

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 27. April 2021
- 2 AZR 357/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:270421.U.2AZR357.20.0

I. Arbeitsgericht
Rostock

Urteil vom 12. Dezember 2019
- 2 Ca 751/19 -

II. Landesarbeitsgericht
Mecklenburg-Vorpommern

Urteil vom 16. Juni 2020
- 5 Sa 53/20 -

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Änderungskündigung mit Auslauffrist

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 357/20

5 Sa 53/20

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

27. April 2021

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 27. April 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Söller und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 16. Juni 2020 - 5 Sa 53/20 - aufgehoben.
2. Die Sache wird 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 Änderungskündigung mit Auslauffrist. 1

Der Beklagte ist ein Diakonieverein. Der über vierzigjährige Kläger war bei ihm seit 2001 als „Leitender Mitarbeiter mit Verantwortung für den Fachbereich Altenhilfe, einschließlich ‚Haus-Service-Ruf‘ und Sozialstationen“ tätig. Im Dienstvertrag vom 20. Juli 2001 ist die Geltung der Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland in der jeweils gültigen Fassung vereinbart, mittlerweile umbenannt in Arbeitsvertragsrichtlinien für Einrichtungen, die der Diakonie Deutschland angeschlossen sind (im Folgenden AVR). Gemäß § 30 Abs. 3 AVR ist nach einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren und Vollendung des 40. Lebensjahres eine ordentliche Kündigung durch den Dienstgeber ausgeschlossen, soweit nicht § 31 AVR etwas anderes bestimmt. § 32 Abs. 1 AVR verweist für eine außerordentliche Kündigung auf die Notwendigkeit des Vorliegens eines wichtigen Grundes iSv. § 626 BGB. 2

In einem Änderungsvertrag vereinbarten die Parteien, dass der Kläger ab April 2004 zu 50 vH seiner Arbeitszeit weiter als Bereichsleiter Altenhilfe beschäftigt werde und zu 50 vH als Qualitätsbeauftragter. Der Kläger war seit Oktober 2009 in die Entgeltgruppe 12 AVR eingruppiert. Der Beklagte entschied, die Stelle des Bereichsleiters der stationären Altenhilfe zum 1. Januar 2014 ersatzlos zu streichen. Seit Januar 2014 arbeitete der Kläger ausschließlich als 3

Qualitätsbeauftragter, ohne dass der Dienstvertrag erneut schriftlich geändert wurde. Zum September 2015 übertrug der Beklagte die Koordination des Qualitätsmanagements auf einen externen Dienstleister.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2019 bot der Beklagte dem Kläger die Stelle eines Einrichtungsleiters für die zum Jahresanfang 2020 neu zu errichtende häusliche psychiatrische Krankenpflege an. Der Kläger lehnte die Übernahme der Tätigkeit ab. 4

Mit Schreiben vom 24. Juni 2019 ersuchte der Beklagte die Mitarbeitervertretung um Zustimmung zu einer außerordentlichen Änderungskündigung mit Auslauffrist. Der Vorsitzende der Mitarbeitervertretung teilte mit Schreiben vom 27. Juni 2019 mit, diese halte sich für den Kläger nicht für zuständig. 5

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 27. Juni 2019 außerordentlich mit Auslauffrist zum 31. Dezember 2019. Zugleich bot er dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ab dem 1. Januar 2020 als Einrichtungsleiter in Kombination mit der verantwortlichen Pflegekraft für die zu errichtende häusliche psychiatrische Krankenpflege an. Er teilte mit, die Stelle sei üblicherweise mit der Entgeltgruppe 9 AVR bewertet, dem Kläger werde sie aber unter Beibehaltung der Bezahlung nach Entgeltgruppe 12 AVR angeboten. Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger noch im Juni 2019 zu. Dieser nahm das Änderungsangebot umgehend unter Vorbehalt an. 6

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Änderungskündigung gewandt. Gegenüber den nach § 30 Abs. 3 AVR ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern verbiete § 32 Abs. 4 AVR auch eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist. Die Kündigungsgründe seien durch mehrere Vorkündigungen verbraucht, das Änderungsangebot sei zu unbestimmt. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, dass nicht eine Beschäftigung auf Stellen der Entgeltgruppen 10, 11 oder 12 AVR möglich sei. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten. Der Verwaltungsrat des Beklagten habe der Kündigung zustimmen müssen. 7

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 8

festzustellen, dass das zwischen ihm und dem Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die mit Auslauf-
frist ausgesprochene außerordentliche Kündigung des Be-
klagten vom 27. Juni 2019 beendet wird.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Der Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes des Klägers sei mittlerweile gerichtsbekannt. Er habe alles Notwendige unternommen, um dem Kläger durch eventuelles Freikündigen von vergleichbaren Arbeitsplätzen oder eine Umorganisation eine Weiterbeschäftigung im Unternehmen zu ermöglichen. Bei der angebotenen Stelle als Einrichtungsleiter häusliche psychiatrische Krankenpflege handele es sich um Tätigkeiten richtigerweise nach Entgeltgruppe 11 AVR. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht stattgeben. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 11

I. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht den Klageantrag als Änderungsschutzantrag gem. § 4 Satz 2 KSchG ausgelegt und die außerordentliche Änderungskündigung nicht entsprechend § 4 Satz 2, § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam erachtet. 12

1. Es ist Klage mit einem Änderungsschutzantrag nach § 4 Satz 2 KSchG zu erheben, wenn der Arbeitnehmer ein mit einer ordentlichen Kündigung verbundenes Änderungsangebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen hat. Bei einer außerordentlichen Änderungskündigung gelten die §§ 2, 4 Satz 2 KSchG entsprechend, obwohl der Verweis in § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG die Bestimmungen nicht unmittelbar erfasst (*BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 25/11 - Rn. 19; 28. Oktober 2010 - 2 AZR 688/09 - Rn. 12*). Keiner Entscheidung bedarf, ob eine Vorbehaltsannahme im Falle einer außerordentlichen Änderungskündigung mit Auslauffrist entsprechend § 2 KSchG nur unverzüglich erfolgen kann (*offengelassen BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 688/09 - Rn. 14*). Der Kläger hat das Änderungsangebot unverzüglich unter Vorbehalt angenommen. 13

2. Die Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 gölte selbst dann nicht entsprechend § 4 Satz 2, § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam, wenn der Klageantrag nicht von vornherein als Antrag nach § 4 Satz 2 KSchG auszulegen gewesen sein sollte. Zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 7 KSchG genügt es, wenn der Arbeitnehmer, wie jedenfalls auch hier, innerhalb der Klagefrist einen gegen die Rechtswirksamkeit der (Änderungs-)Kündigung gerichteten Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG rechtshängig macht und diesen später auf einen Antrag nach Satz 2 der Bestimmung umstellt (*vgl. BAG 21. Mai 2019 - 2 AZR 26/19 - Rn. 20, BAGE 167, 22*), was auch noch im Berufungsverfahren möglich ist. 14

3. Dem Kläger wird im fortgesetzten Berufungsverfahren Gelegenheit zu geben sein, den Antrag zur Klarstellung selbst entsprechend § 4 Satz 2 KSchG zu fassen. 15

- II. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die außerordentliche Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 nicht als rechtsunwirksam ansehen. 16

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte habe einen wichtigen Grund iSv. § 32 Abs. 1 AVR iVm. § 626 BGB nicht hinreichend dargetan. Die dem Kläger mit der Änderungskündigung angebotene Tätigkeit sei verglichen 17

mit der bisherigen deutlich unterwertig. Der Beklagte habe nicht dargelegt, dass er dem Kläger im eigenen Unternehmen keine höherwertigen Tätigkeiten als solche der Entgeltgruppe 9 AVR habe anbieten können. Sofern Arbeitsplätze der Entgeltgruppen 10, 11 oder 12 AVR besetzt gewesen seien, habe der Beklagte prüfen müssen, ob mit einem Freiwerden in absehbarer Zeit zu rechnen gewesen sei. Zudem habe er sich nicht für den Kläger um eine im Wesentlichen gleichwertige Beschäftigungsmöglichkeit in anderen Unternehmen, insbesondere in eigenen Tochtergesellschaften oder bei anderen Diakonievereinen bzw. kirchlichen Arbeitgebern bemüht.

2. Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Es fehlt bereits an Feststellungen, die die Annahme des Landesarbeitsgerichts tragen, die mit der Änderungskündigung angebotene Tätigkeit sei gegenüber der bisher vertraglich vereinbarten deutlich unterwertig. Weder sind Tatsachen festgestellt, aus denen sich ergäbe, dass die zuletzt vertraglich vereinbarte Tätigkeit richtigerweise in der Entgeltgruppe 12 AVR eingruppiert war, noch hat das Berufungsgericht Feststellungen zur zutreffenden Eingruppierung der angebotenen Tätigkeit getroffen. Soweit der Beklagte im Kündigungsschreiben angegeben hat, die angebotene Tätigkeit werde „normalerweise ... nach EG 9“ vergütet, besagt dies nichts darüber, ob diese Einordnung zutrifft, zumal er sich im Rechtsstreit darauf berufen hat, es handele sich richtigerweise um Tätigkeiten nach Entgeltgruppe 11 AVR. Soweit das Landesarbeitsgericht „jedenfalls“ eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe 11 AVR ausgeschlossen hat, hat es nicht berücksichtigt, dass sich dafür die übertragenen Leitungsaufgaben nicht notwendig auf mehrere Bereiche oder Einrichtungen erstrecken müssen. Vielmehr fiele nach den Tätigkeitsmerkmalen der Entgeltgruppe 11 unter B 1 der Anlage 1 zu den AVR im Tätigkeitsbereich Pflege auch die „Leitung ... einer großen Einrichtung oder eines großen Dienstes“ in diese Entgeltgruppe.

