

8 AZR 538/06

9 Sa 1270/05 Landesarbeitsgericht München
6a Ca 2399/04 Arbeitsgericht Augsburg

29.03.2007

BUNDESARBEITSGERICHT

Im Namen des Volkes!

URTEIL

In Sachen

...

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und Breinlinger sowie den ehrenamtlichen Richter Heydenreich und die ehrenamtliche Richterin Lorenz für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. Mai 2006 - 9 Sa 1270/05 – wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung sowie einer davon abhängigen Zahlung von Weihnachtsgeld.

Der am 9. August 1950 geborene Kläger ist seit dem 15. Mai 1975 als Diplomingenieur bei dem Beklagten und dessen Rechtsvorgänger zu einem monatlichen Bruttoentgelt von zuletzt ca. 7.200,00 Euro beschäftigt. Außerdem erhielt der Kläger auf Grund einer Betriebsvereinbarung vom 5. November 1975 eine Weihnachtsgratifikation.

Für diese ist ua. Voraussetzung, dass der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Auszahlung in einem ungekündigten Dienstverhältnis steht.

Der Kläger war anerkannter Sachverständiger für metallische und nichtmetallische Werkstoffe in überwachungsbedürftigen Anlagen und wurde zunächst gemäß den Vereinbarungen im ursprünglichen Dienstvertrag dafür eingesetzt, die Herstellung

und Montage von technischen Anlagen mit dem Schwerpunkt Kernkraftanlagen zu überwachen.

Zur Beendigung des Dienstverhältnisses ist in Ziff. 12a) des Dienstvertrages vom 7./14. Mai 1976 bestimmt:

„Nach Erfüllung der Wartezeit von 5 Jahren gemäß § 3 Versorgungsstatut, die mit Eintritt in die Dienste des TÜV B, also ab dem 15.5.1975 zu laufen beginnt, kann das Dienstverhältnis nur noch vom Arbeitnehmer ordentlich gekündigt werden.“

Darüber hinaus ist in § 4 Ziff. 2 des im Dienstvertrag angesprochenen Versorgungsstatuts Folgendes geregelt:

„Aktiven Angestellten kann, sobald sie die Wartezeit erfüllt haben, nur noch aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 BGB gekündigt werden. Entfällt eine Beschäftigungsmöglichkeit wegen Wegfalls oder Einschränkung eines Tätigkeitsgebietes des Vereins, so kann der betroffene Angestellte unter sinngemäßer Anwendung der jeweils gültigen beamtenrechtlichen Vorschriften des Staates B in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden. Es kann ihm jedoch jedes Einkommen aus anderweitiger Erwerbstätigkeit angerechnet werden.“

Nachdem der Kläger im Februar 1984 die amtliche Anerkennung als Sachverständiger für den Kraftfahrzeugverkehr erlangt hatte, wurde er in diesem Bereich beschäftigt. Mit einem Nachtrag vom 1. August 1985 zu seinem Dienstvertrag wurde dazu vereinbart:

„Herr B wird bis zu seiner amtlichen Anerkennung als Sachverständiger für den Kraftfahrzeugverkehr nach dem Gesetz über amtlich anerkannte Sachverständige und amtlich anerkannte Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr (KfSachvG) vom 22.12.1971 in der jeweils gültigen Fassung mit Arbeiten im Geschäftsbereich 4 - Straßenverkehr, Fachbereich Zentralaufgaben - Typprüfung, entsprechend seiner Vorbildung betraut.

Nach seiner Anerkennung wird Herr B auch mit Aufgaben betraut, die den amtlich anerkannten Sachverständigen und Prüfern für den Kraftfahrzeugverkehr übertragen sind.“

Der Beklagte besitzt alle Aktien der TÜV S H AG. Diese wiederum beherrscht die 1996 neu errichtete TÜV V GmbH (später in „TÜV A GmbH“ umbenannt). Dieser TÜV V GmbH übertrug der Beklagte mit Wirkung zum 1. Juli 1996 den mit der Verkehrstauglichkeitsprüfung von Kraftfahrzeugen befassten Teilbereich, in dem

auch der Kläger beschäftigt war. Dieser widersprach jedoch dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die TÜV V GmbH mit Schreiben vom 26. Juli 1996.

