

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 827/11
2 Sa 309/11
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. November 2012

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Avenarius und Henniger für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. Mai 2011 - 2 Sa 309/11 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten 1
ausgesprochenen ordentlichen Kündigung.

Der mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehinderte Kläger 2
war seit 1989 bei der W GmbH beschäftigt. Über deren Vermögen wurde durch
Beschluss des Amtsgerichts D am 1. Juni 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet
und Rechtsanwalt Dr. K zum Insolvenzverwalter ernannt.

Ab 1. Juli 2010 übernahm die Beklagte den Betrieb der W GmbH (*im* 3
Folgenden: Insolvenzsuldnerin). Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass
auch das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte übergegangen ist,
diese also Arbeitgeberin des Klägers geworden ist. Bereits am 23. Juni 2010
hatte der Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat der Insolvenzsuldnerin
einen Interessenausgleich mit Namensliste gemäß § 125 Abs. 1 InsO verein-
bart. Dieser sah einen Abbau von 120 der bisher 650 Arbeitsplätze vor. Der
Kläger war in der Liste der zu kündigenden Mitarbeiter aufgeführt. Nachdem der
Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 29. Juni 2010 beim LWL-Integrationsamt
Westfalen einen Antrag auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des
Klägers gestellt hatte, erteilte dieses mit Bescheid vom 29. Juli 2010 die Zu-
stimmung. In den Entscheidungsgründen dieses Bescheides heißt es ua.
(*wörtliche Wiedergabe*):

„Die Zustimmung zur Kündigung ist hier nach § 89 Abs. 3 SGB IX zu erteilen. Nach dieser Vorschrift soll das LWL-Integrationsamt Westfalen die Zustimmung erteilen, wenn über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Dies ist hier mit Beschluss des Amtsgerichtes vom 01.06.2010 geschehen. Der Insolvenzverwalter ist antragsbefugt im Sinne des § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, da der Arbeitgeber mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Antragsbefugnis verloren hat. Das LWL-Integrationsamt Westfalen soll nach § 89 Abs. 3 SGB IX die Zustimmung erteilen, wenn der schwerbehinderte Mensch in einem Interessenausgleich namentlich als einer der zu entlassenen Arbeitnehmer bezeichnet ist, die Schwerbehindertenvertretung beim Zustandekommen des Interessenausgleiches beteiligt wurde, der Anteil der nach dem Interessenausgleich zu entlassenen schwerbehinderten Menschen an der Zahl der beschäftigten schwerbehinderten Menschen nicht größer ist als der Anteil der zu entlassenen übrigen Arbeitnehmer an der Zahl der beschäftigten übrigen Arbeitnehmer und die Gesamtzahl der schwerbehinderten Menschen, die nach dem Interessenausgleich bei dem Arbeitgeber verbleiben sollen, zur Erfüllung der Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX ausreichend.

Dies ist vorliegend der Fall. Herr Kr ist namentlich im Interessenausgleich genannt, die Schwerbehindertenvertretung wurde beim Zustandekommen beteiligt. Auch nach der Personalreduzierung wird die Pflichtquote erfüllt, die schwerbehinderten Arbeitnehmer sind nicht überproportional vom Personalabbau betroffen. Das LWL-Integrationsamt Westfalen sieht daher trotz der Bedenken des Herrn Kr keine andere Möglichkeit als der beantragten Kündigung zuzustimmen. Der Einwand von Herrn Kr, dass er von einer fehlerhaften Sozialauswahl ausgehen müsse und zudem weiterhin Beschäftigungsbedarf bestehe, kann nicht zu einer versagenden Entscheidung des LWL-Integrationsamtes Westfalen führen. Zwar hat sich der Insolvenzverwalter zu den Ausführungen nicht geäußert, jedoch bestätigen sowohl der Betriebsrat als auch die Schwerbehindertenvertretung, dass Herr Kr bei der durchgeführten Sozialauswahl weniger schutzwürdig gewesen sei und das die Einsatzmöglichkeit entfallen ist.

Das LWL-Integrationsamt Westfalen erkennt bei seiner Entscheidung nicht, dass der Verlust des Arbeitsplatzes für Herrn Kr, insbesondere auch aufgrund der derzeitigen Situation am Arbeitsmarkt, eine Härte darstellt. Letztlich bleibt Herrn Kr die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der

angestrebten Kündigung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit überprüfen zu lassen.“

Das Landesarbeitsgericht hat im Tatbestand seines Urteils festgestellt, 4
dass die Zustimmung des Integrationsamts dem Insolvenzverwalter erteilt
worden war. Es hat aber keine Feststellungen dazu getroffen, in welcher Form
dies erfolgt ist. Der Kläger bestreitet eine ordnungsgemäße Zustellung des
Zustimmungsbescheides an den Insolvenzverwalter.