18

3. Davon abgesehen beruht die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Beklagte habe selbst dann, wenn die Arbeitsplätze mit höherwertigen Tätigkeiten besetzt gewesen seien, darlegen müssen, dass mit ihrem Freiwerden auch in

19

absehbarer Zeit nicht zu rechnen gewesen sei, auf einer Überspannung seiner Darlegungslast.

a) Zutreffend ist, dass ein wichtiger Grund für eine Änderung von Arbeitsbedingungen auf eine geringerwertige Tätigkeit zu verneinen sein kann, wenn in bereits absehbarer Zeit eine sich weniger weit vom bisherigen Vertragsinhalt entfernende Tätigkeit zur Verfügung steht. Das Änderungsangebot dürfte dann nicht, wie das Landesarbeitsgericht gemeint hat, lediglich auf eine befristete weitergehende Änderung der Tätigkeit gerichtet sein, sondern es fehlte für eine außerordentliche Änderungskündigung auf die sich weiter entfernende Tätigkeit ggf. überhaupt an einem wichtigen Grund. Einem sich auf betriebliche Gründe berufenden Arbeitgeber kann es gegenüber einem vor einer ordentlichen Kündigung geschützten Arbeitnehmer zuzumuten sein, den Zeitraum bis zu einem bereits absehbaren Freiwerden einer anderen Stelle auch ohne eine Änderung der Arbeitsbedingungen zu überbrücken (*vgl. zur Überbrückung eines auslaufenden Sonderkündigungsschutzes BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 372/13 - Rn. 20*).

b) Auch trifft es zu, dass der Arbeitgeber zur Darlegung eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen - neben der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers - nicht nur darzutun hat, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers am bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist. Er hat vielmehr außerdem und von sich aus darzulegen, dass - im Falle einer Beendigungskündigung - überhaupt keine Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis, und sei es zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung, sinnvoll fortzusetzen (*BAG 27. Juni 2019 - 2 AZR 50/19 - Rn. 14; 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 31, BAGE 152, 47*). Anders als bei der ordentlichen Kündigung reicht es nicht aus, dass er zunächst pauschal behauptet, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei infolge des Wegfalls des Arbeitsplatzes nicht möglich, und eine dem widersprechende Darlegung des Arbeitnehmers abwartet. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“ und ist deshalb schon primär vom Arbeitgeber darzulegen (*BAG 27. Juni 2019*).

- 2 AZR 50/19 - aaO; 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - aaO). Bei einer außerordentlichen Änderungskündigung aus betrieblichen Gründen muss er dementsprechend vortragen, dass es keine zumutbaren, sich weniger weit als das unterbreitete Änderungsangebot vom bisherigen Vertragsinhalt entfernenden Beschäftigungsmöglichkeiten gegeben habe.

c) Die Behauptung des Arbeitgebers, alle höherwertigen Arbeitsplätze seien „besetzt“ gewesen, wird indes ohne anderweitige Anhaltspunkte in der Regel zugleich bedeuten, ihr Freiwerden sei nicht absehbar gewesen. Bestehen nach dem Verfahrensverlauf Zweifel am Erklärungsinhalt des Vorbringens, hat das Tatsachengericht den Arbeitgeber darauf gem. § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO hinzuweisen und um Klarstellung zu ersuchen. Anderenfalls müsste der Arbeitgeber von vornherein jegliche auch nur theoretisch denkbare andere Beschäftigungsmöglichkeit ausdrücklich ausschließen. Er hat jedoch für die Darlegung eines wichtigen Grundes primär nur darauf einzugehen, weshalb naheliegende oder vorprozessual bzw. bereits im Rechtsstreit thematisierte Alternativbeschäftigungen nicht in Betracht kamen (vgl. BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - Rn. 54 aE). So wie die Auferlegung der Beweislast für eine negative Tatsache nur in engen Grenzen zulässig ist (zur sog. *probatio diabolica* vgl. BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 - Rn. 25, BAGE 127, 102), darf die primäre Darlegungslast für eine negative Tatsache - hier: das Fehlen einer anderen zumutbaren verhältnismäßigeren Beschäftigungsmöglichkeit - nicht über das hinausgehen, was für den Ausschluss naheliegender Anhaltspunkte für ein Vorliegen der korrespondierenden positiven Tatsache - hier: es bestehe eine andere zumutbare verhältnismäßiger Beschäftigung - erforderlich ist. Es ist aber nicht von sich aus naheliegend, dass besetzte Arbeitsplätze in absehbarer Zeit frei werden.

22

d) Danach hätte das Landesarbeitsgericht ohne besondere Anhaltspunkte oder darauf gerichteten Vortrag des Klägers vom Beklagten nicht verlangen dürfen, er habe von sich aus ausdrücklich darlegen müssen, es sei nicht absehbar gewesen, dass einer der nach seiner Behauptung besetzten Arbeitsplätze demnächst frei werde.

