

# BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 343/11

5 Sa 105/10

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

21. Juni 2012

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 2. November 2010 - 5 Sa 105/10 - teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Rostock vom 8. Februar 2010 - 5 Ca 966/09 - wird insgesamt zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch eine - nach Umdeutung durch das Landesarbeitsgericht - ordentliche Kündigung der Beklagten. 1

Der Kläger war bei der Beklagten seit August 1995 als Lagerarbeiter und Staplerfahrer beschäftigt. Er war Mitglied des bei der Beklagten bestehenden Betriebsrats. Nach dessen Zustimmung kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 28. April 2009 fristlos, da er seine Arbeit unter Alkoholeinfluss aufgenommen habe. Mit Schreiben vom 30. April 2009 kündigte sie - ebenfalls mit Zustimmung des Betriebsrats - erneut fristlos wegen eines entsprechenden Verdachts. 2

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig Klage erhoben. Er hat beantragt 3

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen der Beklagten vom 28. und 30. April 2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als „Lagerarbeiter“ weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung vom 28. April 2009 für wirksam gehalten. Der Kläger sei wiederholt unter Alkoholeinfluss zur Arbeit erschienen. Jedenfalls die Kündigung vom 30. April 2009 sei wegen eines entsprechenden Verdachts gerechtfertigt. 4

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentlichen Kündigungen vom 28. und 30. April 2009 nicht beendet worden ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 5

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es Gegenstand der Revision ist, und zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die - unwirksame - außerordentliche Kündigung vom 30. April 2009 könne in eine ordentliche Kündigung zum 30. September 2009 umgedeutet werden. 6

I. Gegenstand der Revision ist das Berufungsurteil insoweit, wie es auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen hat. Dies betrifft den Kündigungsschutzantrag, soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei durch eine ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30. April 2009 mit Ablauf des 30. September 2009 beendet worden und es die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung vom 28. April 2009 hat dahinstehen lassen, sowie den Weiterbeschäftigungsantrag. Im Übrigen, soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, das Arbeitsverhältnis sei nicht durch die außerordentlichen fristlosen Kündigungen der Beklagten vom 28. und 30. April 2009 beendet worden, ist die Entscheidung rechtskräftig. 7

- II. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat nicht mit dem 30. September 2009 geendet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist eine Umdeutung der außerordentlichen fristlosen (Verdachts-)Kündigung vom 30. April 2009 gem. § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung nicht möglich. Gegenüber dem Kläger als Betriebsratsmitglied ist gem. § 15 KSchG sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung mit einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist aus Gründen in seinem Verhalten ausgeschlossen. 8
1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, für die außerordentlichen Kündigungen vom 28. und 30. April 2009 habe ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB nicht vorgelegen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei jedoch durch ordentliche Kündigung vom 30. April 2009 mit Ablauf der Kündigungsfrist zu Ende September 2009 beendet worden. Die außerordentliche (Verdachts-) Kündigung vom 30. April 2009 sei gem. § 140 BGB in eine aus verhaltensbedingten Gründen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigte ordentliche Kündigung umzudeuten. Dem stehe § 15 Abs. 1 KSchG nicht entgegen. 9
2. Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 10
- a) Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats nur zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Voraussetzung ist damit das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Dem Arbeitgeber muss die Weiterbeschäftigung auch nur bis zum Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar sein (*BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 587/08 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 67 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 67; 17. Januar 2008 - 2 AZR 821/06 - Rn. 18, BAGE 125, 267*). 11

b) Eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist ist gem. § 15 KSchG gegenüber dem geschützten Personenkreis unzulässig (*BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR 821/06 - Rn. 27 ff., BAGE 125, 267*). Kommt eine Vertragspflichtverletzung in Betracht, ist für die Beurteilung, ob Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber iSv. § 15 Abs. 1 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund zur Kündigung berechtigen, auf die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist abzustellen. Ist eine Beschäftigung bis dahin zumutbar, ist die Kündigung unwirksam. Eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist ist gegenüber dem durch § 15 KSchG geschützten Personenkreis ausgeschlossen (*BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 587/08 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 67 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 67; 17. Januar 2008 - 2 AZR 821/06 - Rn. 25 ff., BAGE 125, 267*). Ebenso ist eine vom Landesarbeitsgericht nach Umdeutung für möglich gehaltene ordentliche Kündigung gegenüber dem nach § 15 KSchG geschützten Personenkreis unzulässig.

