

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 288/13

2 Sa 9/12

Landesarbeitsgericht

Bremen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

20. März 2014

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtliche Richterin Perreng und den ehrenamtlichen Richter Wolf für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 14. November 2012 - 2 Sa 9/12 - im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, wie es das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 22. November 2011 - 4 Ca 4214/10 - teilweise abgeändert und festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 10. Februar 2010 nicht zum 30. September 2010 aufgelöst worden ist.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung 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 mit sozialer Auslauffrist. 1

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Stahlindustrie. Der 1959 geborene Kläger war seit Ende Juni 1989 bei ihr tätig. Im Juli 2008 wurde er als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt. Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass der Kläger in der Kaltwalzwerk-Adjustage als Packer, ggf. auch in anderen Betrieben/Abteilungen und mit anderen zumutbaren Arbeiten beschäftigt wird, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen. 2

Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Eisen- und Stahlindustrie von Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Bremen, Dillenburg, Niederschelden und Wissen vom 15. März 1989 (MTV) idF vom 20. Juni 2000 Anwendung. Dieser lautet auszugsweise wie folgt: 3

„§ 17

**Einstellung, Kündigung**

...

- 6.2** Einem Arbeitnehmer, der das **50. Lebensjahr vollendet hat** und dem Betrieb oder Unternehmen **mindestens 15 Jahre angehört**, kann nur noch aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegendem **wichtigen Grund oder bei Vorliegen eines Sozialplans oder bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien gekündigt werden.**

...

- 8.** Im übrigen gelten für ordentliche Kündigungen die gesetzlichen Bestimmungen. Die gesetzlichen Bestimmungen über fristlose Kündigungen bleiben unberührt.“

Der Kläger arbeitete bis Ende Oktober 1993 als Packer und Vorbereiter bei der Verpackung von Feinblech als Coils. Nach Vorlage eines ärztlichen Attests, dem zufolge er die Tätigkeit nicht mehr ausüben dürfe, wurde er bis 2003 als sog. Haspelgrubenmann beschäftigt. Bei dieser Tätigkeit traten zunehmend krankheitsbedingte Fehlzeiten auf. Werksärztliche Überprüfungen ergaben, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers stetig verschlechterte - bedingt durch psychische und physische Belastungen. Sie mündeten in die Empfehlung, der Kläger solle keine Teile von mehr als zehn Kilo Gewicht heben und keine Hitzearbeit leisten.

4

Eine Einarbeitung des Klägers zum sog. Flämmereimann wurde auf seinen Wunsch hin im Mai 2004 abgebrochen. Im Juni 2004 wurde er in den Dienstleistungsbereich VDD1 - Industrieservice - versetzt, dem er bis zuletzt zugeordnet war. Dort beschäftigte, überwiegend in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkte Arbeitnehmer rotieren in leicht erlernbaren Aufgabenstellungen: Baustelleneinrichtung, Transporte/Umräumarbeiten/Fahrdienst, Gebäudereinigung/-renovierung, Sicherheitspersonal, Helfer, Kran- und Tankreinigung, Bodenversiegelung/-reinigung, Maurerarbeiten (leichte)/Stemmarbeiten und industrielle Reinigung.

5

Ein im Jahr 2004 unternommener Versuch der Beklagten, den Kläger zum Fahrer eines Flurförderfahrzeugs zu qualifizieren, schlug fehl, da er die Prüfung nicht bestand. Ab dem Jahr 2006 wurde ihm trotz diverser gesundheitlicher Einschränkungen eine Tätigkeit innerhalb der Gebäudereinigung zugewiesen, die er zunächst im Rahmen einer gestuften Wiedereingliederung ausführte. Der Kläger empfand die Arbeit als zu schwer. Der Einsatz wurde von seinem Vorgesetzten als „nicht erfolgreich“ bewertet. 6