23

4. Die weitere Begründungslinie des Landesarbeitsgerichts, es fehle zudem deshalb an einem wichtigen Grund für die außerordentliche Änderungskündigung vom 27. Juni 2019, weil der Beklagte dem Kläger keine im Wesentlichen gleichwertige Beschäftigungsmöglichkeit bei einem anderen Arbeitgeber nachgewiesen habe, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung ebenfalls nicht stand. 24
- a) Das Landesarbeitsgericht hat für seine gegenteilige Auffassung die Senatsrechtsprechung zu § 55 BAT herangezogen, wonach den nach dieser Bestimmung ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern eine beamtenähnliche Stellung eingeräumt werde und zur Bestimmung der sich daraus ergebenden besonderen Pflichten des Arbeitgebers auch der Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte vom 9. Januar 1987 (TV Ratio) zu berücksichtigen sei, der ggf. verlange, eine Unterbringung auch bei einem anderen Arbeitgeber zu versuchen (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - Rn. 29, 31; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - Rn. 51 f.*). 25
- b) Der Kündigungsschutz gem. §§ 30 - 32 AVR kommt der besonderen Ausgestaltung des tariflichen Sonderkündigungsschutzes im Anwendungsbereich von § 55 BAT jedoch nicht gleich. Den nach § 30 Abs. 3 AVR ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern wird entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine vergleichbare, beamtenähnliche Stellung eingeräumt. 26
- aa) § 55 Abs. 2 Satz 1 BAT schließt selbst Kündigungen aus wichtigem Grund aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gegenüber den ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern grundsätzlich aus, woraus der Senat die Annäherung an ein Beamtenverhältnis abgeleitet hat (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - Rn. 29; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - Rn. 51 f.*). Deshalb kommt im Anwendungsbereich des § 55 BAT nur in extremen Ausnahmefällen eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist aus betriebsbedingten Erfordernissen in Betracht (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - aaO*). Dabei trifft den Arbeitgeber die Darlegungslast für ua. seine mindestens den Anforderungen des TV Ratio entsprechenden Bemühungen, zu denen es gehört, ggf. auch bei anderen Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes eine Weiterbeschäftigung zu versuchen (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - Rn. 31*). So sieht § 3 Abs. 4 27

TV Ratio vor, der Arbeitgeber sei „verpflichtet, sich um einen Arbeitsplatz bei einem anderen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes an demselben Ort zu bemühen, (wenn) dem Angestellten kein Arbeitsplatz im Sinne der Absätze 2 und 3 zur Verfügung gestellt werden (kann)“.

bb) Nach den hier anwendbaren AVR besteht, soweit ersichtlich, keine vergleichbare Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit aus betriebsbedingten Gründen gegenüber einem tariflich - oder wie hier aufgrund der vertraglich in Bezug genommenen kirchenrechtlichen Regelungen - ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer zulässig ist, ist aber stets die Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes zu berücksichtigen (*vgl. BAG 10. Mai 2007 - 2 AZR 626/05 - Rn. 31, BAGE 122, 264; 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - BAGE 102, 40*). 28

(1) § 32 AVR schließt anders als § 55 Abs. 2 Satz 1 BAT eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit aus betrieblichen Gründen nicht grundsätzlich aus (*ebenso Joussen/Steuernagel/Kapischke AVR.DD § 32 Rn. 12, 83, 135*). Absatz 4 der Bestimmung regelt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nur, dass einem nach § 30 Abs. 3 AVR ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer allein aus Gründen in seiner Person oder in seinem Verhalten „fristlos“ gekündigt werden kann. 29

(2) Für den Beklagten geltende, dem TV Ratio vergleichbare kirchenrechtliche Regelungen, aus denen sich eine Pflicht ergäbe, die Unterbringung von vom Wegfall ihres bisherigen Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmern auch bei anderen Arbeitgebern zu versuchen, sind weder ersichtlich noch vom Landesarbeitsgericht festgestellt. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus § 31 Abs. 2 Buchst. b AVR. Wie der letzte Halbsatz von § 30 Abs. 3 AVR („soweit nicht § 31 etwas anderes bestimmt“) zeigt, regelt § 31 AVR, unter welchen Voraussetzungen gegenüber nach § 30 Abs. 3 AVR grundsätzlich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern ausnahmsweise doch eine ordentliche (Änderungs-) Kündigung zulässig ist (*ebenso Joussen/Steuernagel/von Randow AVR.DD § 31*). 30