Mit Schreiben vom 5. August 2010 bat die Beklagte ihren Betriebsrat 5
und den Schwerbehindertenvertrauensmann um Stellungnahme zur beabsich-
tigten Kündigung des Klägers. Der Betriebsrat und die Schwerbehindertenver-
tretung teilten der Beklagten unter dem 13. August 2010 schriftlich mit, dass sie
gegen die beabsichtigte ordentliche Kündigung keine Bedenken hätten. Darauf-
hin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 17. August
2010 schriftlich zum 31. März 2011 „aus dringenden betriebsbedingten Grün-
den“. Das Kündigungsschreiben vom 17. August 2010 ging dem Kläger am
selben Tage zu.

Der Kläger hält die Kündigung für rechtsunwirksam, weil die Beklagte 6
die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung nicht einge-
holt habe. Sie könne sich nicht mit Erfolg auf die vom Insolvenzverwalter einge-
holte Zustimmung des Integrationsamts vom 29. Juli 2010 berufen. Dieser habe
nämlich das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt. Außerdem sei die von der Be-
klagten bei der Auswahl der gekündigten Arbeitnehmer getroffene soziale
Auswahl grob fehlerhaft gewesen.

Der Kläger hat beantragt 7
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündi-
gung vom 17. August 2010 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 8

Sie meint, die vom Insolvenzverwalter als Betriebsveräußerer eingehol- 9
te Zustimmung zur Kündigung des Klägers wirke auch ihr als Betriebserwerbe-
rin gegenüber. Wenn die Zustimmungsbehörde dieses hätte ausschließen

wollen, hätte sie die Zustimmung unter der auflösenden Bedingung erteilen müssen, dass der Betrieb nicht veräußert werde. Die im Zusammenhang mit der Kündigung getroffene soziale Auswahl sei nicht grob fehlerhaft iSd. § 125 Abs. 1 InsO.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Die streitgegenständliche Kündigung ist nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB rechtsunwirksam.

11

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine der Klage stattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB ab 1. Juli 2010 von der Insolvenzschuldnerin auf die Beklagte übergegangen. Daher sei zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (*19. August 2010 richtig wohl: 17. August 2010*) diese Arbeitgeberin des Klägers gewesen. Nach § 85 SGB IX setze die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber die vorherige Zustimmung des Integrationsamts voraus. Eine solche habe die Beklagte jedoch nicht eingeholt. Das Integrationsamt habe auch keine Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte erklärt. Der Zustimmungsbescheid werde nur dem im Bescheid bezeichneten Arbeitgeber erteilt, sodass nur dieser die Kündigung erklären dürfe. Ob dies im Falle des Betriebsübergangs uneingeschränkt gelte, könne offenbleiben. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Zustimmung von dem Insolvenzverwalter während des Insolvenzverfahrens unter Hinweis auf einen

12

Interessenausgleich mit Namensliste nach § 125 InsO beantragt worden sei, weil in diesem Falle das Ermessen des Integrationsamts nach Maßgabe des § 89 Abs. 3 InsO (*richtig wohl: § 89 Abs. 3 SGB IX*) erheblich eingeschränkt sei. In einem solchen Falle solle nämlich die Zustimmung grundsätzlich erteilt werden.

Soweit die Beklagte die Ansicht vertrete, dieses Ergebnis sei für die Praxis untragbar, weil der Insolvenzverwalter bei einer Zustimmungserteilung nach einem Betriebsübergang die Kündigung mangels seiner Arbeitgeberstellung im Zeitpunkt des Kündigungsausspruches nicht mehr wirksam erklären könne, treffe dies nicht zu. Zum einen könne der Betriebserwerber selbst nach dem Betriebsübergang die Zustimmung zu der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem schwerbehinderten Menschen beantragen und sich dabei auch auf die Wirkungen des Interessenausgleichs berufen. Zum anderen könnte auch der Insolvenzverwalter bereits die Zustimmung für den Erwerber unter Hinweis auf den Interessenausgleich mit Namensliste und den unmittelbar bevorstehenden Betriebsübergang beantragen. Schließlich könne der Betriebserwerber auch im Rahmen des von dem Insolvenzverwalter eingeleiteten Zustimmungsverfahrens unter Berufung auf den zwischenzeitlich erfolgten Betriebsübergang nach § 13 VwVfG am Zustimmungsverfahren beteiligt werden, was zur Folge habe, dass nach der beantragten Entbindung des Insolvenzverwalters von seiner Beteiligtenstellung der Betriebserwerber zum Beteiligten des Zustimmungsverfahrens werde.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

Die zulässige Klage ist begründet.

