

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 337/08
5 Sa 604/07
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. März 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Dr. Sieg für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 16. Januar 2008 - 5 Sa 604/07 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten, außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist. 1

Die 1951 geborene Klägerin war seit dem 1969 bei der S AG beschäftigt. In dem damaligen Arbeitsvertrag waren die Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer der bayerischen Metall- und Elektroindustrie in Bezug genommen. Im Jahr 1998 gliederte die S AG ihren Logistikkbereich aus und übertrug ihn auf die neu gegründete Beklagte. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ging mit Wirkung vom 1. September 1998 auf die Beklagte über. 2

Im Rahmen der Ausgliederung hatten die S AG und ihr Gesamtbetriebsrat am 16. Juni 1998 „sozial- und personalpolitische Grundsätze“ als „Überleitungsregeln“ vereinbart. Nach deren Nr. 15 sollten Mitarbeiter, die aufgrund der Dauer ihrer Firmenzugehörigkeit einen besonderen Kündigungsschutz nach den „S-Richtlinien“ besaßen, diesen weiterhin behalten. Diese mit dem Gesamtbetriebsrat „abgesprochenen“ Richtlinien vom 23. Juli 1993 sahen einen „Kündigungsschutz für Jubilare“ vor, demzufolge „Mitarbeitern mit mindestens 25-jähriger Dienstzeit ... grundsätzlich aus betriebsbedingten Gründen nicht ordentlich gekündigt werden“ durfte. 3

Am 30. Juni 1998 schlossen die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag. Darin wurde als Eintrittsdatum der Klägerin der 1. September 1998 festgelegt. Ferner wurde geregelt, dass die S-Dienstzeiten angerechnet werden und die 4

Tarifverträge für das Speditions- und Transportgewerbe in Bayern in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung finden.

Die Beklagte ist als Logistikdienstleister fast ausschließlich für die S AG tätig (sog. Inhouse-Logistik). Die Klägerin arbeitete zuletzt in der Warenannahme. Sie besitzt keine Fahrerlaubnis. 5

Mit Schreiben vom 11. August 2006 teilte die S AG der Beklagten mit, dass es aufgrund der aktuellen Entwicklungen im Konzern zu einem deutlichen Rückgang der Mitarbeiterzahlen an den Standorten in M kommen werde. Der von der Beklagten zu erbringende Leistungsumfang und die monatliche Pauschale für die von ihr geleisteten Verkehrsdienste würden sich dadurch ab dem 1. Dezember 2006 ebenfalls reduzieren. 6

Die Beklagte beschloss daraufhin, ihren Geschäftsbetrieb künftig mit weniger Personal fortzuführen und 17 der insgesamt 40 gewerblichen Mitarbeiter zu entlassen. Zudem entschied sie, dass in Zukunft alle gewerblichen Mitarbeiter in der Lage sein müssten, Waren selbständig mit einem Kraftfahrzeug abzuholen und auszuliefern. Gegenüber zehn Arbeitnehmern, die über keine gültige Fahrerlaubnis verfügten, und weiteren sieben Beschäftigten sprach sie Kündigungen aus. Schwerbehinderte Mitarbeiter ohne Fahrerlaubnis nahm sie von einer Kündigung aus. Das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 30. August 2006 außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum 31. August 2007. 7

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Ordentlich sei sie unkündbar. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist seien nicht gegeben. Ihr Arbeitsplatz sei nicht weggefallen. Die Mitteilung der S AG, zu einem nicht näher konkretisierten Zeitpunkt werde sich die Zahl ihrer Mitarbeiter reduzieren, rechtfertige nicht die Annahme, das Auftrags- und Arbeitsvolumen bei der Beklagten werde sich deshalb in einem der Anzahl der tatsächlich ausgesprochenen Kündigungen entsprechenden Umfang reduzieren. Die Organisation und der Ablauf ihrer - der Klägerin - eigenen Arbeit hätten sich nicht geändert, ihre bisherige Tätigkeit führten jüngere Mitarbeiter 8

