

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 22. Oktober 2015
- 2 AZR 381/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:221015.U.2AZR381.14.0

I. Arbeitsgericht Aachen

Urteil vom 27. August 2013
- 4 Ca 1400/13 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 29. Januar 2014
- 3 Sa 866/13 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Strafhaft

Bestimmungen:

BGB §§ 626, 275, 134; SGB IX §§ 91, 85, 2, 68; StGB §§ 51, 57; StPO §§ 359, 360; StVollzG §§ 7, 11, 23 ff., 41, 149; StVollzG NRW §§ 10, 12, 18 ff., 29, 53 ff., 94; LPVG NRW §§ 1, 50, 52, 66, 74, 78; TV-L § 34

Leitsätze:

1. Die langjährige Arbeitsverhinderung aufgrund einer Strafhaft kann einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit darstellen.
2. Die Zustimmungsfiktion des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX greift auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit ein.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 381/14
3 Sa 866/13
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Oktober 2015

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsklagendes Land,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter

am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Krichel und Eulen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 29. Januar 2014 - 3 Sa 866/13 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des beklagten Landes wird das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 27. August 2013 - 4 Ca 1400/13 - teilweise abgeändert:
Die Klage wird insgesamt abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1
- Der 1960 geborene, einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Kläger war seit 1989 als Verwaltungsfachwirt beim Landesbetrieb Straßenbau des beklagten Landes beschäftigt. Sein Arbeitsverhältnis war nach § 34 TV-L ordentlich unkündbar. 2
- Mit rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Aachen aus dem Juli 2011 wurde der Kläger wegen schweren sexuellen Missbrauchs und Vergewaltigung in jeweils mehreren Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Seit dem 18. Februar 2013 befindet er sich in Strafhaft. 3
- Mit Schreiben vom 26. Februar 2013 bat das beklagte Land den Gesamtpersonalrat des Landesbetriebs Straßenbau um Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrfrist. Der Gesamtpersonalrat stimmte der beabsichtigten Maßnahme am 28. Februar 2013 zu. 4

Unter dem 1. März 2013 beantragte das beklagte Land beim Integrationsamt die Zustimmung zu einer solchen Kündigung. Mit einem Schreiben vom 18. März 2013, dem eine Widerspruchsbelehrung beigelegt war, „bestätigte“ das Integrationsamt, dass die Zustimmung gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX als erteilt gelte. 5

Mit Schreiben vom 19. März 2013 kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit Auslaufzeit zum 30. September 2013. 6

Hiergegen hat der Kläger sich rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat gemeint, die Kündigung sei unwirksam. Es liege weder eine Zustimmung des Integrationsamts noch ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor. Er sei zu Unrecht verurteilt worden und rechne mit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens. In der Justizvollzugsanstalt müsse ein Telearbeitsplatz für ihn eingerichtet werden. Jedenfalls könne er durch einen Arbeitnehmer aus dem „Personalpool“ des beklagten Landes vertreten werden. Ein abwesenheitsbedingter Erfahrungsverlust sei auch über mehrere Jahre nicht zu besorgen. 7

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt 8
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung des beklagten Landes vom 19. März 2013 nicht aufgelöst worden ist.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Kündigung als wirksam verteidigt. Ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB liege vor. Die Zustimmung des Integrationsamts sei gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX als erteilt anzusehen. Die Vorschrift gelte auch für außerordentliche Kündigungen mit Auslaufzeit. Jedenfalls sei der Eintritt der Fiktion durch bestandskräftigen Verwaltungsakt des Integrationsamts vom 18. März 2013 festgestellt worden. 9

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit seiner Revision 10
verfolgt das beklagte Land das Ziel weiter, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Un- 11
recht stattgegeben. Sie ist unbegründet.

A. Die Kündigung des beklagten Landes vom 19. März 2013 hat das Ar- 12
beitsverhältnis der Parteien mit Ablauf der korrekt bemessenen Auslaufrist am
30. September 2013 aufgelöst. Sie ist wirksam.

I. Es besteht ein wichtiger Grund iSv. § 34 Abs. 2 TV-L iVm. § 626 Abs. 1 13
BGB für eine außerordentliche Kündigung mit - notwendiger - Auslaufrist.