Unter dem 9. Oktober 1996 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund mit einer Auslauffrist zum 30. Juni 1997. Durch rechtskräftiges Urteil vom 9. April 1998 stellte das Arbeitsgericht München die Unwirksamkeit dieser Kündigung fest (- 33 Ca 16478/96 -). Mit Schreiben vom 11. August 1998 wurde dem Kläger durch die TÜV S H AG, die für den Beklagten damals Personalangelegenheiten wahrnahm, mitgeteilt, dass er nun ausschließlich bei der TÜV V GmbH eingesetzt werde, bei der auch die fachlichen und disziplinarischen Arbeitgeberrechte lägen. Auch betriebsverfassungsrechtlich sei er dieser Gesellschaft zugeordnet.

In der Folgezeit arbeitete der Kläger für die TÜV V GmbH, zuletzt in der Niederlassung A. Seine Anerkennung als Sachverständiger für metallische und nichtmetallische Werkstoffe in überwachungsbedürftigen Anlagen erlosch 2003. In seinem Beschäftigungsbetrieb kandidierte er für den Betriebsrat und wurde zum Ersatzmitglied gewählt. Als solches nahm er im Dezember 2003, Januar, Juli, Oktober und Dezember 2004 an Betriebsratssitzungen teil.

2003 wurde beim Beklagten beschlossen, die gesamte geschäftliche Tätigkeit zum 31. Dezember 2003 einzustellen und ab dem 1. Januar 2004 keine Arbeitnehmer mehr zu beschäftigen. Der Betrieb auf dem Gebiet der überwachungsbedürftigen Anlagen sollte zu diesem Datum in Abstimmung mit den nach dem Gerätesicherheitsgesetz zuständigen Landesministerien auf die einzelnen Gesellschaften der Unternehmensgruppe TÜV S übertragen und die beim Beklagten noch beschäftigten 820 Sachverständigen diesen Gesellschaften zugeordnet werden. Am 22. Oktober 2003 vereinbarte der Beklagte mit dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan, in dessen Anlagen auch geregelt wurde, welche Sachverständige zu welcher Gesellschaft wechseln sollten. Dabei bestand zwischen den Betriebsparteien Einigkeit, dass es sich jeweils um einen Betriebsteilübergang iSd. § 613a BGB handelte.

Der Kläger, dessen Arbeitsverhältnis auf die TÜV S B GmbH (nunmehr: TÜV I GmbH) übergehen sollte, wurde darüber vom Beklagten mit Schreiben vom 17. November 2003 informiert. Er widersprach unter dem 15. Dezember 2003 fristgerecht dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Der Beklagte verwies darauf, dass die früheren Vereinbarungen zum Einsatz seiner eigenen Sachverständigen bei den einzelnen Gesellschaften ausgelaufen seien und eine weitere Beschäftigung infolgedessen nicht mehr möglich sei. Die gesetzte Frist, bis 31. März 2004 einvernehmlich zur TÜV V GmbH zu wechseln, lies der Kläger verstreichen.

Mit Schreiben vom 14. Mai 2004 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich unter Einhaltung einer Auslauffrist zum 31. Dezember 2004. Zuvor hatte er sowohl den Betriebsrat bei der TÜV V GmbH, dessen Ersatzmitglied der Kläger ist, als auch vorsorglich den Betriebsrat bei der TÜV I GmbH zur Kündigung angehört, beide Betriebsräte widersprachen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, schon seit 1996 habe der Beklagte selbst keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für ihn gehabt, da damals der Teilbereich auf eine Konzerntochter übertragen worden sei. Auf Grund der länger als sieben Jahre dauernden Delegation an die TÜV V GmbH betreffe ihn die zum 1. Januar 2004 erfolgte Betriebsänderung im Bereich der Anlagenüberwachung nicht, zumal zwischenzeitlich auch seine Anerkennung als Sachverständiger im Bereich überwachungsbedürftiger Anlagen erloschen sei. Zudem hätte der Beklagte nach dem Versorgungsstatut die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand als milderes Mittel wählen können.

Außerdem stünde er als aktiviertes Ersatzmitglied des Betriebsrats der TÜV V GmbH unter dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1, 3 KSchG. Weder sei der Betriebsrat dazu beteiligt worden noch liege seine Zustimmung vor.