In der Folgezeit unternahm die Beklagte zwei weitere Male - nach einer Reha-Maßnahme und im Anschluss an eine teilstationäre Therapie - erfolglos den Versuch, den Kläger wiedereinzugliedern, ua. mit dem Ziel, ihn erneut in der Coilverpackung einzusetzen. Aus einer weiteren Reha-Maßnahme, die er vom 25. August 2009 bis zum 6. Oktober 2009 durchführte, wurde der Kläger mit der Empfehlung eines Einsatzes in der „Eingliederungswerkstatt“ entlassen. Im ärztlichen Bericht vom 14. Oktober 2009 heißt es, der Kläger könne die ihm übertragene Tätigkeit als Industriereiniger nicht mehr ausüben, da ansonsten mit einer psychischen Dekompensation zu rechnen sei. Mittelschwere bis teilweise schwere Arbeiten seien vollschichtig mit folgenden Einschränkungen möglich: „Keine Tätigkeit mit besonderen Anforderungen an Konzentrations- und Reaktionsvermögen, vor allem keine Personenbeförderung, keine Tätigkeiten mit erhöhter psychischer und Stressbelastung. Keine Nachtschichten. Keine Arbeiten mit besonderem Zeit- und Leistungsdruck (Akkord oder Fließband). Keine häufigen wechselnden Arbeitszeiten.“ 7

Im Rahmen der nachfolgenden Wiedereingliederungsmaßnahme übertrug die Beklagte dem Kläger Reinigungsarbeiten. Mit der Begründung, die Tätigkeit tue ihm gesundheitlich nicht gut, bat dieser um Zuweisung einer anderen Aufgabe. Das lehnte die Beklagte - nach Einschaltung des Werksarztes - ebenso ab wie den Wunsch des Klägers nach einer erneuten gestuften Wiedereingliederung. Nach einer sich anschließenden, bis zum 6. Januar 2010 währenden Arbeitsunfähigkeit setzte sie den Kläger nicht mehr ein und leistete auch keine Vergütung mehr. 8

Mit Schreiben vom 10. Februar 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien - mit Zustimmung des Integrationsamts sowie nach Anhörung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung - außerordentlich mit einer Auslauffrist zum 30. September 2010. 9

Der Kläger hat mit seiner fristgerecht erhobenen Klage geltend gemacht, die Kündigung sei mangels wichtigen Grundes unwirksam. Er sei im Kündigungszeitpunkt arbeitsfähig gewesen. Im Übrigen sei eine außerordentliche Kündigung - auch eine solche mit Auslauffrist - wegen der im MTV vorgesehenen Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien unverhältnismäßig. 10

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 11

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 10. Februar 2010 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wirksam. Den Regelungen in § 17 Nr. 6.2 MTV sei nicht zu entnehmen, dass eine ordentliche Kündigung mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien gegenüber der außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist vorrangig sei. Ein wichtiger Grund liege vor. Der Kläger sei aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft nicht mehr in der Lage, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Eine Möglichkeit, ihn anderweitig zu beschäftigen, habe nicht bestanden. Ein betriebliches Eingliederungsmanagement habe sie mehrfach durchgeführt. Bemühungen zur Wiedereingliederung des Klägers, um ihn leidensgerecht in der Gebäudereinigung zu beschäftigen, seien erfolglos geblieben. Andere geeignete Arbeitsplätze seien nicht vorhanden gewesen. Für die Jahre 2004 bis 2009 habe sie Entgeltfortzahlung in Höhe von knapp 27.000,00 Euro zuzüglich Sozialversicherungsbeiträge geleistet. 12

Das Arbeitsgericht hat die Klage - nach Einholung eines Sachverständigengutachtens - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. 13

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte dieses der Klage nicht stattgeben. 14

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts verletzt § 626 BGB, § 17 Nr. 6.2 MTV. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 10. Februar 2010 aufgelöst worden ist, steht noch nicht fest. 15

1. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil 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 nicht zugemutet werden kann. Dem entspricht die Regelung in § 17 Nr. 6.2 MTV, soweit ihr zufolge Arbeitnehmern „nur noch aus in der Person oder im Verhalten ... liegendem wichtigen Grund“ gekündigt werden darf. Verwendet ein Tarifvertrag den Ausdruck „wichtiger Grund“, ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien ihn iSd. § 626 BGB verstanden wissen wollen (*BAG 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 - Rn. 29; 27. November 2003 - 2 AZR 601/02 - zu B I 5 a der Gründe*). Der Umstand, dass gemäß § 17 Nr. 8 MTV das Recht zur fristlosen Kündigung „unberührt“ bleibt, steht dieser Bewertung nicht entgegen. 16

2. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB sein. Regelmäßig ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten, und schon an eine ordentliche Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit ist ein strenger Maßstab anzulegen. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa wenn 17

die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 26; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - zu II 3 der Gründe, BAGE 96, 65*).

