

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 299/12
6 Sa 1001/11
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. April 2013

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und

Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Eulen für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 3. Februar 2012 - 6 Sa 1001/11 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. 1

Der Beklagte ist seit dem 1. April 2011 Insolvenzverwalter über das Vermögen der S Waisenhausstiftung (*Schuldnerin*). Diese führte ein Waisenhaus. Dort wurden Kinder in einer Wohngruppe 24 Stunden am Tag und schulpflichtige Kinder in einer Tagesgruppe am Nachmittag betreut. Auf der Grundlage des Kirchengesetzes über Mitarbeitervertretungen der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 6. November 1992 idF der Bekanntmachung vom 1. Januar 2004, zuletzt geändert durch Kirchengesetz vom 29. Oktober 2009 (*Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD - MVG.EKD*) war eine Mitarbeitervertretung gewählt. 2

Die Klägerin war bei der Schuldnerin seit Oktober 2006 als Diplom-Sozialpädagogin mit einer Wochenarbeitszeit von 19,25 Stunden für ein monatliches Bruttoentgelt von zuletzt 1.624,97 Euro beschäftigt. Vertraglich war die Geltung des Kirchlichen Arbeitsvertragsrechts für Angestellte - Bundesangestelltentarifvertrag vom 23. Februar 1961 - in der jeweils im Bereich des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche im Rheinland geltenden Fassung (*BAT-KF*) vereinbart. 3

Die Schuldnerin beschäftigte zuletzt vier Vollzeitkräfte, drei Teilzeitkräfte mit mehr als 20 und bis zu 30 Stunden wöchentlich sowie - einschließlich der Klägerin - sechs Teilzeitkräfte mit nicht mehr als 20 Wochenstunden. Außerdem war eine Betriebspraktikantin beschäftigt. 4

Am 21. September 2010 beschloss das Stiftungskuratorium der Schuldnerin, den pädagogischen Betrieb mit Wirkung zum 31. Dezember 2010 einzustellen. Hierüber informierte es die Mitarbeitervertretung am 22. September 2010. Der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung nannte den Kuratoriumsmitgliedern und dem - späteren - Prozessbevollmächtigten des Beklagten ein für die Mitarbeitervertretung eingerichtetes E-Mail-Postfach. Dieser übersandte der Mitarbeitervertretung im Auftrag der Schuldnerin acht Anträge auf Zustimmung zu beabsichtigten Kündigungen in Form von Word-Dateien, darunter eine Anhörung betreffend das Arbeitsverhältnis der Klägerin. Bei den Word-Dateien war die Funktion „automatische Datierung“ aktiviert. Die E-Mail nebst Anhängen ging am 24. September 2010 im Postfach der Mitarbeitervertretung ein. Am 27. September 2010 bat der Prozessbevollmächtigte die Mitarbeitervertretung um eine Bestätigung des Erhalts der E-Mail. Darauf erhielt er keine Antwort. Am 29. September 2010 las der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung die E-Mail nebst Anhängen und druckte sie aus. Die Schreiben erhielten mit dem Ausdruck automatisch das Ausstellungsdatum „29.09.2010“. 5

Am 30. September 2010 fragten Vertreter der Schuldnerin bei der Mitarbeitervertretung nach, ob diese die Zustimmungsanträge erhalten habe. Der Vorsitzende bestätigte ihren Eingang am 29. September 2010. Vertreter des Kuratoriums sowie Vorsitzender und Stellvertreter der Mitarbeitervertretung stimmten überein, dass für diese die Frist zur Stellungnahme bis zum 13. Oktober 2010 laufe. 6

Die Mitarbeitervertretung widersprach den beabsichtigten Kündigungen mit einem der Schuldnerin am 12. Oktober 2010 per Telefax übersandten Schreiben. Darin hieß es ua.: 7

„Grundsätzlich gilt anzumerken, dass Sie weder einen Kündigungstermin nennen, noch einen Hinweis geben, in welcher Form Sie mit den Kündigungsfristen verfahren, die, mit Ausnahme von ... [der Klägerin], alle über den beabsichtigten Termin der Schließung des pädagogischen und verwaltungstechnischen Bereichs der Kinder- und Jugendhilfe herausragen. ... Ebenso fehlt der Hinweis auf die nach § 8 RSO zu zahlenden Abfindungen.

