

# Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist gegenüber MAV-Mitglied

KGH.EKD I-0124/L79-05

3.4.2006

**Die Leitsätze zum Beschluss des KGH.EKD I-0124/L79-05 lauten:**

1. Der Antrag auf Ersetzung der fehlenden Zustimmung der Mitarbeitervertretung wird unbegründet, wenn die Dienststellenleitung die in Rede stehende außerordentliche (Änderungs-)Kündigung während des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens erklärt.
2. Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 MVG.EKD darf einem Mitglied einer Mitarbeitervertretung nur nach § 626 BGB außerordentlich gekündigt werden. Dies gilt auch für eine außerordentliche Änderungskündigung mit sozialer Auslauffrist.
3. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt im Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung, wenn feststeht, welche genau bestimmten Arbeitnehmer nicht mehr auf ihren bisherigen Arbeitsplätzen oder zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden können und deshalb eine Änderungskündigung notwendig ist.
4. Ist die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zum Ausspruch der außerordentlichen Änderungskündigung erforderlich und muss diese - wie hier - gerichtlich ersetzt werden, so wahrt nur ein innerhalb dieser Frist beim Gericht in zulässiger Art und Weise gestellter Antrag auf Ersetzung der Zustimmung der Mitarbeitervertretung die Frist zur Erklärung der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB

(Vorinstanz: Schieds- und Schlichtungsstelle Diakonisches Werk Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V.,  
Beschluss vom 4.11.2005, II-52/05

---

**Beschluss des KGH.EKD I-0124/L79-05**

## **B e s c h l u s s**

### **In dem mitarbeitervertretungsrechtlichen Beschwerdeverfahren**

mit den Beteiligten

Dienststellenleitung A

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt B

und

Mitarbeitervertretung A

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt C

hat der Kirchengerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland - Erster Senat für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten - durch den Vorsitzenden Richter Schliemann, die Richterin Bock und den Richter Nordmann-Bromberger am 3. April 2006 beschlossen:

### **B e s c h l u s s**

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss der Schieds- und Schlichtungsstelle des Diakonischen Werkes Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V. vom 4. November 2005 - II-52/05 - wird zurückgewiesen.
2. Der Verfahrenswert zur Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren wird auf 8.000,00 € festgesetzt.

### **G r ü n d e:**

**I.** Die Antragstellerin betreibt vollstationäre Pflege mit 110 Pflegeplätzen im Rahmen der Altenhilfe "Haus D". Das Haus D soll am 15. April 2006 um ein weiteres Haus mit 96 Pflegeplätzen erweitert werden.

Die Antragstellerin begehrt im vorliegenden Verfahren die Ersetzung der Zustimmung der Mitarbeitervertretung zur außerordentlichen Änderungskündigung mit sozialer Auslauffrist und zu Umgruppierungen, die sie gegenüber Frau E und Frau F, nochmals erklären bzw. durchführen will. Beide Damen sind von der Antragstellerin im Jahr 1992 als Sozialarbeiterinnen eingestellt worden. Künftig sollen Frau E als Pflegefachkraft und Frau F als Pflegehilfskraft tätig sein. Frau E gehört der beteiligten Mitarbeitervertretung als Vorsitzende an, Frau F ist deren stellvertretende Vorsitzende.

Entsprechende Änderungskündigungen hat die Antragstellerin während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens gegenüber beiden Mitarbeiterinnen mit Schreiben vom 11. Januar 2006 erklärt. Hiergegen sind vor dem Arbeitsgericht Berlin Kündigungsschutzklagen erhoben worden.

Am 17. August 2005 beschloss die Antragstellerin durch den Geschäftsführer und den Gesellschafter und Handlungsbevollmächtigten der Antragstellerin die beiden Stellen für Sozialarbeiter entfallen zu lassen; die Arbeit solle von einem "der Geschäftsführung angehörenden" Sozialarbeiter ausgeführt werden, vor allem hinsichtlich der "Akquisition". Durch die beiden Sozialarbeiterinnen wäre im Jahr 2005 und auch früher kein einziger Heimplatz besetzt worden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Wiedergabe des Beschlusses Bezug genommen (Anlage 4 zur Antragsschrift vom 9. September 2005).