3. Das Arbeitsverhältnis ist ein auf stetigen Leistungsaustausch gerichtetes Rechtsverhältnis (*BAG 25. November 2010 - 2 AZR 984/08 - BAGE 136, 213*). Ist der Leistungsaustausch auf Dauer umfassend gestört, weil der Arbeitnehmer aufgrund seiner Erkrankung auf unabsehbare Zeit keine Arbeitsleistung mehr erbringen wird, kann eine Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt sein. Deren Unwirksamkeit kann sich dann in der Regel nur noch aus der Abwägung der wechselseitigen Interessen ergeben (*vgl. BAG 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - zu II 5 c der Gründe, BAGE 101, 39*). 18

4. Danach hält die angefochtene Entscheidung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die erklärte außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit sei schon deshalb unwirksam, weil der Beklagten als „milderes Mittel“ die ordentliche Kündigung mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien zur Verfügung gestanden habe. 19

a) Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts geht schon deshalb fehl, weil § 17 Nr. 6.2 MTV bei Vorliegen seiner Voraussetzungen eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers ausnahmslos ausschließt. Die Bestimmung lässt darauf gestützte Kündigungen nur aus „wichtigem Grund“ zu. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ besteht nur, wenn dringende betriebliche Erfordernisse den Kündigungsgrund bilden. Das ergibt die Auslegung. Wegen des normativen Charakters von Tarifregelungen folgt diese den für Regelungen von Gesetzen geltenden Grundsätzen (*BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 1005/06 - Rn. 40, BAGE 124, 240; 30. Mai 2006 - 1 ABR 21/05 - Rn. 29 mwN*). 20

aa) Bereits der Wortlaut und der Gesamtzusammenhang der Bestimmung sprechen dafür, dass die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung mit Zustimmung der Tarifvertragsparteien nur bei betrieblichen Gründen - in spezifischen Fällen - eröffnet bleibt. 21

(1) Die Tarifvertragsparteien schränken in § 17 Nr. 6.2 MTV das Kündigungsrecht des Arbeitgebers ein. Sie benennen im Rahmen dreier Tatbestände die Voraussetzungen, unter denen die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern im Alter von mindestens 50 Jahren und mit einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 15 Jahren gekündigt werden können. Zulässig sind Kündigungen „aus in der Person oder im Verhalten ... liegendem wichtigen Grund“. Um dieser Anforderung zu genügen, muss der zugrunde liegende Sachverhalt dem Erheblichkeitsgrad des § 626 Abs. 1 BGB genügen. Die beiden nachfolgend aufgeführten Tatbestände „bei Vorliegen eines Sozialplans“ und „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ stellen keine besonderen Anforderungen an das Gewicht des Kündigungsgrundes. In beiden Fällen soll die ordentliche Kündigung (weiterhin) möglich sein. „Unberührt“ von diesen Regelungen bleibt, wie sich aus § 17 Nr. 8 MTV ergibt, das Recht zur fristlosen Kündigung. 22

(2) Dadurch kommt zweierlei zum Ausdruck. Zum einen wird - durch die Worte „nur noch“ - das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen, soweit es nicht ausdrücklich für bestimmte Sachverhalte eröffnet ist. Zum anderen sind Kündigungen aus Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers insoweit einem besonderen Regime unterworfen, als das Arbeitsverhältnis in diesen Fällen nur „aus wichtigem Grund“ gekündigt werden kann. Dies legt sprachlich-syntaktisch die Annahme nahe, dass sich die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung auf betriebliche Gründe beschränkt. Das wird systematisch insoweit unterstützt, als die Kündigung „bei Vorliegen eines Sozialplans“ einen betrieblichen Anlass voraussetzt. Ein Sozialplan dient nach § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dem Ausgleich oder der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die Arbeitnehmern infolge einer geplanten *Betriebsänderung* entstehen. 23

bb) Zwar nimmt die in der Bestimmung vorgesehene Möglichkeit der ordentlichen Kündigung „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ nicht in gleicher Weise auf betriebliche Gründe Bezug. Es ist deshalb sprachlich nicht völlig ausgeschlossen, sie in diesem Fall auch auf Gründe in der Person und im Ver- 24



halten des Arbeitnehmers zu beziehen. Sinn und Zweck der Tarifregelung sprechen aber gegen ein solches Verständnis.