Rn. 2). Dass es um die Ermöglichung einer ordentlichen Kündigung geht, bestätigt § 31 Abs. 4 AVR, der die dafür maßgebliche Kündigungsfrist bestimmt. § 31 Abs. 2 Buchst. b AVR gestattet insofern auch gegenüber den nach § 30 Abs. 3 AVR grundsätzlich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern eine ordentliche Kündigung „mit dem Ziele, das Dienstverhältnis aufzuheben“, wenn eine im Wesentlichen gleichwertige Beschäftigungsmöglichkeit nachgewiesen werden kann. Selbst wenn dies auch für den Nachweis einer im Wesentlichen gleichwertigen Beschäftigungsmöglichkeit bei einem anderen Arbeitgeber gelten sollte (vgl. *Joussen/Steuernagel/von Randow AVR.DD § 31 Rn. 14*), sieht die Bestimmung jedoch keine Verpflichtung vor, entsprechende Beschäftigungsmöglichkeiten bei anderen Arbeitgebern anzubieten, zumal vorrangig gegenüber einer Änderungskündigung mit dem Ziel der Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber. Sie erlaubt in ihrem Anwendungsbereich nur unter der Voraussetzung eines entsprechenden Nachweises sogar eine ordentliche Kündigung selbst gegenüber den grundsätzlich nach § 30 Abs. 3 AVR ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern.

c) Es besteht auch bei einer auf § 626 Abs. 1 BGB gestützten außerordentlichen Änderungskündigung mit Auslaufrist keine generelle Pflicht des Arbeitgebers zum Nachweis einer Beschäftigungsmöglichkeit bei einem anderen Arbeitgeber. Sie kann sich zwar im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände ergeben, bei deren Vorliegen auf eine „konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht“ des Arbeitgebers zu schließen ist (*BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 44, BAGE 152, 345*). Solche sind hier indes nicht festgestellt. 31

III. Der Senat kann in der Sache nicht selbst abschließend entscheiden (§§ 561, 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 32

1. Ob ein wichtiger Grund iSv. § 32 Abs. 1 AVR iVm. § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 gegeben ist, steht noch nicht fest. 33

- a) Das Änderungsangebot ist nach den bisherigen Feststellungen nicht zu unbestimmt. Aus ihm geht hervor, dass nur die Arbeitsaufgabe geändert werden sollte, für die der Beklagte auf eine beigefügte Stellenbeschreibung verwiesen hat. Alle anderen vertraglich vereinbarten Bedingungen sollten demnach weiter gelten, ohne dass sie im Änderungsangebot wiederholt werden mussten. 34
- b) Bei der Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 handelt es sich, soweit ersichtlich, nicht um eine unzulässige Wiederholungskündigung. 35
- aa) Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem früheren Kündigungsschutzprozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie die Kündigung nicht tragen. Mit einer Wiederholung dieser Gründe zur Stützung einer späteren Kündigung ist der Arbeitgeber dann ausgeschlossen (*zuletzt BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 163/14 - Rn. 33, BAGE 150, 234; 20. März 2014 - 2 AZR 840/12 - Rn. 13*). Eine Präklusionswirkung in diesem Sinne entfaltet eine rechtskräftige Entscheidung über die frühere Kündigung allerdings nur bei einem identischen Kündigungssachverhalt. Hat sich dieser wesentlich geändert, darf der Arbeitgeber ein weiteres Mal kündigen (*BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 163/14 - aaO; 20. März 2014 - 2 AZR 840/12 - aaO*). Das gilt auch bei einem sog. Dauertatbestand (*BAG 20. März 2014 - 2 AZR 840/12 - aaO; 20. Dezember 2012 - 2 AZR 867/11 - Rn. 26*). Die Präklusionswirkung tritt ferner dann nicht ein, wenn die frühere Kündigung bereits aus formellen Gründen, also etwa wegen der nicht ordnungsgemäßen Beteiligung der Mitarbeitervertretung für unwirksam erklärt worden ist (*BAG 25. März 2004 - 2 AZR 399/03 - zu C I der Gründe*). 36
- bb) Danach ergibt sich aus den im Berufungsurteil in Bezug genommenen Entscheidungen in den Vorprozessen der Parteien nicht, dass die streitgegenständliche Änderungskündigung eine unzulässige Wiederholungskündigung darstellt. Der Beklagte hat die streitgegenständliche Kündigung anders als in dem Verfahren - 5 Sa 165/14 - nicht allein auf den Wegfall der Position eines Bereichsleiters Altenhilfe mit Wirkung ab dem 1. Januar 2014 gestützt. Die Unwirksamkeit der Änderungskündigungen in den Verfahren - 2 Sa 249/16 - und - 2 Ca 37

1337/18 - beruhte nach den jeweils rechtskräftig gewordenen Entscheidungen auf der Unverhältnismäßigkeit der jeweiligen Änderungsangebote, die nicht auf eine Beschäftigung als „Einrichtungsleiter in Kombination mit der verantwortlichen Pflegekraft für die zu errichtende häusliche psychiatrische Krankenpflege“ gerichtet waren.

