

Kündigung: Auch Unkündbare können ihren Job verlieren

Das BAG hat entschieden, dass öffentliche Arbeitgeber auch an eigentlich „unkündbaren“ Arbeitnehmern nicht um jeden Preis festhalten müssen, wenn es nach dem Wegfall einer Arbeitsstelle keine passende Beschäftigungsmöglichkeit mehr gibt. Schließt ein Stadt eine von ihr ursprünglich unterhaltene Musikschule und fällt damit der Arbeitsplatz eines als Trompetenlehrer und später auch als stellvertretender Leiter der Schule tätigen Mannes weg, so muss er eine Änderungskündigung (die ihn mit einer Vergütungsdifferenz von 150 € in einen anderen Job herabstuft) akzeptieren — oder ganz ausscheiden. Die Stadt ist nicht verpflichtet, eine im Haushaltsplan nicht vorgesehene Stelle allein deshalb zu schaffen, um den Kläger zu den bisherigen Bedingungen weiterbeschäftigen zu können. Ebenso wenig muss eine anderweitig besetzte Stelle für ihn „freigekündigt“ werden.

Quelle: Wolfgang Büser

Wirksamkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung zum Zweck der Herabgruppierung in eine niedrigere Tarifgruppe; Abgrenzung einer Änderungskündigung zu einer Wiederholungskündigung; Voraussetzungen einer außerordentlichen Änderungskündigung; Notwendigkeit der Einhaltung einer Kündigungsfrist; Freikündigungspflicht eines öffentlichen Arbeitgebers zur Vermeidung einer Änderungskündigung

Gericht: BAG

Datum: 18.05.2006

Aktenzeichen: 2 AZR 207/05

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2006, 20052

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Lingen - 22.01.2004 - AZ: 1 Ca 218/03

LAG Niedersachsen - 18.03.2005 - AZ: 10 Sa 405/04

Rechtsgrundlagen:

§ 54 Abs. 2 BAT

§ 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT

§ 15 Abs. 5 KSchG

Fundstellen:

ArbRB 2006, 162 (Kurzinformation)

AuR 2006, 201-202 (Kurzinformation)

AUR 2006, 201-202 (Kurzinformation)

BB 2007, 668-671 (Volltext mit red. LS u. Anm.)

DB 2006, XXII Heft 21 (Pressemitteilung)

DB 2006, 1851 (amtl. Leitsatz)

EzA-SD 11/2006, 4 (Pressemitteilung)
EzA-SD 17/2006, 5-6
FA 2006, 221-222 (Kurzinformation)
FStBay 2007, 7-8
FStBay 2007, 689-693
MDR 2006, R9 (Kurzinformation)
NJ 2006, V Heft 7 (Pressemitteilung)
NWB 2006, 2246 (Kurzinformation)
NZA 2006, VI Heft 11 (Kurzinformation)
NZA-RR 2007, 272-276 (Volltext mit amtl. LS)
PersV 2006, 476
RiA 2007, 17
schnellbrief 2007, 1
schnellbrief 2006, 8 (Pressemitteilung)
ZfA 2008, 148 (Kurzinformation)
ZfPR 2006, 116 (Pressemitteilung)
ZfPR online 2006, 11 (Pressemitteilung)
ZMV 2006, 203-204 (Pressemitteilung)
ZTR 2007, 322 (amtl. Leitsatz)

BAG, 18.05.2006 - 2 AZR 207/05

Redaktioneller Leitsatz:

1. Der Arbeitgeber kann eine erneute Kündigung nicht auf Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung einer vorherigen Kündigung vorgebracht hat und die bereits im Kündigungsschutzprozess materiell geprüft und als unzureichend angesehen worden sind.
2. Der Arbeitgeber kann gegenüber einem nach § 53 Abs. 3 BAT unkündbaren Angestellten eine außerordentliche Änderungskündigung zum Zwecke der Herabgruppierung aussprechen, wenn dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen nachweisbar entgegenstehen.
3. Eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung ist nur dann wirksam, wenn die vorgeschlagenen Änderungen geeignet und erforderlich sind, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Der Arbeitgeber muss alles Zumutbare unternommen haben, die notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken.
4. Ein öffentlicher Arbeitgeber ist zur Vermeidung einer außerordentlichen Änderungskündigung nicht generell dazu verpflichtet, den gleichwertigen und geeigneten Arbeitsplatz eines kündbaren Arbeitnehmers freizukündigen. Eine solche Freikündigungspflicht besteht zumindest dann nicht,

wenn der unkündbare Arbeitnehmer den freigelegten Arbeitsplatz nicht innerhalb der für einen qualifizierten Stellenbewerber ausreichenden Einarbeitungszeit ausfüllen kann.