1. Ein personenbedingter Grund für eine ordentliche Kündigung des Ar- 14
beitsverhältnisses liegt grundsätzlich - unbeschadet einer abschließenden Inte-
ressenabwägung - zumindest dann vor, wenn der Arbeitnehmer im Kündi-
gungszeitpunkt noch eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zu verbüßen
hat und eine vorherige Entlassung nicht sicher zu erwarten steht. In einem sol-
chen Fall kann dem Arbeitgeber regelmäßig nicht zugemutet werden, lediglich
Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte Neubeset-
zung des Arbeitsplatzes zu verzichten. Dabei ist ua. bedeutsam, dass bei zu-
nehmender Haftdauer die Verwirklichung des Vertragszwecks in Frage gestellt
wird. Eine mehrjährige Abwesenheit des Arbeitnehmers geht typischerweise mit
einer Lockerung seiner Bindungen an den Betrieb und die Belegschaft sowie
dem Verlust von Erfahrungswissen einher, das aus der täglichen Routine resul-
tiert. Dementsprechend muss der Arbeitgeber bei der Rückkehr eines langjährig
inhaftierten Arbeitnehmers mit Einarbeitungsaufwand rechnen (*vgl. BAG*
23. Mai 2013 - 2 AZR 120/12 - Rn. 20 ff., insbes. Rn. 37; 24. März 2011 - 2 AZR
790/09 - Rn. 12 ff., insbes. Rn. 23; 25. November 2010 - 2 AZR 984/08 -
Rn. 11 ff., insbes. Rn. 25, BAGE 136, 213).

2. Bei einer haftbedingten Arbeitsverhinderung kommt auch eine außerordentliche Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers mit einer der - fiktiven - ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist in Betracht. Ein „an sich“ wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für eine solche Kündigung besteht jedenfalls dann, wenn die vorübergehende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung iSv. § 275 Abs. 1 BGB mit einer „endgültigen“ Unmöglichkeit gleichzusetzen ist. Ein zeitweiliges Erfüllungshindernis kommt einem dauernden gleich, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragspartner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Abwägung der Belange beider Vertragsteile die Einhaltung des Vertrags nicht zugemutet werden kann (*BGH 8. Mai 2014 - VII ZR 203/11 - Rn. 23, BGHZ 201, 148; siehe auch Picker RdA 2012, 40, 45*). Das ist bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis wenigstens dann der Fall, wenn die vom Arbeitnehmer selbst zu vertretende Arbeitsverhinderung zu einer kompletten Entfremdung von Betrieb, Belegschaft und Arbeitsaufgaben führt und sich deshalb die „Wiederaufnahme“ der Tätigkeit lediglich formal als Fortsetzung ein und desselben Arbeitsverhältnisses darstellt. So liegt es regelmäßig dann, wenn die Dauer von zwei Jahren Freiheitsstrafe, die dem Arbeitgeber die Vornahme von Überbrückungsmaßnahmen zur Vermeidung einer ordentlichen Kündigung in jedem Fall unzumutbar macht, um ein Mehrfaches überschritten wird. 15
3. Danach sind die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist erfüllt. 16
- a) Es besteht ein „an sich“ wichtiger Grund. 17
- aa) Der Kläger ist rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt worden. Er hatte die Haft erst knapp einen Monat vor Zugang der Kündigung angetreten. Auf die zu verbüßende Strafe ist kein bereits erlittener Freiheitsentzug in nennenswertem Umfang anzurechnen (§ 51 Abs. 1 Satz 1 StGB). Der Kläger hatte sich nur in der Zeit vom 1. Juli bis zum 25. August 2011 in Untersuchungshaft befunden. 18