c) Es steht noch nicht fest, ob der Bedarf an einer Beschäftigung des Klägers mit den zuletzt vereinbarten Tätigkeiten entfallen ist. Das Landesarbeitsgericht hat lediglich unterstellt, die bisherigen Arbeitsaufgaben des Klägers seien durch Entscheidungen des Beklagten in den Jahren 2014 und 2015 tatsächlich weggefallen. 38

d) Ebenso wenig steht fest, dass es für die außerordentliche Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 an einem wichtigen Grund iSv. § 32 Abs. 1 AVR iVm. § 626 Abs. 1 BGB fehlte, weil eine erforderliche Sozialauswahl analog § 1 Abs. 3 KSchG nicht ausreichend durchgeführt worden wäre. Soweit ersichtlich, hat sich der Kläger nicht darauf berufen, es habe mit ihm vergleichbare, sozial weniger schutzwürdige Arbeitnehmer gegeben. 39

e) Es steht nicht fest, dass sich der Beklagte nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB deshalb nicht mit Erfolg darauf berufen kann, im Zeitpunkt der Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 habe dem Kläger keine höherwertigere Beschäftigung angeboten werden können, weil für ihn geeignete höherwertige Beschäftigungsmöglichkeiten zu einem früheren Zeitpunkt noch bestanden hätten und nur aufgrund eines treuwidrigen Verhaltens des Beklagten im Zeitpunkt der hier angegriffenen Änderungskündigung nicht mehr vorhanden gewesen wären. Zwar ist es dem Arbeitgeber nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB verwehrt, sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn er diesen Wegfall treuwidrig herbeigeführt hat (*BAG 26. März 2015 - 2 AZR 417/14 - Rn. 27, BAGE 151, 199; 9. September 2010 - 2 AZR 493/09 - Rn. 22*). Schon für die Annahme einer Treuwidrigkeit des Beklagten ist aber bislang nichts ersichtlich. Außerdem ist weder im vorliegenden Rechtsstreit noch, soweit ersichtlich, in den Vorprozessen festgestellt, dass es 40

zu einem früheren Zeitpunkt für den Kläger geeignete höherwertige Beschäftigungsmöglichkeiten als die hier angebotene gegeben hätte.

f) Es fehlt nicht deshalb an einem wichtigen Grund iSv. § 32 Abs. 1 AVR, § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Änderungskündigung vom 27. Juni 2019, weil ein solcher mit Blick auf § 31 Abs. 2 und Abs. 3 AVR nur dann gegeben sein könnte, wenn eine der dort genannten Konstellationen vorliegt. Die Bestimmungen regeln ausschließlich, unter welchen Voraussetzungen gegenüber nach § 30 Abs. 3 AVR ordentlich grundsätzlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmern ausnahmsweise doch eine ordentliche (Änderungs-)Kündigung zulässig ist (*Rn. 30*). Nur insoweit, wie danach das Mittel der ordentlichen (Änderungs-)Kündigung zur Verfügung steht, wäre ein wichtiger Grund für eine außerordentliche (Änderungs-)Kündigung mit demselben Ziel zu verneinen. § 31 Abs. 3 AVR betrifft hier nicht einschlägige Kündigungsgründe in der Person des Arbeitnehmers. Soweit § 31 Abs. 2 AVR die Zulässigkeit einer ordentlichen betriebsbedingten (Änderungs-)Kündigung an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen knüpft, ergibt sich daraus nicht, dass eine außerordentliche Änderungskündigung aus wichtigem Grund ebenfalls nur unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig wäre. § 31 Abs. 2 AVR betrifft allein die Fallkonstellation einer wesentlichen Einschränkung oder Auflösung der Dienststelle oder Einrichtung, in der der Arbeitnehmer bisher beschäftigt war. Das heißt im Umkehrschluss, dass es beim Ausschluss der ordentlichen Kündigung nach § 30 Abs. 3 AVR verbleibt, wenn die bisher mit dem Arbeitnehmer vereinbarte Tätigkeit aus anderen Gründen wegfällt. Eine außerordentliche Änderungskündigung kann dann unter den besonderen Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 32 Abs. 1 AVR iVm. § 626 Abs. 1 BGB auch aus betrieblichen Gründen zulässig sein.

41

g) Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt hätte, sind nicht ersichtlich. Bei dem von ihm geltend gemachten Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit handelt es sich um einen Dauertatbestand, bei dem die Frist stets neu zu laufen beginnt (*vgl. BAG 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 28*).