...

Aus diesem Grund lehnt die MAV Ihre Kündigungsbegehren zu Lasten der Mitarbeiterinnen ... und ... [der Klägerin] (wegen fehlender Abfindungsbereitschaft) ab.

...“

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 kündigte die Schuldnerin das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 31. Dezember 2010. Zudem kündigte sie die Arbeitsverhältnisse mit den anderen pädagogischen Mitarbeitern sowie die Mietverträge über die genutzten Gebäude zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Die Wohn- und die Tagesgruppe wurden zum Ende des Jahres 2010 aufgelöst. Mitarbeiter mit längeren Kündigungsfristen wurden ab Januar 2011 freigestellt.

8

Die Klägerin hat sich mit der vorliegenden Klage rechtzeitig gegen die Kündigung vom 25. Oktober 2010 gewandt. Sie hat gemeint, die Kündigung sei zumindest wegen fehlerhafter Sozialauswahl sozial nicht gerechtfertigt. Das Kündigungsschutzgesetz finde Anwendung, weil die Betriebspraktikantin als Arbeitnehmerin anzusehen sei. Außerdem sei die Kündigung mangels Zustimmung der Mitarbeitervertretung unwirksam. Diese habe die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung rechtzeitig und wirksam verweigert. Dafür habe der Hinweis auf das Fehlen einer Abfindung genügt.

9

Die Klägerin hat beantragt

10

festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die schriftliche Kündigung der Schuldnerin vom 25. Oktober 2010 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Die Betriebspraktikantin sei keine Arbeitnehmerin. Sie sei jedenfalls nicht in einem solchen Umfang tätig gewesen, dass sie als volle Kraft zu berücksichtigen gewesen wäre. Im Übrigen sei die Kündigung wegen der Auflösung der Betreuungsgruppen und des Fehlens anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten sozial gerechtfertigt. Die Zustimmung der Mitarbeitervertretung gelte als erteilt, da die Frist zur Stellungnahme spätestens am 27. September 2010 zu laufen begonnen habe. Die Zustimmungsverweigerung sei darüber hinaus nicht ausreichend begründet gewesen, so dass die Zustimmung kirchengesetzlich als erteilt gelte. 11

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin, die arbeitsgerichtliche Entscheidung wiederherzustellen. 12

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Kündigung vom 25. Oktober 2010 ist wirksam. 13

I. Die Klage ist insgesamt zulässig. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antragszusatz „ ..., sondern fortbesteht“ zu Recht keine eigenständige Bedeutung beigemessen. Die Klägerin hat ausweislich der Klagebegründung neben dem Antrag nach § 4 KSchG nicht noch einen allgemeinen Feststellungsantrag stellen wollen. 14

II. Die Klage ist unbegründet. Die angegriffene Kündigung hat das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aufgelöst. 15

1. Es bedarf keiner Entscheidung, ob das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fand. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Kündigung vom 25. Oktober 2010 sei - die Geltung des 16

Kündigungsschutzgesetzes zugunsten der Klägerin unterstellt - aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Mit der Auflösung der Betreuungsgruppen zum 31. Dezember 2010 war der Arbeitsplatz der Klägerin entfallen. Andere Beschäftigungsmöglichkeiten gab es nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht. Dagegen hat die Klägerin keine Verfahrensrüge erhoben. Eine Sozialauswahl war nicht erforderlich. Es wurden die Arbeitsverhältnisse aller vergleichbaren Arbeitnehmer gekündigt.