und Leiharbeitnehmer aus. In der Warenannahme sei auch kein Führerschein erforderlich, im Übrigen könne sie in der Lagerverwaltung und in der Transportstelle ebenfalls ohne Führerschein eingesetzt werden.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt 9
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30. August 2006 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht 10 vertreten, die Kündigung sei aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt. Aufgrund des angekündigten drastischen Auftragsrückgangs seitens der S AG als ihrer Hauptkundin und der Reduzierung der Auftragsvergütung um 42,6 % habe für 17 ihrer insgesamt 40 gewerblichen Mitarbeiter kein Beschäftigungsbedarf mehr bestanden. Wegen des insgesamt geringeren Personalbestands sei es künftig notwendig, dass bei der Warenannahme alle Tätigkeiten in einer Hand lägen. Jeder Mitarbeiter müsse in der Lage sein, Waren mit dem Kraftfahrzeug auszuliefern. Für eine Weiterbeschäftigung sei deshalb der Besitz einer Fahrerlaubnis zwingend erforderlich. Die von der S AG gewährte Bestandsschutzgarantie finde keine Anwendung. Nr. 15 der in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung getroffenen „Übergangsregelungen“ vom 16. Juni 1998 sei unwirksam.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht 11 hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen 12 Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Dieses hat zwar zu Recht festgestellt, dass die außerordentliche Kündigung vom 30. August 2006 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht wirksam beenden konnte. Zu Unrecht hat es aber schon auf der Grundlage seiner bisherigen

Feststellungen angenommen, dass auch die Umdeutung dieser Kündigung in eine ordentliche Kündigung nicht möglich ist. Ob das Arbeitsverhältnis in diesem Fall durch eine ordentliche Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG beendet worden ist, kann der Senat mangels tatsächlicher Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

A. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht wirksam beendet hat. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. 13

I. Die Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung vom 30. August 2006 richtet sich zunächst nach § 626 BGB. Die Beklagte hat eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist erklärt. An der von ihr selbst gewählten Erklärung muss sie sich messen lassen. 14

II. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. 15

1. Eine außerordentliche und zugleich fristlose Kündigung aus betriebsbedingten Gründen ist selbst gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer regelmäßig unzulässig. Zu prüfen ist, ob dem Arbeitgeber im Fall ordentlicher Kündbarkeit eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar wäre. Das ist bei einer betriebsbedingten Kündigung regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist, wenn aus betrieblichen Gründen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer entfällt, selbst im Insolvenzfall zumutbar, die Kündigungsfrist einzuhalten (*Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 b aa der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2*). 16

2. Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung mit einer - notwendig einzuhaltenden - Auslauffrist kommt in Betracht, wenn andernfalls der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit ggf. noch über Jahre weiterbeschäftigen müsste und ihm dies unzumutbar ist (vgl. Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 b bb der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2; 10. Mai 2007 - 2 AZR 626/05 - Rn. 25 mwN, BAGE 122, 264). Das kann ausnahmsweise der Fall sein, wenn der Arbeitgeber gezwungen wäre, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuerhalten. Allerdings ist der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in einem besonderen Maß verpflichtet, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden (Senat 10. Mai 2007 - 2 AZR 626/05 - aaO). Besteht noch irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird es ihm regelmäßig zumutbar sein, den Arbeitnehmer entsprechend einzusetzen. Erst wenn alle denkbaren Lösungsversuche ausscheiden, kann - ausnahmsweise - ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist vorliegen (vgl. Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - aaO).

III. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung liegt im Streitfall nicht vor. Dies gilt auch angesichts der von der Beklagten eingehaltenen einjährigen Auslauffrist. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass für die Klägerin dauerhaft überhaupt keine andere Einsatzmöglichkeit mehr bestanden hat. Ihr Vorbringen lässt nicht erkennen, dass die Klägerin bei gesunkenem Arbeitsvolumen - selbst nach zumutbaren Organisationsänderungen - ohne Führerschein nicht mehr sinnvoll beschäftigt werden kann.

1. Allerdings unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils für den jeweiligen Arbeitsplatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Das Bestreben des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten von Arbeitnehmern mit einer bestimmten Qualifikation ausführen zu lassen, ist von den Beschäftigten grundsätzlich hinzunehmen. Die fragliche Entscheidung kann nur auf Willkür

und offenbare Unrichtigkeit hin gerichtlich überprüft werden. Dafür bedarf es besonderer Anhaltspunkte (*Senat 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 31, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163; 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138*).