42

2. Ungeachtet der Frage, ob der Verwaltungsrat des Beklagten über die Änderungskündigung oder die ihr zugrunde liegende unternehmerische Maßnahme hätte entscheiden müssen, ist weder festgestellt, dass dies nicht der Fall gewesen wäre, noch ist ersichtlich, aus welcher Norm sich eine Unwirksamkeit der Änderungskündigung ergeben könnte, sofern es daran gefehlt haben sollte. 43
3. Der Senat vermag aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen schließlich nicht zu beurteilen, ob die Änderungskündigung nach § 38 Abs. 1 des Kirchengesetzes über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 1. Januar 2019 (*ABl. EKD S. 2; im Folgenden MVG-EKD*) unwirksam ist. 44
- a) Der Kläger hat ausweislich des Berufungsurteils bereits erstinstanzlich, und damit rechtzeitig gem. § 4 Satz 1, § 6 Satz 1 KSchG, die ordnungsgemäße Beteiligung der Mitarbeitervertretung bestritten. 45
- b) Eine Anwendung des MVG-EKD im Arbeitsverhältnis der Parteien kommt grundsätzlich in Betracht. Sieht eine vertragliche Vereinbarung - wie hier - die Anwendung von kirchlichen AVR vor, umfasst dies auch eine Geltung des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts, wenn die kirchlichen AVR ihrerseits von dessen Anwendbarkeit ausgehen (*BAG 22. März 2018 - 6 AZR 835/16 - Rn. 47, BAGE 162, 247*). Das ist bei den hier vertraglich in Bezug genommenen kirchlichen AVR der Fall (*vgl. etwa § 9i, § 17 mit Anlage 7, § 20a Abs. 4, § 20b Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3, § 22 Abs. 3 Satz 2, § 27b Abs. 5 Satz 2, Anlage 8 AVR*). 46
- c) Das MVG-EKD schreibt für die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eine Beteiligung der Mitarbeitervertretung nach § 38 iVm. § 42 Buchst. b MVG-EKD, bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 45 iVm. § 46 Buchst. b MVG-EKD vor. Für den Fall einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist gegenüber einem ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmer ist die Mitarbeitervertretung wie bei einer ordentlichen Kündigung gem. § 38 iVm. § 42 Buchst. b MVG-EKD zu beteiligen, das heißt, es ist auch insoweit die vorherige Zustimmung der Mitarbeitervertretung erforderlich (*ebenso KGH.EKD 31. August 2015 - II-0124/6-2015 -; JMNS/Trapp MVG-EKD § 42 Rn. 35; JMNS/* 47

Evers-Vosgerau *MVG-EKD* § 46 *Rn. 28*; *Joussen/Steuernagel/Kapischke* *AVR.DD* § 32 *Rn. 12, 141*). Anderenfalls wäre der ordentlich unkündbare Arbeitnehmer trotz des individualschützenden Aspekts des Erfordernisses einer Zustimmung der Mitarbeitervertretung in einer mit dem Zweck des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung nicht zu vereinbarenden Weise gegenüber einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer schlechter gestellt (*zum Personalvertretungsrecht vgl. BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 5 der Gründe, BAGE 88, 10*). Die vorstehenden Grundsätze gelten mangels einer gegenteiligen Regelung im MVG-EKD auch für eine außerordentliche Änderungskündigung mit Auslauffrist.

d) Eine der Mitbestimmung unterliegende Maßnahme ist unwirksam, wenn die Mitarbeitervertretung nicht beteiligt worden ist (*so ausdrücklich § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG-EKD in der bis zum 31. Dezember 2018 und ab dem 13. November 2019 geltenden Fassung*). § 38 Abs. 1 MVG-EKD ist auch für Zeit zwischen dem 1. Januar 2019 und 12. November 2019 entsprechend auszulegen. Zwar sah die Bestimmung in der ab dem 1. Januar 2019 geltenden Fassung zunächst nicht mehr ausdrücklich eine Rechtsfolge für eine ohne die erforderliche Zustimmung der Mitarbeitervertretung durchgeführte Maßnahme vor. Dabei handelte es sich aber um ein bloßes Redaktionsversehen, das inhaltlich keine Veränderung herbeiführen sollte und durch Artikel 7 des Kirchengesetzes vom 13. November 2019 (*ABl. EKD S. 322, 328*) wieder korrigiert wurde (*vgl. JMNS/Mestwerdt* *MVG-EKD* § 38 *Rn. 109*). 48

e) Es steht bislang nicht fest, ob den Kläger betreffende Personalangelegenheiten von einer Beteiligung der Mitarbeitervertretung ausgenommen waren. Zwar findet gem. § 44 Satz 1 MVG-EKD in Personalangelegenheiten der Personen nach § 4 MVG-EKD keine Beteiligung der Mitarbeitervertretung statt. Die Mitarbeitervertretung hat vorliegend angenommen, der Kläger gehöre zu diesem Personenkreis. Das Landesarbeitsgericht hat dazu bislang keine Feststellungen getroffen. In Betracht kommt, dass der Kläger zum Kreis der Mitarbeiter nach § 4 Abs. 2 Satz 2 MVG-EKD zählte, die allein oder gemeinsam mit anderen Personen ständig und nicht nur in Einzelfällen zu Entscheidungen in Angelegenheiten 49