Soweit für die Revision noch von Bedeutung hat der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 14. Mai 2004 nicht zum 31. Dezember 2004 aufgelöst worden ist;
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 6.787,91 Euro brutto nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 30. Dezember 2004 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Ansicht vertreten, zu einer Fortsetzung der konzerninternen Überlassung des Klägers an die TÜV V GmbH nicht verpflichtet zu sein. Da er seit dem 31. Dezember 2003 keine Arbeitnehmer mehr beschäftige, sei der Kläger der einzige verbliebene Arbeitnehmer. Infolge der Einstellung der Geschäftstätigkeit sei das Bedürfnis für eine Beschäftigung des Klägers dauerhaft entfallen. Die TÜV V GmbH sei nicht mehr bereit, den Kläger tatsächlich zu beschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war vor dem Landesarbeitsgericht bis auf die Höhe des geltend gemachten Zinsanspruchs in vollem Umfang erfolgreich. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Mangels eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB ist die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten unwirksam. Der in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehende Kläger hat auch einen Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes für das Jahr 2004.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die außerordentliche Kündigung vom 14. Mai 2004 sei bereits mangels eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB unwirksam.

1. Der Kläger, für den bei dem Beklagten selbst schon seit dem 1. Juli 1996 keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestanden habe, sei jahrelang bei der TÜV V GmbH eingesetzt worden. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, dass die bisherige Tätigkeit des Klägers als Kfz-Sachverständiger bei dieser Konzerngesellschaft weggefallen und daher die entsprechende Beschäftigung des Klägers unmöglich geworden sei.

2. Vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung sei der Arbeitgeber verpflichtet, zunächst eine Unterbringung des Arbeitnehmers in einem anderen Unternehmen zu versuchen. Jedenfalls bestehe eine konzernbezogene Versetzungs- und Beschäftigungspflicht, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereiterklärt habe oder wenn sich eine solche Verpflichtung aus den einzelvertraglichen Vereinbarungen ergebe. Erst recht müsse dies für eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung gelten. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, dass im Kündigungszeitpunkt eine Weigerung der TÜV V GmbH zur Beschäftigung des Klägers und zur Erstattung seiner Vergütung vorgelegen habe. Da der Beklagte Alleinaktionär der TÜV S H AG sei, die wiederum die TÜV V GmbH beherrsche, sei davon auszugehen, dass einem Beschäftigungsersuchen des Beklagten von diesen Konzerngesellschaften entsprochen werde. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sei daher dem Beklagten nicht unzumutbar geworden, selbst wenn der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die TÜV V GmbH einem übersteigerten und nicht nachvollziehbaren Sicherheitsbedürfnis entspringen sollte.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Die Klage ist begründet. Die außerordentliche Kündigung vom 14. Mai 2004 konnte das Arbeitsverhältnis der Parteien schon deswegen nicht zum 31. Dezember 2004 auflösen, weil der Beklagte dafür keinen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB hatte.

1. Im Zeitpunkt des Zugangs der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung des Beklagten vom 14. Mai 2004 bestand zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis.

a) Das Arbeitsverhältnis ist nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB infolge eines Betriebsübergangs auf die TÜV S B GmbH (nunmehr: TÜV I GmbH) übergegangen. Zu Recht hat es das Landesarbeitsgericht offengelassen, ob die Übertragung der Anerkennung als Träger der technischen Überwachungsorganisation nach dem Gerätesicherheitsgesetz vom Beklagten auf andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe im Wege mehrerer Betriebsteilübertragungen iSd. § 613a Abs. 1 BGB durchgeführt wurde und ob das Arbeitsverhältnis des Klägers davon überhaupt erfasst worden wäre.

Letzteres ist zweifelhaft, da fraglich ist, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers überhaupt einem der ggf. übergegangenen Betriebsteile ausschließlich zuzuordnen war. Dazu muss der Arbeitnehmer in den übergegangenen Betriebsteil tatsächlich eingegliedert gewesen sein (BAG 8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - EzA BGB § 613a Nr. 209). Der Kläger war jedoch schon seit 1984 nicht mehr im Bereich der Reaktorsicherheit, sondern als Kfz-Sachverständiger eingesetzt und dies seit 1998 bei der TÜV V GmbH. Jedenfalls hat der Kläger durch Schreiben vom 15. Dezember 2003 einem etwaigen Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsteilübergangs wirksam widersprochen. Der Kläger wurde vom Beklagten von der Umstrukturierung durch das Schreiben vom 17. November 2003 unterrichtet. Das Widerspruchsschreiben vom 15. Dezember 2003 war daher fristgerecht. Der Widerspruch bedurfte auch keines sachlichen Grundes. Nach der seit dem 1. April 2002 in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung des Widerspruchsrechts in § 613a Abs. 6 BGB sind Gründe und Motive für den Widerspruch grundsätzlich ohne Belang (BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28).

b) Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hatte auch nicht wegen unerlaubter Überlassung des Klägers an die TÜV V GmbH nach § 9 Nr. 1 2. Alt. AÜG zu einem früheren Zeitpunkt sein Ende gefunden.