Mit Schreiben vom 17. August 2005 bat die Antragstellerin unter Hinweis auf ein vorheriges Schreiben vom 19. Juli 2005 die Mitarbeitervertretung bis zum 2. September 2005 um die Zustimmung zu den beabsichtigten Umgruppierungen und Versetzungen und - für den Fall, dass Frau E oder Frau F mit der Änderung nicht einverstanden sei - zu den Änderungskündigungen, und führte darin aus: Frau E, die als Krankenschwester ausgebildet und examiniert ist, solle künftig als Pflegefachkraft tätig werden; ihre Eingruppierung solle sich von VergGr. EGP 21 /IVb /FG 19 plus Anmerkung 14 ändern in KR 4 EGP 73. Frau F, die einen Ausbildungsabschluss als Sozialarbeiterin hat, solle künftig als Pflegehilfskraft eingesetzt werden. Ihre Eingruppierung solle sich von VergGr. EGP 21 /IVb /FG 19 plus Anmerkung 14 ändern in KR 1 EGP 73. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ablichtung (Anlage 3 zur Antragsschrift) Bezug genommen.

Die Mitarbeitervertretung lehnte ihre Zustimmung mit Schreiben vom 30. August 2005 mit - im Kern - der Begründung ab, der Tätigkeitsbereich des Sozialdienstes sei nicht entfallen, sondern solle von einem anderen Sozialarbeiter übernommen werden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ablichtung (Anlage 5 zur Antragsschrift) Bezug genommen.

Mit ihrer Antragsschrift vom 9. September 2005, bei der Schieds- und Schlichtungsstelle am selben Tag ohne Anlagen per Fax, am 12. September 2005 urschriftlich mit Anlagen eingegangen, verfolgt die Antragstellerin das Ziel, die nunmehr fehlende Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu ersetzen. Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, die außerordentlichen Änderungskündigungen mit sozialer Auslauffrist seien betriebsbedingt. Sie habe eine Unternehmerentscheidung getroffen, wonach die Akquisition und die sozialen Dienste künftig auf der Leitungsebene durch den der Geschäftsführung angehörenden Sozialarbeiter, ggf. unter Zuhilfenahme von Fremdleistungen, ausgeführt werden solle. Deshalb fielen die Arbeitsplätze für Frau E und Frau F ersatzlos weg. Ihre Weiterbeschäftigung in der Altenpflege sei zumutbar. Wegen der Einzelheiten ihres erstinstanzlichen Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Antragstellerin nebst Anlagen vom 9. September 2005 und 21. Oktober 2005 Bezug genommen. Sie hat beantragt,

1. die Zustimmung zu den außerordentlichen mit sozialer Auslaufzeit versehenen Änderungskündigungen der Frau E und der Frau F zu ersetzen.
2. die Zustimmung zur Umgruppierung und Versetzung der Mitarbeiterin E als Pflegekraft in die VergGr. KR 4 EGP 73 zu ersetzen
3. die Zustimmung zur Umgruppierung und Versetzung der Mitarbeiterin F als Pflegehilfskraft in die VergGr. KR 1 EGP 73 zu ersetzen,  
hilfsweise  
festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu den beabsichtigten Änderungskündigungen, Umgruppierungen und Versetzungen der Frau E und der Frau F nicht besteht.

Die Mitarbeitervertretung hat beantragt, die Anträge zurückzuweisen, und hat unter Hinweis auf ihr Vorbringen im Zustimmungsverweigerungsbescheid geltend gemacht, es liege kein wichtiger Grund i.S. des § 626 BGB vor. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt ihres Schriftsatzes vom 7. Oktober 2005 Bezug genommen.