Sind aber die betreffende Organisationsentscheidung und der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers praktisch deckungsgleich, weil der Arbeitnehmer dem neuen Anforderungsprofil nicht genügt, kann die generelle Vermutung, dass eine unternehmerische Entscheidung auf sachlichen Gründen beruht, nicht unbesehen greifen. Der Arbeitgeber kann sich nicht lediglich auf seine Entscheidungsfreiheit berufen. Er muss vielmehr konkret darlegen, wie seine Entscheidung sich auf die tatsächlichen Möglichkeiten, die Arbeitnehmer einzusetzen, auswirkt und in welchem Umfang durch sie ein konkreter Änderungsbedarf entstanden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Anforderungsprofil für Arbeitsplätze geändert wird, auf denen die Arbeitnehmer bereits langjährig beschäftigt sind (*Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138*). Berufte sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung auf die Umgestaltung des Arbeitsplatzes und eine Neubestimmung des Anforderungsprofils, muss er den zugrunde liegenden betrieblichen Anlass im Einzelnen darlegen. Die Entscheidung zur (*neuen*) Stellenprofilierung muss im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme stehen, nach deren Durchführung sich die bisherigen Anforderungen an den Stelleninhaber ändern (*Senat 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 31, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163*).

20

Dies gilt schon für eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist iSv. § 626 BGB geht die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers noch darüber hinaus. Dieser hat nicht nur dazutun, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers infolge einer Änderung des Anforderungs-

21

profils am bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist. Er hat zudem von sich aus darzulegen, dass und weshalb es an jeglicher Möglichkeit einer sinnvollen Beschäftigung fehlt (*Senat 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - zu II 3 d der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2*).

2. Das Vorbringen der Beklagten genügt diesen Anforderungen nicht. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, aus dem Vortrag der Beklagten werde nicht ersichtlich, warum ihr die Weiterbeschäftigung der Klägerin unzumutbar sei. Ihr Vortrag lässt nicht zu erkennen, warum eine sinnvolle Weiterbeschäftigung der Klägerin nicht mehr möglich ist. Die Beklagte hat weder ausgeführt, ob und in welchem Umfang die bisherigen Arbeiten weggefallen sind, noch hat sie dargelegt, inwieweit die verbliebenen Tätigkeiten die Nutzung eines Kraftfahrzeugs und damit den Besitz eines Führerscheins zwingend erfordern. Ebenso wenig lässt sich beurteilen, ob nicht durch zumutbare Änderungen in den organisatorischen Abläufen zumindest ein weiterer Arbeitsplatz so zugeschnitten werden kann, dass auf ihm eine Beschäftigung auch ohne den Besitz einer Fahrerlaubnis sinnvoll möglich ist, und ob nicht in einem anderen Betrieb ein für die Klägerin geeigneter Arbeitsplatz besteht. Die Beklagte hat sich allein auf ihre unternehmerische Organisationsfreiheit berufen und geltend gemacht, jeder Mitarbeiter müsse zukünftig in der Lage sein, Waren selbständig mit einem Kraftfahrzeug auszuliefern. Den Anforderungen an die Darlegung eines wichtigen Grundes wird sie damit nicht gerecht. Dies gilt umso mehr, als sie die Arbeitsverhältnisse mit den schwerbehinderten Mitarbeitern, die keine Fahrerlaubnis besitzen, fortgesetzt und damit zu erkennen gegeben hat, dass eine Weiterbeschäftigung im Betrieb auch ohne Fahrerlaubnis möglich ist.

22

B. Zu Unrecht ist das Landesarbeitsgericht schon nach seinen bisher getroffenen Feststellungen davon ausgegangen, die unwirksame außerordentliche Kündigung vom 30. August 2006 könne nicht gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Eine Umdeutung scheitert auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht daran, dass die ordentliche

23

Kündigung durch die „Überleitungsregeln“ und die „S-Richtlinien“ ausgeschlossen wäre.