Zwar ist danach ein Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam, wenn der Verleiher, hier also der Beklagte, nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hatte. Jedoch war die Überlassung des Klägers an die TÜV V GmbH nicht gem. § 1 AÜG erlaubnispflichtig, da es an der Gewerbsmäßigkeit der Überlassung fehlte.

Der Beklagte überstellte den Kläger ohne Gewinnerzielungsabsicht an die TÜV V GmbH (BAG 24. August 2006 - 8 AZR 317/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 152 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 60; 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 – EzA AÜG § 14 Nr. 5; 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43 = AP AÜG § 1 Nr. 15 = EzA AÜG § 1 Nr. 2). Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hat die TÜV V GmbH lediglich die Kosten für die Tätigkeit des Klägers getragen. Weder den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch dem sonstigen Akteninhalt sind Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Beklagte das Entgelt für die Überlassung des Klägers so bemessen hätte, dass es die Kosten übersteigt.

c) Auch ein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der TÜV V GmbH wegen vermuteter Arbeitsvermittlung iSd. § 1 Abs. 2 AÜG iVm. § 13 AÜG in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung scheidet aus. Mit Wirkung ab 1. April 1997 ist § 13 AÜG durch das Arbeitsförderungs-Reformgesetz vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594, 714 f.) ersatzlos aufgehoben worden. Der Einsatz des Klägers bei der TÜV V GmbH begann erst 1998.

2. Das zwischen den Parteien am 14. Mai 2004 bestehende Arbeitsverhältnis ist nicht durch die Kündigung des Beklagten vom gleichen Tage mit Wirkung zum 31. Dezember 2004 beendet worden.

a) Der Kläger hat die in Ziff. 12a) des Dienstvertrages vereinbarte Wartezeit von fünf Jahren am 15. Mai 1980 erfüllt. Danach konnte nur noch er selbst ordentlich kündigen, eine einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten konnte nur durch außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB erfolgen.

b) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Dienstverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB erfüllt, ist vorrangig Sache der Tatsachengerichte, da es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe handelt. Diese kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen und ob bei der erforderlichen Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles daraufhin überprüft worden sind, ob es dem Kündigenden unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen (BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28; 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2).

c) Bei der außerordentlichen Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber bei einem vergleichbaren ordentlich kündbaren Arbeitnehmer dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist unzumutbar wäre (BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - AP BAT § 53 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 14; 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28; 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2). Bei einer betriebsbedingten Kündigung ist dies regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist es, wenn aus betrieblichen Gründen die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit entfällt, selbst im Insolvenzfall zumutbar, die Kündigungsfrist einzuhalten. Eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrfrist kommt nur dann in Betracht, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung gerade darin zu sehen ist, dass wegen des tariflichen oder einzelvertraglichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer notfalls bis zum Erreichen der Pensionsgrenze weiterbeschäftigen müsste und ihm dies unzumutbar ist. Dies kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, bei denen vermieden werden muss, dass der tarifliche oder einzelvertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung dem

Arbeitgeber Unmögliches oder evident Unzumutbares aufbürdet (BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - aaO). Dabei ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. In erheblich weiterem Umfang als bei einer ordentlichen Kündigung ist es dem Arbeitgeber bei einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist gegenüber dem unkündbaren Arbeitnehmer zumutbar, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden (BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - aaO; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10 = AP BGB § 626 Nr. 143 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 2).