- bb) Im Streitfall liegen keine Besonderheiten vor, die zu einer abweichenden Beurteilung Anlass gäben. 19
- (1) Der Kläger hat die haftbedingte Arbeitsverhinderung selbst zu vertreten. Seine Auseinandersetzung mit der Beweiswürdigung im Strafurteil ist rudimentär. Seine punktuellen Angriffe sind nicht geeignet, deren Richtigkeit in Frage zu stellen. Erst recht stellt es eine subjektive, tatsächlich durch nichts belegte Einschätzung des Klägers dar, wenn er meint, es sei mit einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu rechnen. Ein Wiederaufnahmegrund iSv. § 359 StPO ist nicht ersichtlich. Durch das bloße Anbringen eines entsprechenden Antrags würde die Vollstreckung des Strafurteils nicht gehemmt (§ 360 StPO). 20
- (2) Im Kündigungszeitpunkt stand nicht etwa aufgrund konkreter Angaben in einem Vollzugsplan iSv. § 7 StVollzG, § 10 StVollzG NRW sicher zu erwarten, dass der Kläger den „Freigängerstatus“ erlangen (§ 11 StVollzG, §§ 12, 53 ff. StVollzG NRW) oder vorzeitig aus der Haft entlassen würde (§ 57 StGB). Ebenso wenig kann das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen schon für Jahre im Voraus abgeschätzt werden (vgl. BAG 24. März 2011 - 2 AZR 790/09 - Rn. 18; 25. November 2010 - 2 AZR 984/08 - Rn. 17). 21
- (3) Eine möglicherweise vom beklagten Land vorgehaltene Personalreserve diene jedenfalls nicht dem Zweck, haftbedingte Ausfälle zu überbrücken (vgl. BAG 24. März 2011 - 2 AZR 790/09 - Rn. 22; zustimmend Picker RdA 2012, 40, 45). Deshalb spielt es keine Rolle, dass der Kläger während der Dauer einer Arbeitsunfähigkeit, die der Strafhaft vorausgegangen war, aus einem solchen „Pool“ vertreten worden sein will. 22
- (4) Es ist nicht davon auszugehen, dass der Kläger auf einem Telearbeitsplatz in der Justizvollzugsanstalt beschäftigt werden könnte. Der von ihm in Bezug genommene § 149 StVollzG, § 94 StVollzG NRW befasst sich mit sog. Arbeitsbetrieben, dh. mit in den Anstalten unterhaltenen Einrichtungen privater Unternehmen, die der Umsetzung der *Arbeitspflicht* der Gefangenen gemäß § 41 StVollzG, § 29 StVollzG NRW dienen. Im Übrigen wären die Beschränkungen von Außenkontakten nach §§ 23 ff. StVollzG, §§ 18 ff. StVollzG NRW 23

zu beachten. Insofern hätte der Kläger allenfalls einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung. Er hat aber weder vorgetragen, dass er einen Antrag auf Einrichtung eines „sicheren“ Telearbeitsplatzes gestellt habe, noch ist ersichtlich, aufgrund welcher Umstände eine Ablehnung durch die Anstaltsleitung ermessensfehlerhaft sein müsste.

b) Der Senat kann die Interessenabwägung an Stelle des Landesarbeitsgerichts vornehmen, weil der maßgebliche Sachverhalt feststeht (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 38, BAGE 137, 54*). Sie führt nicht zu einem Überwiegen der Belange des Klägers. Zwar ist zu seinen Gunsten eine nahezu 24-jährige Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen, deren beanstandungsfreier Verlauf unterstellt werden kann. Zudem mag auf seine Unterhaltspflichten, seine Behinderung und seine Arbeitsmarktchancen Bedacht genommen werden. Gleichwohl geht das Beendigungsinteresse des beklagten Landes vor. Der Kläger hat seinen außergewöhnlich langen Ausfall selbst verschuldet. Die Freiheitsstrafe, die er im Kündigungszeitpunkt gerade erst angetreten hatte, beläuft sich auf mehr als das Dreieinhalbfache des für eine ordentliche Kündigung regelmäßig ausreichenden Zweijahreszeitraums. Es kommt hinzu, dass das beklagte Land nach dem Urteil des Landgerichts vom Juli 2011 trotz des Ausfalls durch die Untersuchungshaft und die nachfolgende Arbeitsunfähigkeit noch über 20 Monate zugewartet und bereits dadurch in nicht unbedeutendem Umfang auf die Belange des Klägers Rücksicht genommen hat. Im Rahmen der Interessenabwägung erhebliche, ihn entlastende besondere Umstände hat der Kläger demgegenüber nicht vorgetragen. Insbesondere kann mit Blick auf die von ihm geschuldete Tätigkeit als Verwaltungsfachwirt nicht angenommen werden, dass nach einer Rückkehr aus der Haft keine beträchtliche „Wiedereinarbeitung“ erforderlich würde. Angesichts dessen kann von dem beklagten Land nicht verlangt werden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