Die Schieds- und Schlichtungsstelle hat durch ihren Beschluss vom 4. November 2005 die Anträge im Wesentlichen mit der Begründung zurückgewiesen, die Unternehmerentscheidung (Organisationsentscheidung) sei offensichtlich willkürlich und unbegründet. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss Bezug genommen.

Gegen diesen ihr am 1. Dezember 2005 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 am 27. Dezember 2005 Beschwerde eingelegt und zugleich zu deren Begründung vorgetragen. Sie legt dar, weshalb aus ihrer Sicht die Unternehmerentscheidung nicht offensichtlich willkürlich und unbegründet sei. Die geplante Maßnahme, vor allem die Übernahme der Tätigkeit durch einen anderen Sozialarbeiter, sei ab 1. Oktober 2005 durchgeführt worden; ein geringer Teil der bisher von den Sozialarbeiterinnen wahrgenommenen Aufgaben sei nach außen vergeben worden. Der andere Sozialarbeiter verrichte die Aufgaben für einen Teilbereich der Aufgaben unter Zuhilfenahme einer bei ihm Beschäftigten. Wegen der Einzelheiten ihres zweitinstanzlichen Vortrags wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen vom 23. Dezember 2005 und vom 28. März 2006 Bezug genommen.

Sie beantragt, die Entscheidung der Schieds- und Schlichtungsstelle vom 4. November 2005 abzuändern und

1. die Zustimmung zum Ausspruch der außerordentlichen Änderungskündigung mit sozialer Auslaufzeit für die Mitarbeiterinnen E und F zu ersetzen,
2. die Zustimmung zur Umgruppierung der Mitarbeiterin E als Pflegefachkraft in die VergGr. KR 4 EGP 73 sowie der Mitarbeiterin F als Pflegehilfskraft in die VergGr. KR 1 EGP 73 zu ersetzen,  
hilfsweise
3. festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu den beabsichtigten Änderungskündigungen, Umgruppierungen Mitarbeiterinnen E und F nicht besteht.

Die Mitarbeitervertretung beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss nach näherer Maßgabe ihres Schriftsatzes vom 26. Januar 2006.

**II.** Die Beschwerde ist hinsichtlich des Antrags zu 1 nach § 63 Abs. 1 Buchst. c MVG.EKD a.F. statthaft (vgl. KGH.EKD, Beschluss vom 6. Juli 2004 - I-0124/H25-03 - ZMV 2005, S. 143) und zulässig, aber nicht begründet. Die Vorinstanz hat den Antrag der Dienststellenleitung im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

**1.** An dem Verfahren waren die Mitarbeiterinnen E und F - anders als im Verfahren nach § 103 BetrVG - nicht zu beteiligen, obwohl sie der beteiligten Mitarbeitervertretung angehören und es um die Ersetzung der Zustimmung zu ihnen gegenüber beabsichtigten außerordentlichen Änderungskündigungen geht (vgl. für den Fall einer außerordentlichen Beendigungskündigung gegenüber einem Mitglied einer Mitarbeitervertretung: VerwG.EKD, Beschluss vom 9. März 2000 - 0124/D37-99 - ZMV 2000, 131).

**2.** Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 MVG.EKD darf einem Mitglied einer Mitarbeitervertretung nur nach § 626 BGB außerordentlich gekündigt werden. Dies gilt auch für eine außerordentliche Änderungskündigung mit sozialer Auslaufzeit. Auch hierzu bedarf es der Zustimmung der Mitarbeitervertretung (§ 21 Abs. 2 Satz 2 MVG.EKD). Dabei gelten § 38 Abs. 3 und 4 MVG.EKD mit der Maßgabe entsprechend, dass die Dienststellenleitung die Frist für die Stellungnahme der Mitarbeitervertretung auf drei Tage verkürzen kann (§ 21 Abs. 2 Satz 3 MVG.EKD). Die fehlende Zustimmung der Mitarbeitervertretung ist im Verfahren nach § 38 Abs. 4 MVG.EKD zu ersetzen, wenn die beabsichtigte außerordentliche (Änderungs-)Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist, d.h., wenn alle Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen (KGH.EKD, Beschluss vom 6. Juli 2004 - I-0124/K7-04 - ZMV 2005, 145). Dazu gehört auch die Prüfung, ob die Wahrung der Erklärungsfrist (§ 626 Abs. 2 BGB) rechtlich (noch) möglich ist (vgl. VerwG.EKD, Beschluss vom 20. August 2001 - II-0124/F22-01 n.v.).