(1) Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ wurde im Jahr 1995 vor dem Hintergrund sozialversicherungsrechtlicher Regelungen zum Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Entlassungsentschädigung (*jetzt § 158 SGB III, vormals § 143a SGB III aF und davor § 117 AFG*) in den Tarifvertrag eingefügt. Nach den einschlägigen Vorschriften des SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn der Arbeitnehmer ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet und ihm wegen der Beendigung eine Abfindung gezahlt wird, bis zu dem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis bei Einhaltung der Kündigungsfrist geendet hätte. Ist die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ausgeschlossen, so gilt bei zeitlich unbegrenztem Ausschluss eine (fiktive) verlängerte Kündigungsfrist von 18 Monaten. In Fällen, in denen dem Arbeitnehmer - etwa aufgrund eines Tarifvertrags - ausschließlich bei Zahlung einer Entlassungsentschädigung ordentlich gekündigt werden kann, ruht der Anspruch bis zum Ablauf einer (fiktiven) Kündigungsfrist von einem Jahr (*§ 158 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 Nr. 1, Satz 4 SGB III, § 143a Abs. 1 Satz 1, Satz 3 Nr. 1, Satz 4 SGB III aF und davor § 117 Abs. 2 Satz 1, Satz 3 Nr. 1, Satz 4 AFG*). Dies gilt auch für den Fall, dass aus Anlass einer Betriebsänderung eine Abfindung aus einem Sozialplan gezahlt wird (*bspw. BSG 24. Mai 2006 - B 11a AL 21/05 R - Rn. 14; zum Ganzen auch ErfK/Rolfs 14. Aufl. § 158 SGB III Rn. 24 ff.*). Die fiktive Kündigungsfrist greift nur dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber - die ordentliche (tarifliche) Kündigungsmöglichkeit bei Entlassungsentschädigung hinweggedacht - zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrfrist berechtigt gewesen wäre, weil mangels anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit eine Lohnfortzahlung über den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hinaus zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers geworden wäre. In solchen Fällen ist entsprechend § 158 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 SGB III (*§ 143a Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 SGB III aF und davor § 117 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 AFG*) die Kündigungsfrist zugrunde zu legen, die gegolten

25

hätte, wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen gewesen wäre (BSG 29. Januar 2001 - B 7 AL 62/99 R - BSGE 87, 250).

(2) Diesen sozialrechtlichen Folgen trägt die „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ eröffnete Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung Rechnung. Sie ist dem erkennbaren Bemühen der Tarifvertragsparteien geschuldet, ein Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Gewährung einer Entlassungsentschädigung zu vermeiden (zu einer ähnlichen Tarifregelung vgl. Weiss Kommentar zum EMTV 5. Aufl. § 20 Anm. 13). Bis zu ihrer Einführung ließ § 17 Nr. 6.2 MTV die Kündigung lediglich „aus einem in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden wichtigen Grund“ oder „bei Vorliegen eines Sozialplans“ zu. Die zusätzlich eröffnete Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung zielt ersichtlich darauf, den sich aus § 158 Abs. 1 Satz 4 SGB III bzw. den entsprechenden Vorläuferregelungen ergebenden Folgen bei Entlassungsentschädigungen auf der Grundlage eines Sozialplans auszuschließen. Dagegen fehlt jeder Anhaltspunkt für die Annahme, die Tarifvertragsparteien hätten „bei ihrer Zustimmung“ nunmehr eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung auch als ordentliche zulassen wollen. Es erschiene einigermaßen sachfremd, die Antwort auf die Frage, ob der Arbeitgeber im Einzelfall trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 17 Nr. 6.2 MTV mit Blick auf Gründe in der Person oder im Verhalten des betreffenden Arbeitnehmers eine ordentliche - und nicht mehr nur aus wichtigem Grund eine außerordentliche - Kündigung soll aussprechen können, den Tarifvertragsparteien zu übertragen. In deren originäre Kompetenz fällt die Beurteilung wirtschaftlicher Parameter und der ökonomischen Lage einer bestimmten Branche oder auch eines einzelnen Arbeitgebers. Dagegen ist ihre Kompetenz zur Beurteilung der Eignung eines bestimmten einzelnen Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung auch künftig zu erbringen, oder zur Beurteilung der Schwere der Pflichtwidrigkeit eines bestimmten individuellen Verhaltens und seiner Zumutbarkeit für den Arbeitgeber nicht ausgewiesen. Es wäre angesichts dessen gänzlich ungewöhnlich, dass Tarifvertragsparteien eine Regelung hätten beschließen wollen, der zufolge ab einem bestimmten Lebensalter und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit eine Kündigung aus Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers zu dessen Schutz „eigentlich“ nur