24

- II. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Klägers (§§ 2, 68 SGB IX) ist nicht nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB nichtig. 25
1. Das beklagte Land hat die Zustimmung des Integrationsamts innerhalb der Frist des § 91 Abs. 2 SGB IX beantragt. Zum einen liegt der Kündigung ein Dauertatbestand zugrunde (vgl. BAG 13. Mai 2004 - 2 AZR 36/04 - zu II 1 der Gründe). Zum anderen hat es den Antrag innerhalb von zwei Wochen nach Antritt der Strafhaft angebracht. 26
2. Die Zustimmung des Integrationsamts galt als erteilt, bevor die Kündigung erklärt wurde. 27
- a) Gemäß § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX trifft das Integrationsamt bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung die Entscheidung innerhalb von zwei Wochen vom Tag des Eingangs des Antrags an. Nach § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX gilt die Zustimmung als erteilt, wenn - wie hier - innerhalb dieser Frist eine Entscheidung nicht getroffen wird. 28
- b) Im Streitfall kann offenbleiben, ob die Gerichte für Arbeitssachen schon deshalb davon auszugehen haben, dass die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung fingiert wurde, weil das Integrationsamt mit seinem Schreiben vom 18. März 2012 einen entsprechenden feststellenden Verwaltungsakt erlassen hat, den der Kläger mit einem Widerspruch hätte angreifen können und müssen (zum Erfordernis einer schriftlichen, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen „Bestätigung“ des Fiktionseintritts vgl. BVerwG 10. September 1992 - 5 C 39.88 - BVerwGE 91, 7). 29
- c) Die Fiktion des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX ist unabhängig von einer solchen Feststellung eingetreten. Richtigerweise greift sie auch bei Anträgen auf Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit ein. 30

(aa) Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht findet § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX bei der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist keine Anwendung (*Beyer jurisPR-ArbR 28/2013 Anm. 4; Düwell in LPK-SGB IX 4. Aufl. § 91 Rn. 11; FKS-SGB IX/Schmitz 3. Aufl. § 91 Rn. 4 ff.; Griebeling NZA 2005, 494, 500; Griebeling in Hauck/Noftz SGB IX § 91 Rn. 4; Trenk-Hinterberger in HK-SGB IX 3. Aufl. § 91 Rn. 12; Lampe Der Kündigungsschutz behinderter Arbeitnehmer Rn. 519; Schmidt Schwerbehindertenerbeitsrecht 2. Aufl. Rn. 765*). Es gebe bei solchen Kündigungen, denen regelmäßig Dauertatbestände zugrunde lägen, keinen Grund für eine Verfahrensbeschleunigung. Zudem dürfe ein tariflicher Sonderkündigungsschutz sich nicht gegen den Arbeitnehmer auswirken. Ob danach § 91 SGB IX insgesamt unangewendet zu bleiben hat oder lediglich seine Absätze 3 und 4 SGB IX nicht gelten können, wird unterschiedlich beurteilt (*für eine „gesplittete“ Lösung: Beyer aaO; Griebeling in Hauck/Noftz aaO; Trenk-Hinterberger in HK-SGB IX aaO; Lampe aaO; für eine Geltung von § 88 SGB IX: KDZ/Söhngen KSchR 9. Aufl. § 91 SGB IX Rn. 2; unentschieden: Düwell in LPK-SGB IX aaO; unklar: FKS-SGB IX/Schmitz aaO*).

