusetzen (BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 31, BAGE 152, 47). An einem darauf bezogenen Vortrag fehlt es jedoch.

16

3. Es ist - anders als die Revision offenbar meint - nicht ausreichend, dass der kündigende Arbeitgeber die Möglichkeit einer Änderung der arbeitsvertraglichen Bedingungen nicht ausschließt. Das Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit folgt nicht schon daraus, dass der Kläger trotz erfolgter intensiver Betreuung und Unterstützung durch die Beklagte keine neue Beschäftigung gefunden hat. Der in das Clearingverfahren einbezogene Kläger hatte lediglich die Position eines Stellenbewerbers, der sich bei den jeweiligen Fachbereichen bewerben konnte und anschließend von diesen ein Einstellungsangebot oder eine Ablehnung erhält. Die Beklagte hat ihren Vortrag auf den Hinweis beschränkt, die betreffenden Fachbereiche hätten den Kläger als ungeeignet angesehen. Dies allein ist - unabhängig von der Verpflichtung der Beklagten zu einer Umorganisation (Rn. 15) - zur Darlegung einer fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit nicht ausreichend. Die Beklagte musste jedenfalls bei den in ihrem Unternehmen zu besetzenden Stellen die Eignung des Klägers selbst prüfen und durfte sich nicht allein auf die von ihren Fachbereichen erklärte Ablehnung berufen. Angesichts dessen kann offenbleiben, ob wegen der für die Beklagte bestehenden kollektivrechtlichen unternehmensübergreifenden Verpflichtung zur Unterbringung des Klägers auch die in Konzernunternehmen zu besetzenden Arbeitsplätze der Annahme eines wichtigen Grundes zur Kündigung entgegenstehen (vgl. dazu BAG 10. Mai 2007 - 2 AZR 626/05 - BAGE 122, 264).

17

II. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, es mangle auch deshalb an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, weil die Beklagte es unterlassen hat, eine entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG erforderliche Sozialauswahl vorzunehmen und sie ferner nicht dargelegt hat, dass das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis selbst bei fehlerfreier Sozialauswahl zur Kündigung angestanden hätte.

18

1. Bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber zumindest die Schranken beachten, die den Arbeitnehmer im Fall einer ordentlichen Kündigung schützen. In einer Konkurrenzsituation ist der Arbeitgeber deshalb zu einer Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG verpflichtet (BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 295/12 - Rn. 30, BAGE 145, 296).

19

a) Die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG stellt bei einer ordentlichen Kündigung zwingendes Recht dar. Sie kann weder durch einzelvertragliche noch durch kollektivrechtliche Vereinbarungen abbedungen werden (BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 271/12 - Rn. 15). Dies gilt im Ergebnis auch für außerordentliche Kündigungen aus betrieblichen Gründen. Zwar ist hier § 1 Abs. 3 KSchG nicht unmittelbar anwendbar.

Da der Arbeitgeber bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung aber zumindest die Schranken beachten muss, die den Arbeitnehmer im Fall einer ordentlichen Kündigung schützen und er zu einer Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG verpflichtet ist (BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 295/12 - Rn. 30, BAGE 145, 296), folgt deren Unabdingbarkeit aus dem zwingenden Erfordernis eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung. Hält die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers einer § 1 Abs. 3 KSchG entsprechenden Sozialauswahl nicht stand, fehlt es an einem wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen.

20

b) Das Regelungsziel der Sozialauswahl iSv. § 1 Abs. 3 KSchG besteht darin, zu einer gerechten Verteilung der verbliebenen Arbeitsplätze unter den Arbeitnehmern beizutragen (BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - Rn. 53, BAGE 123, 1). Es soll grundsätzlich dem Arbeitnehmer gekündigt werden, der auf das Arbeitsverhältnis am wenigsten angewiesen ist (BAG 27. April 2017 - 2 AZR 67/16 - Rn. 15, BAGE 159, 82).

21

2. Die Durchführung des Clearingverfahrens nach Maßgabe der zugrunde liegenden kollektivrechtlichen Regelungen führt nicht zur Entbehrlichkeit einer Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG vor dem Kündigungsausspruch.

22

a) Im Streitfall hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts weder bei der Verlagerung der Arbeitsplätze nach K und dem dadurch eingetretenen Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger noch in der Folgezeit eine Auswahl zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern stattgefunden. Es wurden schlichtweg die Arbeitnehmer dem Clearingverfahren unterworfen, deren konkreter Arbeitsplatz wegfällt.