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. Mai 2006
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie
die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Rosendahl
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 18. März 2005 - 10 Sa 405/04 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung zum Zweck der Herabgruppierung aus der VergGr. IVb BAT in die VergGr. Vb BAT .
- 2 Der Kläger (niederländischer Staatsbürger) ist Diplom-Musikschullehrer. Er ist 1952 geboren und war seit 1. Dezember 1980 in der von der beklagten Stadt bzw. ihrer Rechtsvorgängerin betriebenen Musikschule beschäftigt, zunächst als Lehrkraft für das Fach Trompete, später als stellvertretender bzw. kommissarischer Leiter und Geschäftsführer der Schule. Im Arbeitsvertrag vom 16. Juli 1985 wurde die Geltung des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) in der jeweils geltenden Fassung vereinbart. Der Kläger erhielt zuletzt eine Vergütung nach der VergGr. IVb BAT .
- 3 Nach jahrelangen Verlusten und vergeblichen Konsolidierungsbemühungen sowie gescheiterten Versuchen zur Privatisierung beschloss der Rat der Beklagten Anfang 2000, die Musikschule zum 31. Juli 2000 zu schließen. Die Beklagte kündigte deshalb das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit Auslauffrist zum 30. September 2000. Diese Kündigung ist durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juni 2002 (- 2 AZR 367/01 - BAGE 102, 40) rechtskräftig für unwirksam erklärt worden. Seit dem 1. Juli 2002 beschäftigt die Beklagte den Kläger im städtischen Verkehrsamt, insbesondere mit der Beratung von Gästen über Fremdenverkehrsangebote. Dabei macht sie sich seine niederländischen Sprachkenntnisse zu Nutze. Des Schriftdeutschen ist der Kläger nicht in einer Weise mächtig, die ihn zu einer selbstständigen Verwaltungskorrespondenz befähigen würde. Die seit dem 1. Juli 2002 ausgeübte Tätigkeit hat eine tarifliche Wertigkeit der VergGr. VII BAT oder darunter.
- 4 Die am 31. Juli 2000 geschlossene Musikschule war die einzige Einrichtung dieser Art in Trägerschaft der Beklagten. Eine Nachfolgeeinrichtung wurde nicht gegründet. Musikschullehrer beschäftigt die Beklagte außer dem Kläger nicht mehr. Die Beklagte ist Trägerin allgemein bildender Schulen. Die dort beschäftigten Lehrkräfte stehen nach niedersächsischem Schulrecht in unmittelbarem Dienstverhältnis zum Land Niedersachsen, das auch die Personalkosten trägt. Der Beklagten fallen nur die Sachkosten zur Last. Die Beklagte beschäftigte - neben Diplomingenieuren, deren Tätigkeit der Kläger unstreitig nicht ausüben kann - im Zeitpunkt der streitbefangenen Änderungskündigung nur eine Angestellte mit Tätigkeiten, die nach der VergGr. IVb BAT bewertet ist, nämlich die Stadtjugendpflegerin mit 20 Wochenstunden. Sie ist ausgebildete Sozialpädagogin. Weitere Stellen im Bereich der Jugendhilfe waren im Haushaltsansatz der Beklagten im Zeitpunkt des Ausspruchs der Änderungskündigung nicht vorgesehen. Nach Ausspruch der Änderungskündigung stellte die Beklagte im Juni 2004 einen etwa 28-jährigen Sozialpädagogen als Leiter des Jugendhauses ein, der eine Vergütung nach VergGr. IVa BAT erhält.
- 5 Nachdem die Beklagte im Laufe des Jahres 2002 und Anfang 2003 vergeblich versucht hatte, dem Kläger eine Beschäftigung als Trompetenlehrer bei anderen (öffentlichen) Arbeitgebern zu

verschaffen, kündigte sie nach Beteiligung des Personalrats mit Schreiben vom 28. März 2003 das Arbeitsverhältnis gemäß § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT zum Zwecke der Herabgruppierung von der VergGr. IVb BAT in die VergGr. Vb BAT außerordentlich mit Auslaufzeit zum 30. September 2003.