befugt sind, die nach dem MVG-EKD der Mitberatung oder Mitbestimmung unterliegen. Maßgeblich sind die tatsächlich erteilten Befugnisse und ihre tatsächliche Handhabung (*Verw.EKD 13. Januar 2000 - 0124/D34-99 -; für das MVG-EKiR vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 124/14 - Rn. 14, BAGE 153, 94*). Zudem ist eine gewisse Regelmäßigkeit erforderlich, mit der Entscheidungen in den fraglichen Angelegenheiten anfallen (*JMNS/Dreher MVG-EKD § 4 Rn. 6 mnN*). Für diese Beurteilung ist auf die dem Kläger zuletzt vertraglich übertragene Tätigkeit und ihre tatsächliche Durchführung abzustellen. Zwar waren die ihm zuletzt übertragenen Aufgaben im Zeitpunkt der hier angegriffenen Änderungskündigung nach dem Vorbringen des Beklagten bereits seit längerem weggefallen. Die in § 4 Abs. 2 Satz 2 MVG-EKD angesprochene Stellung ändert sich aber nicht allein durch eine Freistellung oder Nichtbeschäftigung (*zur Stellung als leitender Angestellter gem. § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG: vgl. BAG 18. August 1982 - 7 AZR 235/80 - zu I 2 der Gründe; 23. März 1976 - 1 AZR 314/75 - zu A 6 der Gründe*).

f) Sollte der Kläger nicht gem. § 44 Satz 1 MVG-EKD von der Beteiligung der Mitarbeitervertretung in Personalangelegenheiten ausgenommen gewesen sein, ist nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen, dass es an der erforderlichen Zustimmung der Mitarbeitervertretung für die Änderungskündigung vom 27. Juni 2019 fehlte. Der Beklagte ersuchte die Mitarbeitervertretung mit Schreiben vom 24. Juni 2019 um Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Änderungskündigung mit Auslauffrist. Die Mitarbeitervertretung erteilte ihre Zustimmung nicht, sondern hielt sich für nicht zuständig. Zwar gilt gem. § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKD eine Maßnahme auch dann als gebilligt, wenn die Mitarbeitervertretung nicht innerhalb von zwei Wochen schriftlich die Zustimmung verweigert oder eine mündliche Erörterung beantragt hat. Diese Frist war aber bei Zugang der Änderungskündigung, der jedenfalls im Juni 2019 erfolgte, noch nicht verstrichen. Ein vorfristiger Eintritt der Billigungsfiktion dadurch, dass in der Äußerung der Mitarbeitervertretung möglicherweise konkludent die Erklärung lag, sie werde auch künftig innerhalb des Laufs der Frist die Zustimmung nicht verweigern oder eine Erörterung beantragen, kommt nicht in Betracht. Eine Abkürzung der Äußerungsfrist und einen darauf beruhenden vorzeitigen Eintritt der

50

Billigungsfiktion lässt § 38 MVG-EKD jenseits der Möglichkeit gem. § 38 Abs. 3 Satz 2 MVG-EKD, wonach die Dienststellenleitung sie in dringenden Fällen bis auf drei Tage abkürzen kann, nicht zu (*zu § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKiR vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 124/14 - Rn. 24, BAGE 153, 94*). Dass der Beklagte die Frist des § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKD gem. Satz 2 der Bestimmung gegenüber der Mitarbeitervertretung abgekürzt hätte und die solchermaßen abgekürzte Frist bei Zugang der Änderungskündigung bereits verstrichen gewesen wäre, ist bislang nicht festgestellt. Die Senatsrechtsprechung, der zufolge der Arbeitgeber bereits vor Ablauf der Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG kündigen kann, wenn der Betriebsrat abschließend zur Kündigungsabsicht Stellung genommen hat (*BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 23 f., BAGE 155, 181; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 13*), kann wegen der Unterschiedlichkeit der Beteiligungsrechte auf das Mitbestimmungsverfahren nach § 38 MVG-EKD nicht übertragen werden. Sie verstieße gegen das im MVG-EKD normierte positive Konsensprinzip. Danach muss die Zustimmung in jedem Fall vor der Erklärung der Kündigung vorliegen. Entweder sie wurde von der Mitarbeitervertretung innerhalb zweier Wochen - bzw. im Falle ihrer Abkürzung nach § 38 Abs. 3 Satz 2 MVG-EKD innerhalb von drei Tagen - erteilt oder sie wurde nach Ablauf von zwei Wochen - bzw. nach Ablauf von drei Tagen - fingiert oder sie wurde kirchengerichtlich ersetzt. Einen „vierten Weg“ in Gestalt einer Billigungsfiktion vor Fristablauf gibt es nicht (*zu § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKiR vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 124/14 - Rn. 25, aaO; zu § 68 Abs. 2 NPersVG vgl. BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 50/09 - Rn. 20*). Soweit auch § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vorsieht, die Zustimmung zur Kündigung gelte als erteilt, wenn sich der Betriebsrat innerhalb der Frist nicht äußere, ist jedoch gem. § 102 Abs. 1 BetrVG anders als nach § 38 Abs. 1 MVG-EKD eine vorherige Zustimmung zur Kündigung gerade nicht erforderlich.

IV. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu prüfen haben, ob die

51

außerordentliche Änderungskündigung mit Auslauffrist vom 27. Juni 2019 mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes oder mangels Zustimmung der Mitarbeitervertretung bzw. des Verwaltungsrats des Beklagten rechtsunwirksam ist.

Koch

Schlünder

Rachor

Söller

Nielebock