12

aa) Die Zulassung einer auf Gründe im Verhalten gestützten außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist und erst recht die Zulassung einer ordentlichen Kündigung gegenüber dem nach § 15 KSchG geschützten Personenkreis kommt nicht in Betracht. Sie würde die kündigungsrechtlichen Grenzen zwischen den kündbaren und den geschützten Arbeitnehmern verwischen. Sie führte in Fällen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zwar bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist, nicht aber bis zum Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes zumutbar ist, zur Zulässigkeit einer Kündigung, die im Ergebnis der - ausgeschlossenen - ordentlichen Kündigung gleichkäme. Sie stellte damit für diese Fallgruppe das unkündbare Mitglied des Betriebsrats mit dem kündbaren Arbeitnehmer gleich. Sinn des Gesetzes ist es dagegen, das Betriebsratsmitglied mit Rücksicht auf seine besondere Stellung - abgesehen von den Fällen des § 15 Abs. 4, Abs. 5 KSchG - von der Bedrohung durch eine ordentliche Kündigung auszunehmen. Bei Zulassung einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist oder ordentlichen Kündigung würde sich deshalb gerade die Gefahr realisieren, der der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 15 KSchG begegnen wollte (*BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR*

13

821/06 - Rn. 28, BAGE 125, 267; vgl. auch Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit S. 45; im Ergebnis ebenso KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 133; APS/Linck 4. Aufl. § 15 KSchG Rn. 129a; Eyler/Sänger RdA 2010, 24, 28; aA: KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 22, 23; HWK/Quecke 2. Aufl. § 15 KSchG Rn. 43). Die durch § 15 KSchG bezweckte Sicherung der Unabhängigkeit der Mandatsträger und der Kontinuität der Betriebsratsarbeit erfordert bei verhaltensbedingten Kündigungen den vollen Schutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG (vgl. APS/Linck aaO). § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG verlangt das Vorliegen von Gründen, die zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Dies schließt es aus, bei der Zumutbarkeitsprüfung einen anderen Maßstab anzulegen und statt auf die Dauer der Kündigungsfrist auf die voraussichtlich verbleibende Amtszeit des Betriebsratsmitglieds (nebst Nachwirkungszeitraum) abzustellen (so aber KR/Etzel aaO; HWK/Quecke aaO).

bb) Soweit der Senat die Zulässigkeit einer Änderungskündigung mit Auslaufzeit aus betrieblichen Gründen auch gegenüber Betriebsratsmitgliedern bejaht hat (vgl. BAG 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185), ist diese Konstellation mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Das Gesetz zeigt in § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG, dass der Sonderkündigungsschutz im Falle betriebsbedingter Umstände von vornherein eingeschränkt ist. Das beruht darauf, dass das Betriebsratsmitglied von solchen Umständen nicht allein und nur als solches betroffen ist. Dagegen realisiert sich bei verhaltensbedingten Kündigungen nicht das - letztlich alle Betriebsangehörigen gleich treffende - Betriebsrisiko, sondern es verwirklichen sich auf die einzelne Person bezogene Gefährdungen des Vertragsverhältnisses (BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR 821/06 - Rn. 29, BAGE 125, 267).

cc) Der vom Landesarbeitsgericht angestellte Vergleich mit Arbeitnehmern, die aus anderen Gründen ordentlich unkündbar sind, rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

- (1) Zwar hat es der Senat für möglich gehalten, das Arbeitsverhältnis eines aufgrund tariflicher Regelung ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers auch aus Gründen in seinem Verhalten außerordentlich - mit einer der fiktiven Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist - zu kündigen, obwohl ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB nicht bejaht werden könnte, wäre die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen (vgl. BAG 15. November 2001 - 2 AZR 605/00 - zu II 5 der Gründe, BAGE 99, 331; 13. April 2000 - 2 AZR 259/99 - zu II 3 d cc der Gründe, BAGE 94, 228; 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - zu B II 3 b der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 150 = EzA BGB § 626 nF Nr. 177). Unabhängig davon, ob hieran festzuhalten ist, können die dem zugrunde liegenden Erwägungen auf den nach § 15 KSchG geschützten Personenkreis nicht übertragen werden. 16
- (2) Gegen die erwähnte Rechtsprechung bestehen Bedenken. 17
- (a) Eine außerordentliche Kündigung gegenüber tariflich nicht ordentlich kündbaren Personen ist zunächst beim Vorliegen betrieblicher Gründe für zulässig erachtet worden, obwohl es dem Arbeitgeber zumutbar gewesen wäre, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten (vgl. BAG 28. März 1985 - 2 AZR 113/84 - zu B III 2 a der Gründe, BAGE 48, 220; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 88, 10; 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - zu B II 2 der Gründe, AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 7 = EzA SchwbG 1986 § 21 Nr. 10). Führt gerade der Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers, weil dieser den Arbeitnehmer zwar nicht mehr beschäftigen kann, aber für lange Zeit zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bleibt, kann ausnahmsweise auch eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein (BAG 28. März 1985 - 2 AZR 113/84 - zu B III 2 b der Gründe, aaO; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 3 b und d der Gründe, aaO; 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - aaO). In diesem Fall ist zur Vermeidung einer Benachteiligung der durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung gerade besonders geschützten Arbeitnehmer zwingend eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuhalten (vgl. BAG 28. März 18