**3.** Der Antrag auf Ersetzung der fehlenden Zustimmung der Mitarbeitervertretung ist schon deshalb unbegründet, weil die Dienststellenleitung die hier in Rede stehenden außerordentlichen Änderungskündigungen mit sozialer Auslauffrist im Januar 2006 während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bereits erklärt hat, ohne dass die hierfür erforderliche Zustimmung vorgelegen hat oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt worden ist. Mit der Erklärung dieser Änderungskündigungen ist das vorliegende Zustimmungsersetzungsverfahren in der Sache gegenstandslos geworden, denn die Kündigungen, um deren Wirksamkeit willen das vorliegende Verfahren betrieben wird, sind bereits erklärt worden. Der Sinn und Zweck des § 21 Abs. 2 MVG.EKD besteht darin, der Mitarbeitervertretung auf den Kündigungsentschluss der Dienststellenleitung Einfluss zu geben. Deshalb können ein Zustimmungsverfahren und das Verfahren auf Ersetzung der fehlenden Zustimmung nur für die beabsichtigte Kündigung Wirkung entfalten, für die es eingeleitet worden ist (vgl. für § 103 BetrVG; BAG, Urteil v. 24. Oktober 1996 - 2 AZR 3/96 - AP Nr. 32 zu § 103 BetrVG 1972).

**4.** Der Antrag zu 1 kann sich aus rechtlichen Gründen aber auch nicht auf eine erneute Erklärung der in Rede stehenden Kündigungen richten. Die Dienststelle möchte zwar das vorliegende Zustimmungsersetzungsverfahren hinsichtlich seiner Zielrichtung auch nicht dahingehend verstanden wissen, dass es ihr um den erneuten Ausspruch der beabsichtigten außerordentlichen Änderungskündigungen mit sozialer Auslauffrist geht. Diese Erwägung ist unbehelflich. Denn diese Ansicht der Antragstellerin bedeutet, dass es ihr nicht um die Verwirklichung der ursprünglich beabsichtigten Kündigungserklärungen gegenüber Frau E und Frau F geht, zu der sie die Mitarbeitervertretung bisher angehört hat, sondern um erneute sinngleiche Kündigungserklärungen. Dann aber geht es im vorliegenden Verfahren nicht mehr um die Ersetzung der Zustimmung aufgrund der bisherigen Anhörung der Mitarbeitervertretung, sondern um die Ersetzung der fehlenden Zustimmung der Mitarbeitervertretung zu anderen Kündigungserklärungen, ohne dass die Mitarbeitervertretung insoweit zur Zustimmung aufgefordert worden ist. Ein Zustimmungsersetzungsverfahren ohne vorherige Anhörung der Mitarbeitervertretung ist unbegründet (vgl. zu § 103 BetrVG; BAG a.a.O.).

**5.** Die Ersetzung der Zustimmung zu den beabsichtigten außerordentlichen Änderungskündigungen mit sozialer Auslauffrist war aber auch deshalb zu versagen, weil die Dienststelle die zweiwöchige Frist für die Erklärung der Kündigungen (§ 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB) nicht mehr wahren kann.