bb) Nach anderer Ansicht gilt der gesamte § 91 SGB IX auch bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist (*BAG 12. Mai 2005 - 2 AZR 159/04 - zu B I 1 der Gründe; VG Düsseldorf 10. Juni 2013 - 13 K 6670/12 - Rn. 66; VG Stuttgart 7. Februar 2011 - 11 K 2352/10 -; ErfK/Rolls 15. Aufl. § 91 SGB IX Rn. 2; Knittel SGB IX 8. Aufl. § 91 Rn. 31 ff.; Kossens in Kossens/von der Heide/Maaß SGB IX 4. Aufl. § 91 Rn. 4; KR/Etzel/Gallner 10. Aufl. § 91 SGB IX Rn. 2; wohl auch Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 91 Rn. 2, 4; siehe zudem BAG 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - zu B V 3 der Gründe; VGH Baden-Württemberg 5. August 1996 - 7 S 483/95 - jeweils zu § 21 SchwbG*). Es entstehe bei der Anwendung von § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX auf einen Antrag auf Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist kein Wertungswiderspruch solchen Gewichts, dass er eine Abweichung von der eindeutigen gesetzlichen Regelung zu rechtfertigen vermöge.

cc) Diese Auffassung trifft zu. Der erstgenannten Ansicht könnte angesichts eines klaren Gesetzeswortlauts nur durch eine teleologische Reduktion des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX Geltung verschafft werden. Deren Voraussetzungen liegen nicht vor. 33

(1) Die teleologische Reduktion ist dadurch gekennzeichnet, dass sie die nach ihrem Wortlaut anzuwendende Vorschrift hinsichtlich eines Teils der von ihr erfassten Fälle für gleichwohl unanwendbar hält, weil Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte und Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelung gegen eine uneingeschränkte Anwendung sprechen (*vgl. BSG 4. Dezember 2014 - B 2 U 18/13 R - Rn. 27 mwN*). Sie setzt voraus, dass der gesetzessprachlich erfasste, dh. der gesetzlich in bestimmter Weise geregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes nach einer anderen Entscheidung verlangt als die übrigen geregelten Fälle, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (*vgl. BAG 21. Februar 2013 - 2 AZR 433/12 - Rn. 20 mwN*). Eine Gesetzesanwendung, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortsinn einer Norm hintan stellt, ohne dass diese Voraussetzungen vorlägen, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (*vgl. BVerfG 19. Mai 2015 - 2 BvR 1170/14 - Rn. 51*). 34

(2) Der Wortsinn des § 91 SGB IX ist eindeutig. Die Norm spricht ohne weitere Differenzierung von außerordentlichen Kündigungen. Das umschließt solche mit notwendiger Auslauffrist. Die Gesetzesfassung ist in Bezug auf derartige Kündigungen auch nicht gleichheitswidrig überschießend. Der Gesetzgeber, dem die Rechtsprechung des Senats zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung des § 21 SchwbG bekannt gewesen sein muss (*so der zutreffende Hinweis von VG Düsseldorf 10. Juni 2013 - 13 K 6670/12 -*), hat bei der Verabschiedung des SGB IX im Jahr 2001 (*BGBI. I S. 1046*) die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist aus guten Gründen nicht aus dem Anwendungsbereich des § 91 SGB IX herausgenommen. 35

(a) Ausweislich seines Absatzes 4 möchte § 91 SGB IX alle Kündigungen erfassen, für die ein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB erforderlich ist. Nach dieser Vorschrift *soll* das Integrationsamt die Zustimmung erteilen, wenn die Kündigung aus einem - „wichtigen“ - Grund erfolgt, der mit der Behinderung nicht im Zusammenhang steht. Auch eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist erfordert einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Das gilt gerade auch im Hinblick auf einen Sachverhalt, der bei einem Arbeitnehmer ohne Sonderkündigungsschutz nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen könnte (*vgl. BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 28, BAGE 147, 162*).