2. Die Kündigung ist nicht mangels ordnungsgemäßer Beteiligung der Mitarbeitervertretung gem. § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG.EKD unwirksam. Dabei kann erneut zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass das MVG.EKD auf die Waisenhausstiftung der Schuldnerin Anwendung fand. Diese hat das Zustimmungsverfahren ordnungsgemäß nach § 38 Abs. 2 Satz 1 MVG.EKD eingeleitet. Die Zustimmung der Mitarbeitervertretung galt bei Zugang der Kündigung gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG.EKD als erteilt. Ob die Verweigerung der Zustimmung mit Schreiben vom 12. Oktober 2010 die Zwei-Wochen-Frist des § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG.EKD wahrte und ob sich der Beklagte auf ein mögliches Fristversäumnis berufen dürfte, kann dahinstehen. Die Zustimmungsverweigerung war jedenfalls deshalb unbeachtlich, weil die Begründung auf keinen der in § 41 Abs. 2 MVG.EKD vorgesehenen Zustimmungsverweigerungsgründe Bezug nahm. 17

a) Die Schuldnerin hat die Mitarbeitervertretung mit E-Mail vom 24. September 2010 ordnungsgemäß nach § 38 Abs. 2 Satz 1 MVG.EKD von der beabsichtigten Kündigung unterrichtet und um Zustimmung gebeten. Die Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens nach § 38 Abs. 2 Satz 1 MVG.EKD verlangt keine bestimmte Form (*KGH.EKD 7. April 2008 - I-0124/N80-07 - zu II 3 der Gründe; Fey/Rehren MVG.EKD Stand Januar 2013 § 38 Rn. 9*). 18

b) Die nach § 38 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 41 Abs. 3, § 42 Buchst. b) MVG.EKD vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung erforderliche Zustimmung der Mitarbeitervertretung galt gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG.EKD als erteilt. 19

aa) Nach § 42 Buchst. b) MVG.EKD unterliegt eine ordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit der eingeschränkten Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung. Sie ist gem. § 38 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 41 Abs. 3 MVG.EKD unwirksam, wenn die Mitarbeitervertretung nicht beteiligt worden ist. Diese darf die Zustimmung nach § 41 Abs. 2 MVG.EKD nur verweigern, wenn die Kündigung gegen eine Rechtsvorschrift, eine arbeitsrechtliche Regelung, eine andere bindende Bestimmung oder eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung verstößt. Eine Verweigerung der Zustimmung ist nach § 38 Abs. 3 Satz 5 MVG.EKD schriftlich zu begründen. Die Kündigung gilt gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 iVm. § 41 Abs. 3 MVG.EKD als gebilligt, wenn die Mitarbeitervertretung nicht innerhalb von zwei Wochen die Zustimmung schriftlich verweigert oder eine mündliche Erörterung beantragt. Kommt keine Einigung zustande, kann die Dienststellenleitung gem. § 38 Abs. 4 MVG.EKD innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der schriftlichen Weigerung das Kirchengericht anrufen. Dieses hat nach § 60 Abs. 5 Satz 1 MVG.EKD festzustellen, ob ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 41 MVG.EKD vorliegt. Stellt es fest, dass kein solcher Grund vorliegt, gilt die Zustimmung der Mitarbeitervertretung als ersetzt.

bb) Die Auslegung von § 38 Abs. 3 Satz 1, Satz 5 MVG.EKD ergibt, dass eine auf keinen der Gründe des § 41 Abs. 2 MVG.EKD Bezug nehmende Zustimmungsverweigerung unbeachtlich ist und die Zustimmung mit Ablauf von zwei Wochen nach Unterrichtung der Mitarbeitervertretung als erteilt gilt (*ebenso KGH.EKD 7. April 2008 - I-0124/N80-07 - zu II 3 der Gründe; Andelewski in Berliner Kommentar zum MVG.EKD 2007 § 38 Rn. 53; KR/Friedrich 10. Aufl. Kirchl. ArbN Rn. 23*). Das bedeutet nicht, dass die Mitarbeitervertretung zumindest einen der vorgesehenen Verweigerungsgründe schlüssig darlegen müsste. Es reicht aus, dass sich die Begründung auf einen der gesetzlichen Gründe beziehen lässt. Sie darf aber nicht ersichtlich außerhalb des gesetzlichen Katalogs liegen. Tut sie dies, gilt die Zustimmung als erteilt. Dazu bedarf es in diesem Fall nicht mehr der Anrufung des Kirchengerichts (*ebenso Andelewski aaO; KR/Friedrich aaO; aA: Fey/Rehren MVG.EKD Stand Januar 2013 § 41 Rn. 3*). Auch sie könnte gem. § 60 Abs. 5 Satz 2 MVG.EKD letztlich nur dazu führen, dass die Zustimmung der Mitarbeitervertretung als ersetzt gilt.