1. Die von der Beklagten mit Schreiben vom 17. August 2010 zum 31. März 2011 gegenüber dem schwerbehinderten Kläger ausgesprochene ordentliche Kündigung ist nach § 134 BGB nichtig, weil die Beklagte sie ohne die nach § 85 SGB IX erforderliche vorherige Zustimmung des Integrationsamts

ausgesprochen hat (vgl. zu § 15 SchwbG aF: BAG 16. März 1994 - 8 AZR 688/92 - BAGE 76, 142 = AP Einigungsvertrag Anlage I Kap XIX Nr. 21 = EzA Einigungsvertrag Art. 20 Nr. 34).

2. Nach § 85 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Eine solche Zustimmung ist der Beklagten vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung nicht wirksam erteilt worden. 17

a) Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin hatte als damaliger Arbeitgeber des Klägers eine solche Zustimmung mit Schreiben vom 29. Juni 2010 bei dem zuständigen LWL-Integrationsamt Westfalen gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IX beantragt. Das Integrationsamt hat diese Zustimmung gegenüber dem Insolvenzverwalter mit Bescheid vom 29. Juli 2010 erteilt. Obwohl zwischen den Parteien streitig ist, ob und wie dieser Bescheid dem Insolvenzverwalter zugestellt worden ist und ob dem Zustellungserfordernis des § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX iVm. §§ 1, 65 Abs. 2 SGB X genüge getan worden ist - entsprechende Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dazu fehlen - braucht dieser Frage nicht nachgegangen zu werden. Selbst wenn nämlich zugunsten der Beklagten eine ordnungsgemäße Zustellung des Zustimmungsbescheides an den Insolvenzverwalter unterstellt wird, fehlt es an einer Zustimmung iSd. § 85 SGB IX zu der von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. 18

b) Die dem Insolvenzverwalter erteilte Zustimmung stellt keine der Beklagten erteilte Zustimmung iSd. § 85 SGB IX zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger dar. 19

Dafür spricht zunächst der Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Nach § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IX hat „der Arbeitgeber“ die Zustimmung beim zuständigen Integrationsamt schriftlich zu beantragen. Die 20

Entscheidung des Integrationsamts, also insbesondere auch die Zustimmung zur Kündigung, ist nach § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX „dem Arbeitgeber“ und dem schwerbehinderten Menschen zuzustellen.

Die Beklagte als kündigende Arbeitgeberin hat aber weder die Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt beantragt noch ist ihr von diesem der Zustimmungsbescheid zugestellt worden. Damit war der Beklagten die zur Kündigung nach § 85 SGB IX erforderliche vorherige Zustimmung zur Kündigung nicht erteilt worden.

21

c) Dass unstreitig ab dem 1. Juli 2010 das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebsübergangs von der Insolvenzschuldnerin gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergegangen war, ändert daran nichts. Nach § 613a Abs. 1 BGB geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Betriebserwerber über. Dem Arbeitnehmer sollen die Rechte erhalten bleiben, die ihm gegenüber dem Betriebsveräußerer zustanden. Dies gilt gerade auch für einen bestehenden Sonderkündigungsschutz. Auch dem Arbeitgeber sollen die Rechte aus dem Arbeitsvertrag erhalten bleiben. Dazu gehört das Kündigungsrecht. Allerdings sollen keiner der Vertragsparteien zusätzliche Rechte durch den Betriebsübergang erwachsen. Dies gilt, wie aus § 613a Abs. 4 BGB ersichtlich, gerade auch für das Kündigungsrecht. Ist dieses, wie im Falle des § 85 SGB IX, durch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eingeschränkt, so geht es auch nur mit dieser Einschränkung über (*BAG 11. Dezember 2008 - 2 AZR 395/07 - BAGE 129, 25 = AP BGB § 613a Nr. 362 = EzA SGB IX § 90 Nr. 5*). Der vollständige Eintritt des Betriebsübernehmers in die Rechte und Pflichten des bisherigen Arbeitgebers bedeutet nicht nur eine Nachfolge in rechtlichen Beziehungen. Der Übernehmer muss sich auch Gegebenheiten zurechnen lassen, die als Tatbestandsmerkmale für spätere Rechtsfolgen von Bedeutung sind. So muss zB der neue Arbeitgeber einen bereits gegenüber dem Betriebsveräußerer aufgrund eines Arbeitsangebots des Arbeitnehmers eingetretenen Annahmeverzug gegen sich gelten lassen (*vgl.*