- 6 Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an. Er hält die Änderungskündigung für unwirksam. Es handele sich um eine Wiederholungskündigung, mit der sich die Beklagte auf denselben Kündigungssachverhalt stütze wie bei der schon für unwirksam erklärten außerordentlichen Beendigungskündigung. Außerdem sei die Kündigungserklärungsfrist des § 54 Abs. 2 BAT nicht eingehalten. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Stelle der Stadtjugendpflegerin frei zu kündigen. Nach Umschulung bzw. Fortbildung hätte er diese Stelle ausfüllen können. Die Beklagte sei außerdem verpflichtet gewesen, eine geeignete gleichwertige Stelle zu schaffen oder von der Streichung einer im Haushaltsplan als künftig wegfallend eingestuft Stelle abzusehen.
- 7 Der Kläger hat beantragt festzustellen,

dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 28. März 2003 ungerechtfertigt ist.
- 8 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält die Kündigung für wirksam. Weder handele es sich um eine Wiederholungskündigung noch sei die Frist des § 54 Abs. 2 BAT versäumt. Die Beklagte behauptet, sie habe keine Möglichkeit, den Kläger mit einer nach der VergGr. IVb BAT bewerteten Tätigkeit zu beschäftigen. Ein Einsatz als Musiklehrer scheide nach Schließung der Musikschule aus. Es sei ihr nicht zuzumuten, den Kläger mit Aufgaben zu betrauen, deren Anforderungen er nicht gewachsen sei. Insbesondere sei ein Einsatz als Stadtjugendpfleger nicht möglich, wofür ihrer Auffassung nach eine Ausbildung als Sozialpädagoge unerlässlich sei. Die Finanzierung einer solchen Ausbildung und die Freistellung des Klägers während ihrer Dauer sei der Beklagten wegen ihrer desolaten Haushaltslage nicht zuzumuten. Zur Schaffung neuer Stellen, etwa der eines Musikpädagogen, sei sie nicht verpflichtet, zumal dies ihrem Ziel der Haushaltskonsolidierung entgegenstehe und sie in ihrer durch das Grundgesetz garantierten Personal- und Finanzhoheit verletze.
- 9 Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

- 10 Die Revision hat keinen Erfolg.

11 **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat die Änderungskündigung für wirksam gehalten. Eine Wiederholungskündigung liege nicht vor. Die Kündigungserklärungsfrist des § 54 Abs. 2 BAT müsse bei Sachverhalten der vorliegenden Art nicht eingehalten werden. Wende man § 54 Abs. 2 BAT gleichwohl an, so sei die Frist gewahrt, weil es sich um einen Dauertatbestand handele. Eine Änderungskündigung nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT komme nicht erst dann in Betracht, wenn die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen objektiv unmöglich sei. Der Arbeitgeber müsse aber prüfen, ob der unkündbare Arbeitnehmer auf einen freien, geeigneten und gleichwertigen Arbeitsplatz versetzt werden könne. Insoweit müssten auch gewisse Übergangszeiten überbrückt werden, wenn absehbar sei, dass eine gleichwertige Stelle auf Grund der normalen Fluktuation frei werde. Wenn eine gleichwertige Stelle durch Umsetzung anderer Arbeitnehmer oder eine andere Arbeitsverteilung frei gemacht werden könne, müsse dies