- (1) Der Wortsinn von § 38 Abs. 3 Satz 1, Satz 5 MVG.EKD ist nicht eindeutig. Von ihm wäre auch ein Verständnis umfasst, nach welchem lediglich eine „irgendwie“ begründete schriftliche Erklärung der Zustimmungsverweigerung erforderlich ist, um den Eintritt der Zustimmungsfiktion zu verhindern. 22
- (2) Schon aus dem Regelungszusammenhang ergibt sich jedoch, dass die Mitarbeitervertretung eine Kündigung nicht durch jedwede Begründung verhindern oder verzögern können soll. In § 41 Abs. 2 MVG.EKD sind die möglichen Zustimmungsverweigerungsgründe abschließend aufgezählt. Darin unterscheidet sich die eingeschränkte Mitbestimmung nach §§ 41 ff. MVG.EKD von der vollen Mitbestimmung gem. §§ 39, 40 MVG.EKD, die keine Beschränkung der Zustimmungsverweigerungsgründe kennt. Dem hat der Inhalt der Begründung einer Zustimmungsverweigerung in den Fällen eingeschränkter Mitbestimmung Rechnung zu tragen. Die dem Arbeitgeber mitgeteilten Gründe müssen innerhalb des Rahmens möglicher Verweigerungsgründe liegen. Anderenfalls gäbe das im Verweigerungsfall vorgesehene kirchengerichtliche Ersetzungsverfahren gem. § 60 Abs. 5 MVG.EKD keinen Sinn. Wäre es durchzuführen, obwohl die Begründung für die Ablehnung der Zustimmung offensichtlich auf keinen der kirchengesetzlich vorgesehenen Zustimmungsverweigerungsgründe Bezug nimmt, stünde sein Ergebnis von vornherein fest. Da die Mitarbeitervertretung andere als die innerhalb der Äußerungsfrist geltend gemachten Ablehnungsgründe im kirchengerichtlichen Verfahren nicht vorbringen kann (*KGH.EKD 7. April 2008 - I-0124/N80-07 - zu II 3 der Gründe; Andelewski in Berliner Kommentar zum MVG.EKD 2007 § 38 Rn. 63; Fey/Rehren MVG.EKD Stand Januar 2013 § 38 Rn. 53*) und die mitgeteilten Gründe die Ablehnung gerade nicht tragen, hätte das Kirchengericht notwendigerweise festzustellen, dass ein Grund für die Verweigerung der Zustimmung nach § 41 MVG.EKD nicht vorliegt. Mit dieser Feststellung wiederum gälte die Zustimmung der Mitarbeitervertretung gem. § 60 Abs. 5 Satz 2 MVG.EKD als ersetzt. 23
- (3) Ein solches Verständnis von § 38 Abs. 3 Satz 5 MVG.EKD entspricht überdies dem der parallelen Bestimmung im Rahmen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG. 24

Auch eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, deren Begründung auf keinen der Verweigerungsgründe in Absatz 2 der Bestimmung Bezug nimmt, ist unbeachtlich mit der Folge, dass die Zustimmung des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt gilt (*BAG 6. August 2002 - 1 ABR 49/01 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 102, 135; 18. Oktober 1988 - 1 ABR 33/87 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 60, 57; Fitting BetrVG 26. Aufl. § 99 Rn. 262; ErfK/Kania 13. Aufl. § 99 BetrVG Rn. 39; vgl. zum Personalvertretungsrecht BAG 22. Mai 1985 - 4 AZR 427/83 - BAGE 48, 351; BVerwG 10. August 1987 - 6 P 22.84 - zu 2 der Gründe, BVerwGE 78, 65*).