Danach hat der Arbeitgeber in derartigen Fällen darzulegen, dass er ohne eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuerhalten. Es darf auch keine andere Möglichkeit bestehen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses etwa durch eine anderweitige Beschäftigung, ggf. auch erst nach entsprechender Umschulung, zu vermeiden. Anders als bei der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber nur darlegt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei infolge des Wegfalls seines Arbeitsplatzes nicht mehr möglich. Bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit notwendiger Auslauffrist gehört das Fehlen jeglicher, also auch anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten schon zum wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB (BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 – AP BAT § 53 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 14; 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28).

d) Auch wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber widersprochen hat, muss der Arbeitgeber vor einer außerordentlichen Kündigung alle zumutbaren, eine Weiterbeschäftigung ermöglichenden Mittel ausgeschöpft haben (BAG 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3).

3. Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen hat das Landesarbeitsgericht im Streitfall das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB rechtsfehlerfrei verneint. Der Beklagte hat nicht dargetan, dass die konkrete Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger entfallen ist.

a) Die von dem Beklagten getroffenen unternehmerischen Entscheidungen, seine Anerkennung als Träger der technischen Überwachungsorganisation gemäß dem Gerätesicherheitsgesetz auf andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe zu übertragen, keinen Betrieb auf dem Gebiet der überwachungsbedürftigen Anlagen mehr zu unterhalten und den Geschäftsbetrieb einzustellen, hat nicht den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für den Kläger zur Folge gehabt.

In dem jetzt vom Beklagten aufgegebenen Geschäftsbereich war der Kläger schon seit 1984 nicht mehr beschäftigt, was die Parteien durch den Nachtrag vom 1. August 1985 auch ausdrücklich festgelegt haben. Nachdem der Beklagte den Bereich des Prüfwesens für den Kraftfahrzeugverkehr zum 1. Juli 1996 auf die TÜV V GmbH

übertragen hatte, wurde der Kläger dort - nach rechtskräftigem Abschluss eines Beendigungsrechtsstreits - ab August 1998 eingesetzt. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die von dem Beklagten im Jahre 2003 getroffene Entscheidung im Bereich der überwachungsbedürftigen Anlagen an sich ohne Folgen für die konkrete Beschäftigung des Klägers bei der TÜV V GmbH blieb.

Fällt aber die unternehmerische Organisationsentscheidung, keine Arbeitnehmer mehr zu beschäftigen, mit dem getroffenen Kündigungsentschluss zusammen, so muss der Arbeitgeber durch Tatsachenvortrag verdeutlichen, dass ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist (BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102).

Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass der Beschäftigungsbedarf für den Kläger bei der TÜV V GmbH entfallen und eine Fortsetzung der Beschäftigung in dieser Form, dh. unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zum Beklagten, nicht mehr möglich sei. Im Berufungsverfahren hat er lediglich vorgetragen, seit der Übertragung der Anerkennung als Träger der technischen Überwachungsorganisation bestehe keine Verrechnungsmöglichkeit mit der TÜV V GmbH mehr wegen der Lohnkosten des Klägers und diese sei auch nicht mehr bereit, den Kläger zu beschäftigen. Jedoch hat er dies gerade nicht im Zusammenhang mit einem Wegfall des Arbeitsplatzes oder des Beschäftigungsbedarfs für den Kläger bei der TÜV V GmbH dargelegt. Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass zumindest bei Ausspruch der Kündigung nach wie vor die Möglichkeit bestanden habe, den Kläger über den 31. Dezember 2004 hinaus bei der TÜV V GmbH als Kfz-Sachverständigen einzusetzen. Weder habe sich diese Gesellschaft zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung geweigert, den Kläger zu beschäftigen noch hierfür die Kosten zu erstatten. Diese Feststellungen sind für den Senat gem. § 559 Abs. 2 ZPO bindend, da der Beklagte sie nicht mit Verfahrensrügen angegriffen hat.

Nach den strengen Anforderungen, die an die Darlegung der betrieblichen Gründe für die außerordentliche Kündigung des unkündbaren Klägers zu stellen sind, hätte der Beklagte darlegen müssen, dass er sich erfolglos um eine anderweitige, im Wege der Personalgestellung zu verwirklichende Beschäftigungsmöglichkeit bemüht hat. Dies gilt umso mehr, als im Fall des Klägers bereits seit acht Jahren eine Beschäftigung durch Personalgestellung realisiert worden ist. Daher stellte sich eine weitere Abordnung des Klägers an die TÜV V GmbH nicht als Folge einer wegen eines Betriebsteilübergangs und des Widerspruchs des Klägers entfallenden Beschäftigungsmöglichkeit beim Beklagten dar. Seiner Verpflichtung, den Fortbestand des zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der seitherigen, jahrelangen Handhabung zu gewährleisten, kam der Beklagte auch nicht mit dem - von dem Kläger nicht angenommenen - Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der TÜV V GmbH nach. Dieses zeitnah vor Kündigungsausspruch unterbreitete Angebot steht allerdings in offenkundigem Widerspruch zu der in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht protokollierten Erklärung des Beklagten, die TÜV V GmbH sei „nicht mehr bereit ..., den Kläger tatsächlich zu beschäftigen.“