- I. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung zwar die Annahme zugrunde gelegt, „dass das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nur außerordentlich gekündigt werden kann - was zwischen den Parteien unstreitig ist“. Auf diese Weise hat es aber keine Tatsachen festgestellt, an die der Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden wäre. Seine Aussage, es fehle an der rechtlichen Befugnis zur ordentlichen Kündigung, ist keine Feststellung der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung, sondern die Beschreibung eines rechtlichen Zustands. Tatsachen, die eine entsprechende rechtliche Schlussfolgerung zuließen, hat es nicht festgestellt. An bloße Rechtsansichten, auch wenn sie zwischen den Parteien nicht „im Streit“ stehen und vom Berufungsgericht übernommen worden sind, ist das Revisionsgericht nicht gebunden. Ebenso wenig ist eine Partei gehindert, ihre bisherige, mit der Gegenseite geteilte Rechtsansicht noch in der Revisionsinstanz aufzugeben, wie die Beklagte dies getan hat. 24
- II. Der besondere Kündigungsschutz der Klägerin als langjährig beschäftigte Mitarbeiterin konnte nicht durch eine (Gesamt-)Betriebsvereinbarung begründet werden. Eine entsprechende Betriebsvereinbarung verstößt gegen § 77 Abs. 3 BetrVG. 25
1. Nach den zwischen der S AG und ihrem Gesamtbetriebsrat im Rahmen der Ausgliederung vereinbarten „Überleitungsregeln“ vom 16. Juni 1998 besitzt die Klägerin einen besonderen Kündigungsschutz. Nach Nr. 15 des Regelungswerks „(behalten) Mitarbeiter, die aufgrund ihrer Firmenzugehörigkeit (25 Jahre und länger) einen besonderen Kündigungsschutz nach den S-Richtlinien genießen, ... diesen weiterhin“. Nach Nr. 1 der „S-Richtlinien“ wiederum „(darf) Mitarbeitern mit mindestens 25-jähriger Dienstzeit ... grundsätzlich aus betriebsbedingten Gründen nicht ordentlich gekündigt werden (Bestandsschutzgarantie)“. Die Klägerin erfüllt diese Voraussetzung. Sie war bei Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte nahezu 29 Jahre bei der S AG beschäftigt. 26

2. Nach dem bisherigen Parteivorbringen und den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, dass der in den „S-Richtlinien“ vorgesehene besondere Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis der Parteien Rechtswirkungen entfaltet. 27
- a) Als normativ wirkende Rechtsquelle für das Arbeitsverhältnis der Parteien scheidet Nr. 15 der „Überleitungsregeln“ vom 16. Juni 1998 aus. Die Bestimmung ist zwar Teil einer (Gesamt-)Betriebsvereinbarung iSd. § 77 Abs. 2, Abs. 4 BetrVG. Diese wurde jedoch zwischen der S AG und dem bei ihr gebildeten Gesamtbetriebsrat getroffen. Für das Arbeitsverhältnis der Parteien kann sie deshalb normative Ansprüche nur begründen, wenn sie auch im Betrieb der Beklagten - normativ - gilt. Das ist nicht der Fall. 28
- aa) Eine Geltung als unmittelbar für den Betrieb der Beklagten getroffene Betriebsvereinbarung scheidet aus. Weder hat die Beklagte die Vereinbarung unterzeichnet, noch ist der bei der S AG gebildete Gesamtbetriebsrat für einen von der Beklagten geführten Betrieb zuständig. 29
- bb) Wurden die „Überleitungsregeln“ von der S AG und dem Gesamtbetriebsrat mit Geltung allein für den (späteren) Betrieb der Beklagten vereinbart, konnten sie ebenfalls keine Wirkung entfalten. Für eine solche Vereinbarung fehlte es beiden handelnden Parteien an der nötigen betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenz. Regelungen für die Zeit nach einem Betriebs(teil)übergang vermögen der bisherige Arbeitgeber und spätere Veräußerer und der bei ihm gebildete Gesamtbetriebsrat nicht unmittelbar zu treffen (*BAG 18. September 2002 - 1 ABR 54/01 - zu B II 2 b ee der Gründe, BAGE 102, 356; 1. April 1987 - 4 AZR 77/86 - BAGE 55, 154, 168*). 30
- cc) Wurden die „Überleitungsregeln“ stattdessen zwar durch die beabsichtigte Ausgliederung der „Logistikdienste“ veranlasst, sind sie aber gleichwohl als für alle Betriebe der S AG - zumindest am Standort M - geltende Bestimmungen zu verstehen, könnten sie nur im Fall eines Betriebs(teil)übergangs auf die Beklagte in deren Betrieb normativ iSd. § 77 Abs. 2, Abs. 4 BetrVG weitergelten. Voraussetzung ist, dass sie im Zeitpunkt 31

des Übergangs als wirksame Gesamtbetriebsvereinbarung anzusehen waren. Daran fehlt es. Zumindest Nr. 15 der „Überleitungsregeln“ ist rechtsunwirksam.