22

BAG 21. März 1991 - 2 AZR 577/90 - AP BGB § 615 Nr. 49 = EzA BGB § 615 Nr. 68). Damit tritt der neue Arbeitgeber gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB im Ergebnis so in das Arbeitsverhältnis ein, „wie er es im Zeitpunkt des Betriebsübergangs vorfindet“, dh., wie es zu diesem Zeitpunkt bestand (*vgl. BAG 22. Februar 1978 - 5 AZR 800/76 - AP BGB § 613a Nr. 11 = EzA BGB § 613a Nr. 18*). Zum Zeitpunkt des hier maßgeblichen Betriebsübergangs am 1. Juli 2010 hatte der Insolvenzverwalter zwar bereits die Zustimmung zur Kündigung des Klägers beim Integrationsamt beantragt. Dieser Antrag hatte aber noch keine Auswirkungen tatsächlicher oder rechtlicher Art auf das Arbeitsverhältnis mit der Insolvenzschuldnerin gezeitigt. Allein durch den Antrag auf Zustimmung des Integrationsamts gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IX hatte sich das durch § 85 SGB IX eingeschränkte Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters noch nicht mit der Folge „erweitert“, dass sich die Beklagte nach einer dem Insolvenzverwalter erteilten Zustimmung auf diese erfolgreich berufen konnte. Letztlich ging die dem Insolvenzverwalter durch das Integrationsamt am 29. Juli 2010 erteilte Zustimmung zur Kündigung des Klägers „ins Leere“, weil sie dem nicht mehr kündigungsberechtigten Insolvenzverwalter und nicht - wie es § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX iVm. § 85 SGB IX verlangt - dem Arbeitgeber, dh. der Beklagten erteilt worden war (*so auch: Müller NZI 2009, 153*).

d) Für dieses Ergebnis spricht neben dem Gesetzeswortlaut auch der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Regelmäßig weiß nur der Arbeitgeber, aus welchen personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen er einem Arbeitnehmer kündigen will. Diese Gründe hat er bereits im Antrag auf Zustimmung des Integrationsamts oder gegebenenfalls nach entsprechender Aufforderung durch dieses mitzuteilen (*vgl. KR-Etzel/Gallner 10. Aufl. §§ 85 - 90 SGB IX Rn. 72; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 87 Rn. 1 mwN*). Diese Kündigungsgründe muss das Integrationsamt dann seinem Verfahren nach § 87 Abs. 2 SGB IX und seiner Entscheidung nach §§ 88, 89 SGB IX zugrunde legen. 23

Damit erteilt es dem antragstellenden Arbeitgeber eine Zustimmung aufgrund der ihm von diesem mitgeteilten Gründe. Diesem Sinn und Zweck der 24

gesetzlichen Regelung widerspräche es, wenn ein anstelle des bisherigen Arbeitgebers in das Arbeitsverhältnis eingetretener neuer, am Zustimmungserteilungsverfahren unbeteiligter Arbeitgeber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer gegebenenfalls aus Gründen kündigen dürfte, die dem Integrationsamt durch den alten Arbeitgeber nicht mitgeteilt worden waren.

Hinzu kommt, dass das Integrationsamt auch die Rechtsfrage nicht prüfen konnte - weil ihm diese nicht bekannt geworden war -, ob § 89 Abs. 3 SGB IX für den konkreten Fall überhaupt Anwendung findet, weil über das Vermögen des kündigenden „Arbeitgebers“, dh. der Beklagten, das Insolvenzverfahren nicht eröffnet war. 25

Ob sich die Beklagte auf eine Zustimmung berufen dürfte, die dem Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs durch das Integrationsamt bereits erteilt worden war (*bejahend: KR-Pfeiffer 9. Aufl. § 613a BGB Rn. 101*), braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. 26

e) Dieses Ergebnis führt nicht dazu, dass der Sinn und Zweck der Insolvenzordnung beeinträchtigt wird. Diese dient nämlich der Möglichkeit, zur Rettung von Unternehmen oder Unternehmensteilen das Unternehmen von Schulden des Insolvenzschuldners zu befreien und dem Erwerber einen Neustart zu ermöglichen („übertragende Sanierung“) (vgl. *Wellensiek NZI 2002, 233; 2005, 603*) und im Vorgriff auf ein Erwerberkonzept den Personalabbau in der Insolvenz zu ermöglichen (vgl. *BAG 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - mwN, AP BGB § 613a Nr. 316 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 62*). Der Insolvenzverwalter hätte die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger auch unter Hinweis auf den beabsichtigten Betriebsübergang beantragen können. Dann hätte das Integrationsamt die Beklagte am Zustimmungsverfahren nach §§ 1, 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X beteiligen können und nach erfolgtem Betriebsübergang der Beklagten als kündigungsberechtigter Arbeitgeberin nach § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX den Zustimmungsbescheid zustellen können. 27

III. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 28

Hauck

Böck

Breinlinger

F. Avenarius

Andreas Henniger