26

noch außerordentlich aus wichtigem Grund, bei ihrer beider Zustimmung aber im Einzelfall weiterhin auch als ordentliche möglich sein soll. Wird ferner berücksichtigt, dass auch die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund jedenfalls bei Gründen in der Person des Arbeitnehmers regelmäßig nur mit einer Auslauffrist erklärt werden kann, ergäbe sich daraus für keine Partei des Arbeitsvertrags ein Vorteil. Sinn und Zweck der Möglichkeit ordentlicher Kündigungen „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ verbieten deshalb die Annahme, mit eben dieser Zustimmung sei auch eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung eines langbeschäftigten älteren Arbeitnehmers weiterhin als ordentliche möglich.

b) Im Übrigen ist die angefochtene Entscheidung auch dann rechtsfehlerhaft, wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, der Tarifvertrag lasse die Kündigung „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ auch aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers zu. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, eine solche Kündigung sei gegenüber der außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist aus wichtigem Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB vorrangig. 27

aa) Eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist kommt in Betracht, wenn der wichtige Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB darin liegt, dass der Arbeitgeber wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung andernfalls gezwungen wäre, für Jahre an einem sinnentleerten Arbeitsverhältnis festzuhalten (*vgl. zuletzt BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 28; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 16*). Ist das Arbeitsverhältnis noch ordentlich kündbar, scheidet eine außerordentliche Kündigung - auch eine solche mit Auslauffrist - von vornherein aus. 28

bb) Eine ordentliche Kündbarkeit in diesem Sinne ist nicht schon dann gegeben, wenn eine tarifvertragliche Regelung, die - wie § 17 Nr. 6.2 MTV - das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung grundsätzlich ausschließt, im Einzelfall die Möglichkeit vorsieht, das Arbeitsverhältnis „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ ausnahmsweise doch ordentlich zu kündigen. Die hypothetische Möglichkeit einer solchen Zustimmung hebt den Sonderkündigungs- 29

schutz nicht auf. Es verbleibt, solange die Zustimmung nicht vorliegt, beim Abschluss der ordentlichen Kündigung. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Tarifregelung selbst einen solchen Vorrang nicht begründet. Davon ist hier auszugehen.

(1) Die dem Arbeitgeber gemäß § 17 Nr. 6.2 MTV verbliebenen Kündigungsmöglichkeiten stehen eigenständig nebeneinander. Das bringt ihre Verknüpfung durch die Konjunktion „oder“ zum Ausdruck. Die Tarifregelung bietet ihrem Wortlaut nach keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Kündigung „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ Vorrang vor einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist zukommen soll. 30

(2) Ein solches Rangverhältnis lässt sich ebenso wenig dem Zweck der zusätzlichen Kündigungsmöglichkeit entnehmen. Dieser besteht nicht darin, praktisch vorrangige ordentliche Kündigungen gegenüber den besonders geschützten älteren Arbeitnehmern zu ermöglichen. Die Regelung verfolgt - wie dargelegt - das Ziel, im Rahmen des rechtlich Zulässigen durch eine vorherige Aufhebung des Sonderkündigungsschutzes Nachteile zu vermeiden, die bei (fort-)bestehendem Schutz etwa dann entstehen können, wenn für den Arbeitnehmer aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Entlassungsentschädigung begründet wird. Solche Nachteile stehen nicht zu erwarten, wenn die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist aus Gründen in der Person oder dem Verhalten vorliegen. 31

cc) Der Arbeitgeber, der bei Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB das Arbeitsverhältnis außerordentlich - mit oder ohne Auslauffrist - kündigen will, muss auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zuvor erfolglos versucht haben, die Zustimmung der Tarifvertragsparteien einzuholen und damit eine (Wieder-)Eröffnung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung zu erreichen. Zwar ist auch eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist iSv. § 626 Abs. 1 BGB nur wirksam, wenn dem Arbeitgeber sämtliche „milderen“ Reaktionsmöglichkeiten verschlossen oder unzumutbar sind (*BAG 27. September 2012 - 2 AZR 646/11 - Rn. 41*). Die ordentliche 32