(b) Soweit § 91 SGB IX das Beschleunigungsinteresse der Arbeitsvertragsparteien schützen möchte (*vgl. BAG 12. Mai 2005 - 2 AZR 159/04 - zu B I 3 b bb der Gründe*) und insofern an § 626 Abs. 2 BGB anknüpft, könnte allenfalls unterschieden werden zwischen Kündigungen, die auf einem einmaligen Vorfall beruhen, und solchen, denen ein Dauertatbestand zugrunde liegt. Es ist aber weder so, dass eine außerordentliche fristlose Kündigung nicht auch auf einen Dauertatbestand gestützt werden könnte, noch ist es ausgeschlossen, dass ein einmaliger Vorfall lediglich zu einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist berechtigt (*vgl. BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - Rn. 45*). Zudem wird dem Beschleunigungsinteresse des Arbeitgebers nicht ausreichend Rechnung getragen, wenn allein die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB in den Blick genommen würde. Der Arbeitgeber wird - anders als im Streitfall - oftmals nicht von der Pflicht zur Zahlung des Entgelts befreit sein, obgleich ihm ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Seite steht. Sein berechtigtes Anliegen, die Kündigung zeitnah erklären zu können, würde erheblich geschwächt, wollte man § 88 Abs. 1 SGB IX anstelle von § 91 Abs. 3 SGB IX für einschlägig erachten. Nach § 88 Abs. 1 SGB IX *soll* das Integrationsamt die Entscheidung innerhalb eines Monats treffen. Eine Fristüberschreitung hat keine gesetzlichen Konsequenzen. Gemäß § 91 Abs. 3 SGB IX *muss* das Integrationsamt den Antrag innerhalb von zwei Wochen bescheiden, andernfalls wird seine Zustimmung fingiert. Die vergleichbare, allerdings eine „Bearbeitungsfrist“ von einem Monat vorsehende

Regelung in § 88 Abs. 5 SGB IX betrifft lediglich die Sonderfälle einer ordentlichen Kündigung gemäß § 89 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 SGB IX (*Betriebseinstellung/-auflösung und „Insolvenzkündigungen“ unter bestimmten Voraussetzungen*).

(c) Mit der gesetzlichen Fiktion wird auch dem Rechtsschutzbedürfnis des Arbeitnehmers genügt. Der gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX fingierte Verwaltungsakt entfaltet alle Wirkungen einer erteilten Zustimmung. Die Fiktion hat Surrogatscharakter (*vgl. BVerwG 12. Juli 2012 - 5 C 16.11 - Rn. 12, BVerwGE 143, 325; 10. September 1992 - 5 C 39.88 - BVerwGE 91, 7*). Der Arbeitnehmer kann deshalb eine volle, zeitlich nicht limitierte materiell-rechtliche Überprüfung erreichen, indem er Widerspruch gegen den fingierten Verwaltungsakt einlegt (*in diesem Sinne VG Stuttgart 7. Februar 2011 - 11 K 2353/10 -; Knittel SGB IX 8. Aufl. § 91 Rn. 33*). Im Widerspruchsverfahren geht es nicht mehr darum, ob die Zustimmung als erteilt gilt, sondern allein darum, ob sie hätte erteilt werden dürfen. Dabei besteht wie stets die Möglichkeit, dass der fingierte Verwaltungsakt aufgehoben wird. 38

3. Es kann dahinstehen, ob das beklagte Land die Kündigung unverzüglich nach „Erteilung“ der Zustimmung iSv. § 91 Abs. 5 SGB IX erklärt hat. Die Vorschrift greift erst dann ein, wenn die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB abgelaufen ist (*vgl. BAG 13. Mai 2004 - 2 AZR 36/04 - zu II 2 der Gründe*). Dem war hier nicht so. Kündigungsgrund ist ein unveränderter Dauertatbestand. 39

III. Die Kündigung ist nicht gemäß § 74 Abs. 3 LPVG NRW unwirksam. Das beklagte Land hat den nach § 1 Abs. 2, § 50 Abs. 1, § 52, § 78 Abs. 1 und Abs. 4 LPVG NRW zuständigen Gesamtpersonalrat des Landesbetriebs Straßenbau vollständig iSv. § 66 Abs. 2 Satz 1 LPVG NRW am 26. Februar 2013 unterrichtet und ihn unter Bezugnahme auf § 74 Abs. 1 Satz 1 LPVG NRW um Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme gebeten. Diese hat der Gesamtpersonalrat mit Schreiben vom 28. Februar 2013 erteilt. 40

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

41

Kreft

Rachor

Niemann

Krichel

Jan Eulen