b) Hinzu kommt die im Falle des Klägers besondere Ausgestaltung des vertraglichen Sonderkündigungsschutzes (vgl. BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28 für den tariflichen Sonderkündigungsschutz). Nach § 4 Ziff. 2 des arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Versorgungsstatuts muss bei Entfallen einer Beschäftigungsmöglichkeit wegen Wegfalls oder Einschränkung eines Tätigkeitsgebietes eine Versetzung in den einstweiligen Ruhestand nach beamtenrechtlichen Vorschriften vor einer Kündigung in Betracht gezogen werden. Damit ähnelt die arbeitsvertragliche Unkündbarkeitsregelung in ihrer Zielrichtung der tariflichen Unkündbarkeitsvorschrift des § 55 BAT, deren Zweck es war, das Arbeitsverhältnis einem Beamtenverhältnis anzunähern (BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5; 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - BAGE 102, 40 = AP BAT § 55 Nr. 4 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 8). Bei einem so ausgestalteten Sonderkündigungsschutz ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Unterbringung des Arbeitnehmers im Wege der Personalgestellung bei einem anderen Arbeitgeber, ggf. mit einer Differenzzahlung durch ihn, in die Überlegungen einzubeziehen (BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - AP BAT § 53 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 14). Im Falle eines nach den §§ 53 ff. BAT unkündbaren Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber sämtliche Unterbringungsmöglichkeiten prüfen, erst recht, wenn von einer gesellschaftsrechtlichen, insbesondere konzernrechtlichen oder konzernähnlichen Verbindung auszugehen ist, bevor er sich auf die Unzumutbarkeit einer jahrelangen Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses allein durch Gehaltszahlungen, denen keine Arbeitsleistung gegenübersteht, berufen kann. Selbst wenn der Beklagte den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs und der Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger infolge seiner unternehmerischen Entscheidung des Jahres 2003 im Einzelnen dargelegt hätte, hätte er weiter darzulegen gehabt, warum ihm die Erfüllung des vertraglich vereinbarten Sonderkündigungsschutzes in diesem Fall nicht zuzumuten war.

c) Entgegen den Überlegungen des Berufungsgerichts und der Revision kommt es vorliegend nicht auf eine konzerninterne Weiterbeschäftigungsverpflichtung oder eine „Versetzung“ an. Die dazu entwickelten Grundsätze (BAG 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - BAGE 41, 72 = AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 1 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 29) sind erst dann für die Entscheidung von Bedeutung, wenn feststeht, dass die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit entfallen und zu prüfen ist, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen, freien Arbeitsplatz besteht. Diese Voraussetzung hat aber das Landesarbeitsgericht in zutreffender Würdigung des Vorbringens des Beklagten nicht feststellen können.

III. Ist die Kündigung schon wegen Fehlens eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksam, kann dahingestellt bleiben, ob sich weitere Unwirksamkeitsgründe aus § 626 Abs. 2 BGB, § 103 Abs. 3 BetrVG oder § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG ergeben.

IV. Die Revision ist auch, soweit sie sich gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts wendet, den Anspruch des Klägers auf die Weihnachtsgratifikation 2004 zuzusprechen, unbegründet.

Zwar hat der Beklagte seine Revision hinsichtlich dieses Teils nicht im Einzelnen begründet. Dies war jedoch deswegen nicht erforderlich, weil die Entscheidung hinsichtlich der Weihnachtsgratifikation notwendig von der Entscheidung über die Frage abhängig ist, ob der Kläger zum Fälligkeitszeitpunkt in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stand, ob also die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 14. Mai 2004 wirksam war. Die somit zulässige (BAG 15. November 1994 - 5 AZR 681/93 - AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 39) Revision ist unbegründet, da die allein zwischen den Parteien streitige Voraussetzung für die Zahlung des Weihnachtsgeldes mit der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung zu bejahen ist.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.