Kündigung „bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ ist aber in ihrer Ausgestaltung durch § 17 Nr. 6.2 MTV kein gleich wirksames Gestaltungsmittel wie die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist. Die Tarifbestimmung legt für die Zustimmung keine abstrakten Maßstäbe fest. Sie sieht auch keinen zeitlichen Rahmen vor, innerhalb dessen die Tarifvertragsparteien über ein an sie herangetragenes Gesuch zu befinden hätten. Schon deshalb kann dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, trotz Vorliegen eines wichtigen Grundes von seinem Kündigungsrecht bis zu einer Bescheidung durch die Tarifvertragsparteien keinen Gebrauch zu machen.

II. Die Sache ist nicht entscheidungsreif. Der Senat kann nicht selbst beurteilen, ob die Kündigung vom 10. Februar 2010 in Anbetracht des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung auf einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, § 17 Nr. 6.2 MTV beruht. Auf einen anderen Unwirksamkeitsgrund iSv. § 13 Abs. 3 KSchG hat sich der Kläger nicht berufen. 33

1. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht geprüft, ob im Kündigungszeitpunkt von einer dauernden Unfähigkeit des Klägers auszugehen war, seine geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Ebenso wenig hat es geprüft, ob die Möglichkeit eines Einsatzes auf einem anderen Arbeitsplatz gegeben war. Es hat hierzu keine, zumindest keine eindeutigen Feststellungen getroffen, und es hat die erstinstanzlich erhobenen Beweise nicht umfassend gewürdigt. Das wird es im Rahmen der neuen Verhandlung nachzuholen haben. 34

a) Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger nach § 615 BGB Vergütung aus Annahmeverzug für Zeiten während der durch die Kündigung vom 10. Februar 2010 bestimmten Kündigungsfrist zuerkannt. Das Berufungsurteil ist insoweit rechtskräftig geworden. Soweit das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang konkrete Feststellungen zur Arbeitsfähigkeit des Klägers getroffen hat, beziehen diese sich auf den 7. Januar 2010. Im Übrigen hat es angenommen, die Beklagte habe hinsichtlich einer den Verzugslohnanspruch beendenden Arbeitsunfähigkeit keinen hinreichenden Vortrag gehalten. 35

- b) Diese Würdigung bietet dem Senat keine ausreichende Beurteilungsgrundlage. Sie bezieht sich nicht auf die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist. Darauf aber kommt es für die Entscheidung über den Feststellungsantrag an. Das betreffende Vorbringen der Beklagten ist auch nicht offensichtlich un schlüssig. 36
- aa) Der Kläger war spätestens seit dem Jahr 2006 aufgrund verschiedener Krankheitsursachen in seiner Leistungsfähigkeit deutlich eingeschränkt. Insbesondere psychische Erkrankungen waren - bis zuletzt - nicht ausgeheilt. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit angenommen, der Kläger befinde sich „in einem Grenzbereich zwischen Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsfähigkeit“. Die Vielzahl der Reha-Maßnahmen, ambulanten wie auch stationären Behandlungen und Wiedereingliederungen deuten zudem an, dass der Kläger vor Zugang der Kündigung nicht in der Lage war, eine vollwertige Arbeitsleistung zu erbringen, und sei es auch in der sog. Eingliederungswerkstatt. 37
- bb) Das erstinstanzlich eingeholte arbeitsmedizinische Gutachten kommt zu dem Ergebnis, der Kläger sei im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung dauerhaft nicht in der Lage gewesen, seine vertraglich geschuldeten Pflichten zu erbringen. Es bestätigt insoweit den Befund im ärztlichen Entlassungsbericht vom 14. Oktober 2009. Ein im Anschluss an die betreffende Reha-Maßnahme unternommener Arbeitsversuch wurde vom Kläger nach kurzer Zeit abgebrochen. Unter diesen Umständen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass im Kündigungszeitpunkt - trotz eines vorhandenen „Restleistungsvermögens“ - von einer dauerhaften krankheitsbedingten Unfähigkeit des Klägers auszugehen war, die vertraglich geschuldete oder eine infrage kommende andere Tätigkeit sachgerecht auszuführen. Dabei kann auch die Entwicklung nach Zugang der Kündigung - nach Behauptung der Beklagten eine fortbestehende Arbeitsunfähigkeit und die Durchführung weiterer Reha-Maßnahmen - in den Blick zu nehmen sein, soweit sich darin die Prognose der Beklagten bestätigt haben sollte (*BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 32; 13. Mai 2004 - 2 AZR 36/04 - zu III der Gründe*). 38