(1) Entgegen der Auffassung der Beklagten beruht dies nicht darauf, dass Betriebsparteien außerhalb ihrer gesetzlichen Kompetenzen handeln, wenn sie in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung Fragen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Kündigungserschwernisse für den Arbeitgeber regeln. Freiwillige Betriebsvereinbarungen sind nicht auf die in § 88 BetrVG genannten Gegenstände beschränkt, wie schon der Wortlaut der Bestimmung („insbesondere“) verdeutlicht (*BAG GS 7. November 1989 - GS 3/85 - zu C 12 der Gründe, BAGE 63, 211; BAG 12. Dezember 2006 - 1 AZR 96/06 - Rn. 13, BAGE 120, 308; 18. Juli 2006 - 1 AZR 578/05 - BAGE 119, 122*). Neben betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen können in einer Betriebsvereinbarung auch Fragen des Inhalts, des Abschlusses und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen geregelt werden (*BAG GS 7. November 1989 - GS 3/85 - zu C 12 b der Gründe, aaO; aA Rieble NZA 2003, 1243, 1245*).

(2) Nr. 15 der „Überleitungsregeln“ verstößt jedoch gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG und ist aus diesem Grund als normative Bestimmung unwirksam.

(a) Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Eine gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung ist von Anfang an unwirksam (*BAG 10. Oktober 2006 - 1 ABR 59/05 - Rn. 21 mwN, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 24 = EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 18; Fitting 25. Aufl. § 77 Rn. 99; GK-BetrVG/Kreutz 9. Aufl. § 77 Rn. 123*). Sonstige Arbeitsbedingungen iSd. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sind nicht nur materielle Arbeitsbedingungen, die den Umfang der Leistung des Arbeitnehmers und der Gegenleistung des Arbeitgebers betreffen, sondern alle Regelungen, die als Gegenstand tarifvertraglicher Inhaltsnormen nach § 1 TVG den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen (*BAG 9. April 1991 - 1 AZR 406/90 - zu II 3 der*

Gründe, BAGE 67, 377; WPK/Preis 4. Aufl. § 77 Rn. 60; GK-BetrVG/Kreutz 9. Aufl. § 77 Rn. 83 u. 85).

(b) Die gesetzliche Bestimmung dient der Sicherung der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie sowie der Erhaltung und Stärkung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen. Sie will verhindern, dass Gegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, konkurrierend - und sei es inhaltsgleich - in Betriebsvereinbarungen geregelt werden (*BAG 30. Mai 2006 - 1 AZR 111/05 - Rn. 26, BAGE 118, 211*). Eine Betriebsvereinbarung soll weder als normative Ersatzregelung für nicht organisierte Arbeitnehmer noch als Grundlage für übertarifliche Leistungen dienen können (*BAG 20. November 2001 - 1 AZR 12/01 - zu II 2 a der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 70; Fitting 25. Aufl. § 77 Rn. 67*). Auch günstigere Betriebsvereinbarungen sind unwirksam (*GK-BetrVG/Kreutz 9. Aufl. § 77 Rn. 128; Richardi in Richardi 12. Aufl. § 77 Rn. 278; Fitting 25. Aufl. § 77 Rn. 67 u. 97*). Fällt ein Betrieb in den räumlichen, fachlichen und personellen Geltungsbereich eines Tarifvertrags, sind die Betriebsparteien deshalb gehindert, tariflich geregelte Gegenstände in einer Betriebsvereinbarung selbst zu regeln. Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hängt nicht davon ab, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist, und tritt auch dann ein, wenn ein den gleichen Gegenstand regelnder Tarifvertrag zwar bei Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht (mehr) besteht, die betreffende Angelegenheit aber „üblicherweise“ tariflich geregelt wird (*BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - zu B II 2 c ee (1) der Gründe, BAGE 114, 162*).