23

aa) Soweit die Revision meint, der Kreis der in das Clearingverfahren zu überführenden Mitarbeiter sei aufgrund einer Entscheidung der Betriebsparteien bestimmt worden, kann darin schon deshalb kein Interessenausgleich mit Namensliste iSv. § 1 Abs. 5 KSchG gesehen werden, weil die dortige Festlegung ohne namentliche Nennung von Arbeitnehmern erfolgt ist, sondern lediglich mit abstrakt-generellen Bezeichnungen. Hierauf kommt es vorliegend im Übrigen nicht weiter an, da § 1 Abs. 5 KSchG auf außerordentliche Kündigungen ohnehin keine Anwendung findet (BAG 28. Mai 2009 - 2 AZR 844/07 - Rn. 15, BAGE 131, 78).

24

bb) Die Regelungen des Interessenausgleichs und Sozialplans, nach denen die Inhaber der von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitsplätze in das Clearingverfahren überführt werden, stellen auch keine Auswahlrichtlinie iSv. § 1 Abs. 4 KSchG dar. Eine solche räumt den Betriebsparteien zwar Spielräume ein, fordert von ihnen aber zugleich die wertende Berücksichtigung der in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten Kriterien (vgl. BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 295/12 - Rn. 50, BAGE 145, 296) und eine darauf bezogene Auswahlentscheidung des Arbeitgebers gemäß bzw. - wie vorliegend - entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG. Von den dort normierten Anforderungen an die Vergleichbarkeit dürfen sie nicht abweichen (BAG 12. August 2010 - 2 AZR 945/08 - Rn. 43).

25

b) Das Clearingverfahren ist nicht mit einer Sozialauswahl vergleichbar und kann diese daher auch nicht ersetzen. Denn es befasst sich allein mit den bei einer Betriebsänderung in Betracht kommenden alternativen

Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten. Deren Fehlen ist aber Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine Sozialauswahl durchzuführen ist. Dies gilt erst recht für eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen.

26

3. Die unterlassene bzw. methodisch fehlerhafte Durchführung der Sozialauswahl führt entsprechend § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zur Unwirksamkeit der Kündigung.

27

a) Ist eine Sozialauswahl überhaupt nicht oder methodisch fehlerhaft durchgeführt worden, ist die Kündigung nicht aus diesem Grund unwirksam, wenn mit der tatsächlich getroffenen Auswahl des Gekündigten eine - sei es auch zufällig - objektiv vertretbare Auswahl getroffen wurde. Die Darlegungslast dafür, dass und aus welchen Gründen soziale Gesichtspunkte gegenüber dem klagenden Arbeitnehmer deshalb ausreichend berücksichtigt wurden, weil ihm selbst dann, wenn ein seitens des Arbeitnehmers gerügter Auswahlfehler unterblieben wäre, gekündigt worden wäre, trägt der Arbeitgeber (BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 476/16 - Rn. 41).

28

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe der ihr danach obliegenden Darlegungslast nicht genügt, lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision hat in diesem Zusammenhang keine Rügen erhoben.

29

c) Es kann dahinstehen, ob es - wie die Revision meint - einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz darstellen würde, wenn auch solche vergleichbaren Arbeitnehmer des Beschäftigungsbetriebs in eine Sozialauswahl einbezogen würden, die an dem Clearingverfahren nicht teilnehmen konnten. Selbst wenn dies der Fall wäre, dürfte dies nicht zulasten desjenigen Arbeitnehmers gehen, dem andernfalls ohne Durchführung einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl gekündigt werden könnte. Sonst würde der zum Nachteil eines anderen bestehende Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dem Gekündigten den nicht dispositiven Schutz der Sozialauswahl entziehen. Die Betriebs- oder Tarifvertragsparteien könnten durch Vereinbarung eines Clearingverfahrens die Sozialauswahl faktisch umgehen. Eine solche Regelungsmacht steht ihnen nicht zu.

30

III. Eine Umdeutung (§ 140 BGB) der von der Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung (vgl. hierzu BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11 - Rn. 21, BAGE 143, 244) kommt vorliegend nicht in Betracht. Nach den arbeitsvertraglich in Bezug genommenen manteltarifvertraglichen Regelungen ist dem Kläger gegenüber eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen.

31

IV. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist auf eine Beschäftigung für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits gerichtet. Dieser ist mit der Entscheidung des Senats rechtskräftig abgeschlossen.

32

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.