cc) Sollte es dem Landesarbeitsgericht auf das Sachverständigengutachten ankommen, wird es dieses in seinen Grundlagen (Befund- und Zusatzsachen) und in seinen Schlussfolgerungen in einer für die Verfahrensbeteiligten nachvollziehbaren Weise auf seine Richtigkeit zu überprüfen haben. Soweit es - wie bei seiner Entscheidung über den Zahlungsantrag - zu dem Ergebnis gelangen sollte, die Sachverständige habe Befunde, die der werksärztliche Dienst gestellt habe, keiner „hinreichend kritischen Analyse“ unterzogen, wird es erwägen müssen, ob Anlass besteht, auf ein Ergänzungsgutachten hinzuwirken oder das Erscheinen der Sachverständigen zum Verhandlungstermin zwecks Erläuterung des Gutachtens anzuordnen (*vgl. Musielak ZPO/Huber 11. Aufl. § 411 Rn. 7 mwN*). 39

2. Das Landesarbeitsgericht wird außerdem zu berücksichtigen haben, dass nicht nur die dauerhafte Leistungsunfähigkeit ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB sein kann. Auch häufige kürzere Erkrankungen können dazu führen, dass ein Einsatz des Arbeitnehmers nicht mehr sinnvoll und verlässlich geplant werden kann und dieser damit zur Förderung des Betriebszwecks praktisch nichts mehr beiträgt. Die Aufrechterhaltung eines solchermaßen sinnentleerten Arbeitsverhältnisses kann dem Arbeitgeber auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein (*vgl. BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 28; 12. Januar 2006 - 2 AZR 242/05 - Rn. 27; 18. Januar 2001 - 2 AZR 616/99 - zu II 4 c cc der Gründe*). Es erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass es der Beklagten aufgrund der zuletzt deutlich angewachsenen Fehlzeiten des Klägers in Verbindung mit einer stetigen Verschlechterung seines Gesundheitszustands, der Vielzahl ergebnislos verlaufener Wiedereingliederungsversuche und weiterer vom Kläger abgelehnter Tätigkeiten nach einem strengen Prüfungsmaßstab unzumutbar war, an dem Arbeitsverhältnis festzuhalten. Soweit sich die Beklagte selbst (nur) auf den Kündigungsgrund einer dauerhaften Leistungsunfähigkeit berufen hat, ist diese Einschätzung für die gerichtliche Bewertung unbeachtlich. 40

3. Die Beklagte hat in der Vergangenheit erhebliche Anstrengungen unternommen, den Kläger mit unterschiedlichen Aufgaben zu beschäftigen. Sie 41

hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts mehrfach ein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt, ohne dass der Kläger diesbezüglich Rügen erhoben hätte. Allerdings ist es im Rahmen der außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, von vornherein darzulegen, dass er alles Zumutbare unternommen hat, um den Arbeitnehmer im Arbeitsprozess zu halten. Er muss dies nicht erst dann tun, wenn der Arbeitnehmer geeignete Beschäftigungsmöglichkeiten aufgezeigt hat (vgl. BAG 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 46, BAGE 132, 299). Soweit es noch darauf ankommen sollte, wird das Landesarbeitsgericht diese Prüfung, ebenso wie eine abschließende Interessenabwägung, nachzuholen haben.

Kreft

Rachor

Berger

Perreng

Wolf