1985 - 2 AZR 113/84 - zu B IV 1 der Gründe, aaO; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 3 c der Gründe, aaO; 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - aaO).

(b) Ähnlich ist die Interessenlage bei einer krankheitsbedingten Kündigung. 19  
Ist eine ordentliche Kündigung möglich, ist dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig zumutbar; eine außerordentliche Kündigung - mit notwendiger Auslauffrist - kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung einzel- oder tarifvertraglich ausgeschlossen ist (BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - zu II 3 der Gründe, BAGE 96, 65).

(c) Anders liegen die Dinge bei einer auf Gründe im Verhalten des Arbeit- 20  
nehmers gestützten Kündigung. Für die Reaktion auf Pflichtverstöße des Arbeitnehmers besteht kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung. Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB ist insoweit nicht etwa grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr bildet die Schwere der Pflichtverletzung - unter Berücksichtigung aller sonstigen relevanten Einzelfallumstände - den Maßstab für die Prüfung, ob eine ordentliche, eine außerordentliche oder gar keine Kündigung gerechtfertigt ist (vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 27, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 34, 37, BAGE 134, 349). Ist die Schwelle zum wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB überschritten, ist eine außerordentliche - fristlose - Kündigung zulässig, ohne dass es darauf ankäme, ob die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist oder nicht. Ist die Schwelle zum wichtigen Grund nicht erreicht, kann eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein. Gegenüber einem ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmer ist diese aber ausgeschlossen. Pflichtverletzungen, die nicht zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, sollen eine (ordentliche) Kündigung gerade nicht rechtfertigen können. Es erscheint deshalb zweifelhaft, ob es mit dem Zweck der ordentlichen Unkündbarkeit zu vereinbaren ist, bei weniger schweren Pflichtverletzungen eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist zu ermöglichen, die der ausgeschlossenen ordentlichen Kündigung letztlich gleichkommt.



- (3) Im Streitfall kann dies dahinstehen. Der vom Landesarbeitsgericht angestellte Vergleich der nach § 15 KSchG geschützten Mandatsträger mit einzel- oder tarifvertraglich nicht mehr ordentlich kündbaren Arbeitnehmern lässt den Zweck des Kündigungsschutzes gem. § 15 KSchG außer Acht. Durch den Sonderkündigungsschutz nach dieser Bestimmung soll vermieden werden, dass die geschützten Personen ihr (Betriebsrats-)Mandat nicht sachangemessen wahrnehmen. Zugleich soll die Zusammensetzung des betreffenden Gremiums und damit die Kontinuität der Betriebsratsarbeit gewahrt bleiben. Dies erfordert mit Blick auf Gründe im Verhalten des Mandatsträgers den vollen Schutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG (*vgl. APS/Linck 4. Aufl. § 15 KSchG Rn. 129a*). Die geschützten Personen sollen mit Rücksicht auf ihre besondere Stellung von der Bedrohung durch eine ordentliche Kündigung - abgesehen von den Fällen des § 15 Abs. 4, Abs. 5 KSchG - ausgenommen werden. Das schließt es aus, eine außerordentliche fristlose Kündigung aus Gründen im Verhalten des Mandatsträgers, die als solche unwirksam ist, in eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit oder gar - wie das Landesarbeitsgericht im Streitfall - in eine ordentliche Kündigung umzudeuten. 21
3. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit einer Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen fristlosen (Tat-)Kündigung vom 28. April 2009 - aus seiner Sicht konsequent - nicht auseinandergesetzt. Sie scheidet aus den dargelegten Gründen ebenfalls aus. 22
- III. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist auf eine Weiterbeschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits gerichtet. Dieser ist rechtskräftig abgeschlossen. 23

IV. Die Kosten der Rechtsmittelverfahren hat gem. § 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZPO die Beklagte zu tragen. 24

Kreft

Berger

Rachor

Krichel

Pitsch