(4) Dem steht nicht entgegen, dass damit zunächst dem Arbeitgeber die Beantwortung der Frage überlassen wird, ob die Zustimmungsverweigerung diesen Anforderungen genügt. Er wird das in Zweifelsfällen eher verneinen, die Zustimmungsverweigerung - ggf. zu Unrecht - für unbeachtlich halten und die beabsichtigte Maßnahme durchführen. Der damit verbundenen Gefahr einer Vertauschung der vom Gesetzgeber gewollten Parteirollen ließe sich aber nur begegnen, wenn der Arbeitgeber bei jeder frist- und formgerechten Zustimmungsverweigerung, die äußerlich überhaupt eine Begründung enthielte, verpflichtet wäre, das Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen. Eine solche Regelung würde den Arbeitgeber auch bei „abwegigen“ Begründungen in ein gerichtliches Verfahren zwingen (*BAG 26. Januar 1988 - 1 AZR 531/86 - BAGE 57, 242*). Dies wiederum widerspräche der Intention des (Kirchen-)Gesetzgebers, die mit der Beschränkung der Gründe für die Verweigerung der Zustimmung zu bestimmten personellen Einzelmaßnahmen auf einen exklusiven Katalog gerade verbunden ist. Der Betriebsrat und die Mitarbeitervertretung, die einer personellen Einzelmaßnahme ihre Zustimmung verweigern, müssen daher mit der Begründung für die Verweigerung erkennen lassen, dass sie von ihrer Befugnis, aus eben diesen Gründen die Maßnahme abzulehnen, Gebrauch machen (*vgl. BAG 26. Januar 1988 - 1 AZR 531/86 - aaO*).

25

cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht zu 26
Recht entschieden, die Zustimmung der Mitarbeitervertretung habe im Streitfall
gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG.EKD als erteilt gegolten. Die Mitarbeitervertre-
tung hat innerhalb von zwei Wochen nach Unterrichtung über die beabsichtigte
Kündigung weder die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung des Arbeits-
verhältnisses mit der Klägerin in beachtlicher Weise verweigert noch deren
mündliche Erörterung verlangt. Die Frist begann spätestens am 29. September
2010. An diesem Tage hat der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung die E-Mail
der Schuldnerin vom 24. September 2010 tatsächlich zur Kenntnis genommen.
Die Kündigung ist der Klägerin nicht vor dem 25. Oktober 2010 und damit in
jedem Fall nach Ablauf von zwei Wochen zugegangen.

(1) Die schriftliche Zustimmungsverweigerung vom 12. Oktober 2010 ist 27
unbeachtlich. Unabhängig von der Frage ihrer Rechtzeitigkeit nimmt ihre Be-
gründung offensichtlich auf keinen der Verweigerungsgründe nach § 41 Abs. 2
MVG.EKD Bezug. Das Landesarbeitsgericht hat das Schreiben dahin verstan-
den, dass die Mitarbeitervertretung die Zustimmung zur beabsichtigten Kündi-
gung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin allein deshalb verweigere, weil
die Schuldnerin nicht bereit sei, eine Abfindung zu zahlen. Dieses Verständnis
hält sich im Rahmen des Auslegungsspielraums des Landesarbeitsgerichts. Es
wird im Übrigen von der Klägerin selbst geteilt. Die in dem Schreiben mitgeteilte
Begründung der Mitarbeitervertretung lässt sich keinem der Zustimmungsver-
weigerungsgründe des § 41 Abs. 2 MVG.EKD auch nur im Ansatz zuordnen.
Die Mitarbeitervertretung hat sich nicht darauf berufen, die Kündigung verstoße
gegen eine Rechtsvorschrift, eine arbeitsrechtliche Regelung oder eine andere
bindende Bestimmung, sie hat lediglich bemängelt, der Schuldnerin fehle die
Bereitschaft zur Zahlung einer Abfindung. Der in dem Schreiben erwähnte § 8
der Rationalisierungssicherungsordnung (*RSO*) verbietet keine Kündigung. Der
dort vorgesehene Anspruch auf eine Abfindung setzt vielmehr voraus, dass das
Arbeitsverhältnis beendet ist.

(2) Der Eintritt der Zustimmungsfiktion ist nicht gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 MVG.EKD ausgeschlossen. Die Mitarbeitervertretung hat eine Erörterung nach § 38 Abs. 2 Satz 2 MVG.EKD vor Fristablauf nicht verlangt. 28

III. Die Kosten des erfolglosen Revisionsverfahrens hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Klägerin zu tragen. 29

Kreft

Rinck

Rachor

Eulen

Bartz