35

(c) Die S AG und ihre Betriebe fallen in den Geltungsbereich des Manteltarifvertrags für die gewerblichen Arbeitnehmer der bayerischen Metall- und Elektroindustrie vom 1. Dezember 1973 in der Fassung vom 1. November 1997 (MTV). Dessen § 8 Abs. 3 enthielt im maßgeblichen Zeitraum eine Regelung über den Ausschluss der ordentlichen Kündigung. Danach konnte das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb oder Unternehmen mindestens 10 Jahre angehört haben oder das 50. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb oder Unternehmen mindestens 15 Jahre angehört haben, nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Bei der

36

Vereinbarung der „Übergangsregeln“ im Juni 1998 bestand demnach eine tarifliche Regelung zur Unkündbarkeit der Arbeitnehmer. § 8 Abs. 3 MTV und Nr. 15 der „Übergangsregeln“ haben den gleichen Gegenstand. Dagegen kann nicht eingewandt werden, diese sehe lediglich eine „Sonderregelung für Jubilare“ vor, die der Tarifvertrag nicht im Blick gehabt habe. Auch die betriebliche Regelung will nicht ein Dienstjubiläum honorieren, sondern gewährt - wie § 8 Abs. 3 MTV - einen Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen. Dazu knüpft sie wie die tarifliche Regelung an die Beschäftigungsdauer an. Sie gewährt den Sonderkündigungsschutz zwar unabhängig vom Lebensalter der Betroffenen und führt so zu einer Verbesserung der kündigungsrechtlichen Situation der Beschäftigten, sie tritt aber auch auf diese Weise in Konkurrenz zur tariflichen Bestimmung.

b) Die „S-Richtlinien“ gewähren der Klägerin auch unabhängig von Nr. 15 der „Übergangsregeln“ keinen normativen Schutz vor einer ordentlichen Kündigung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sie - was das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt hat - überhaupt als Betriebsvereinbarung zwischen der S AG und deren Gesamtbetriebsrat zustande gekommen sind. Sollte das der Fall sein, wäre die betreffende Regelung wegen § 77 Abs. 3 BetrVG aus den dargelegten Gründen ebenfalls unwirksam. 37

C. Scheitert damit eine Umdeutung der ausgesprochenen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung nicht daran, dass dies gegen Nr. 15 der „Übergangsregeln“ und/oder die „S-Richtlinien“ als kollektive, normativ wirkende Bestimmungen verstieße, so ist es nicht ausgeschlossen, dass die genannten Bestimmungen auf einzelvertraglicher Grundlage im Arbeitsverhältnis der Parteien gelten und aus diesem Grund einer Kündigung entgegenstehen. In Betracht kommt etwa eine Geltung qua Umdeutung der als normativ unwirksamen Regelungen in eine Gesamtzusage durch die S AG (*vgl. dazu BAG 24. Januar 1996 - 1 AZR 597/95 - zu II der Gründe, BAGE 82, 89*), qua gesonderter (konkludenter) Zusage an die zur Beklagten wechselnden Arbeitnehmer durch die S AG und/oder die Beklagte selbst oder qua Bestehen einer bei der S AG und/oder der Beklagten begründeten betrieblichen Übung; eine in 38

der Zeit des Arbeitsverhältnisses mit der S AG entstandene Rechtsposition der Klägerin kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 613a Abs. 1 BGB auch im Arbeitsverhältnis der Parteien fortwirken - eine mögliche Verweisung auf § 8 MTV im Arbeitsvertrag mit der S AG wird allerdings schon wegen des selbständigen Vertragsschlusses der Parteien aus dem Juni 1998 schwerlich von Bedeutung sein können.

Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang keine Feststellung getroffen. Das wird es, nachdem es den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag gegeben hat, nachzuholen haben. Von seinen Feststellungen hängt es ab, ob im Streitfall eine Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung überhaupt möglich ist. Sollte dies mangels einzelvertraglich begründeten Sonderkündigungsschutzes zu bejahen sein und sollten die sonstigen Voraussetzungen des § 140 BGB vorliegen, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob die - ordentliche - Kündigung iSv. § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

39

Kreft

Berger

Eylert

Sieg

Baerbaum