**a)** Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB kann die Kündigung i.S. des § 626 Abs. 1 BGB nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigungsberechtigte von den zur Kündigung maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt in Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung, wenn feststeht, welche genau bestimmten Arbeitnehmer nicht mehr auf ihren bisherigen Arbeitsplätzen oder zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden können und deshalb eine Änderungskündigung notwendig ist (BAG, Urt. .25. März 1976 - 2 AZR 127/75 - AP Nr. 10 zu § 626 BGB Ausschlussfrist, NJW 1976, 1334 (LS); ebenso ErK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 277; APS/Dörner, § 626 Rn. 335).

Vorliegend hat die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB am 18. August 2005 zu laufen begonnen. An diesem Tag waren dem Geschäftsführer der Antragstellerin anhand des von ihm gefassten Beschlusses alle Tatsachen bekannt, aus denen nach seiner Auffassung jeder Bedarf an der Aufrechterhaltung der Beschäftigung der Mitarbeiterinnen E und F als Sozialarbeiterinnen ab 1. Oktober 2005 entfallen soll und dass Frau E als Pflegefachkraft sowie Frau F als Pflegehilfskraft eingesetzt werden sollen und dass dieses Ziel mit Hilfe einer außerordentlichen Änderungskündigung mit sozialer Auslauffrist erreicht werden soll. Der Umstand, dass daneben noch erreicht werden sollte, die Änderung der Arbeitsverträge einvernehmlich zu erreichen, hindert den Beginn der Kündigungserklärungsfrist nicht.

**b)** Ist - wie hier - die Zustimmung der Mitarbeitervertretung zum Ausspruch der außerordentlichen Änderungskündigung erforderlich und muss diese - wie hier - gerichtlich ersetzt werden, so wahrt die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB allein ein innerhalb dieser Frist beim Gericht in zulässiger Art und Weise gestellter Antrag auf Ersetzung der Zustimmung der Mitarbeitervertretung (vgl. für den Fall des Zustimmungserfordernisses nach § 103 BetrVG: BAG a.a.O.).

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Die zweiwöchige Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB war am 1. September 2005 abgelaufen. Der Antrag auf Ersetzung der fehlenden Zustimmung der Mitarbeitervertretung ist erst am 9. September 2005 als Fax ohne Anlagen und erst am 12. September 2005 in Urschrift mit Anlagen bei Gericht eingereicht worden. Die Wahrung der Frist ist auch im Verfahren nach § 21 Abs. 2 MVG.EKD möglich, denn die Frist für die Antwort der Mitarbeitervertretung kann von der Dienststellenleitung auf drei Arbeitsage verkürzt werden. Die Dienststellenleitung hat hiervon keinen Gebrauch gemacht, sondern der Mitarbeitervertretung sogar eine Antwortfrist bis zum 2. September 2005 eingeräumt.

**3.** Bei dieser Sach- und Rechtslage bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob auch der Grund vorliegt, auf den die Vorinstanz die Zurückweisung dieses Antrags gestützt hat.

**III.** Nicht statthaft ist die Beschwerde hinsichtlich des Antrags zu 2, mit welchem die Antragstellerin die Ersetzung

der Zustimmung der Mitarbeitervertretung zur Umgruppierung der Mitarbeiterin E als Pflegekraft in die VergGr. KR 4 EGP 73 sowie der Mitarbeiterin F als Pflegehilfskraft in die VergGr. KR 1 EGP 73 begehrt. Rechtsgrundlage für die Beteiligung der Mitarbeitervertretung ist insoweit § 42 Buchst. c MVG.EKD. In den Fällen des § 42 MVG.EKD entscheidet die erste Instanz abschließend (§ 60 Abs. 4 letzter Satz MVG.EKD a.F.).

**IV.** Hinsichtlich des Hilfsantrags ist die Beschwerde mangels ihrer Begründung (§ 63 Abs. 7 MVG.EKD, § 89 Abs. 2 ArbGG) unzulässig. Insoweit lässt die Beschwerdeführerin es an jeder Darlegung fehlen, weshalb die vorinstanzliche Entscheidung unrichtig sein soll.