geschehen. Schließlich müsse der Arbeitgeber ggf. auch durch Beendigungs- oder Änderungskündigung gegenüber einem kündbaren Arbeitnehmer einen gleichwertigen Arbeitsplatz frei machen, wenn der unkündbare Arbeitnehmer diesen Arbeitsplatz innerhalb einer Einarbeitungszeit, die der eines für den Arbeitsplatz qualifizierten neu eingestellten Arbeitnehmers entspreche, ausfüllen könne. Eine gleichwertige Stelle zu schaffen oder einen kw-Vermerk zu streichen sei der Arbeitgeber dagegen nicht verpflichtet. Ebenso wenig müsse der öffentliche Arbeitgeber Beschäftigungsmöglichkeiten bei anderen öffentlichen Arbeitgebern prüfen. Diesen Maßstäben werde die Änderungskündigung gerecht. Eine gleichwertige Stelle in der Verwaltung der Beklagten sei nicht frei gewesen. Mit dem Ausscheiden der bei Kündigung 46-jährigen Stadtjugendpflegerin sei nicht zu rechnen gewesen. Die Stelle des Leiters des Jugendhauses sei erst 15 Monate nach Ausspruch der Kündigung besetzt worden. Außerdem sei nach dem mit dem Träger des Hauses vereinbarten Konzept ein Sozialpädagoge als Stelleninhaber vorgesehen gewesen. Die Beklagte habe die Stelle des Stadtjugendpflegers auch nicht freikündigen müssen, da der Kläger die Qualifikation eines Sozialpädagogen erst nach langwieriger Weiterbildung ausfüllen könne. Bei anderen öffentlichen Dienstgebern habe die Beklagte sich nicht um Beschäftigung für den Kläger bemühen müssen.

12 B.

Dem stimmt der Senat im Ergebnis und im Wesentlichen auch in der Begründung zu. Die Klage ist unbegründet.

13 I.

Die Klage hat nicht schon deshalb Erfolg, weil es sich um eine Wiederholungskündigung gehandelt hätte.

14 1.

Ist in einem Kündigungsrechtsstreit entschieden, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist, so kann der Arbeitgeber eine erneute Kündigung nicht auf Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht hat und die in dem ersten Kündigungsschutzprozess materiell geprüft worden sind mit dem Ergebnis, dass sie die Kündigung nicht rechtfertigen können. Der zweiten, rechtzeitig erhobenen Klage ist ohne weiteres stattzugeben. Das Urteil in dem ersten Prozess ist in der Weise präjudiziell für das zweite Verfahren, dass eine erneute materielle - möglicherweise von dem Ergebnis des ersten Prozesses abweichende - Nachprüfung des zur Stützung der ersten Kündigung vorgetragen und damit "verbrauchten" Kündigungsgrundes in dem zweiten Verfahren nicht erfolgen darf (26. August 1993 - 2 AZR 159/93 - BAGE 74, 143; 7. März 1996 - 2 AZR 180/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 84; 12. Februar 2004 - 2 AZR 307/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 75 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 129).

15 2.

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Tatbestandsmerkmale der außerordentlichen Änderungskündigung nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT weichen von denen der außerordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung ab, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat. Auch die erstrebte Rechtsfolge ist eine andere. Die Änderungskündigung kann auch nicht, wie die Revision meint, als Minus gegenüber der Beendigungskündigung in dem Sinn aufgefasst werden, dass bei Ausspruch einer Beendigungskündigung stets auch die Voraussetzungen einer Änderungskündigung zu prüfen wären. Insbesondere scheidet bei einer Beendigungskündigung von vornherein die Prüfung eines Änderungsangebots aus. Gewisse Überschneidungen kann es daher nur bei der Frage geben, ob ein an sich zur Kündigung geeigneter Sachverhalt vorliegt. Auch dieser ist im vorliegenden Fall jedoch nicht identisch mit dem im Vorprozess geprüften. Die Beklagte hat eine Reihe weiterer Bemühungen unternommen, dem Kläger eine Beschäftigung zu verschaffen. Sie hat ihn umgesetzt und darüber hinaus haben sich die personellen und wirtschaftlichen

Gegebenheiten geändert.

16 II.

Die Frist des § 54 Abs. 2 BAT ist gewahrt.

17 1.

Allerdings ist die Kündigungserklärungsfrist auch bei Dauertatbeständen anwendbar (*Senat 22. Januar 1998 - 2 ABR 19/97 - AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 38 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 11*). Das gilt auch dann, wenn es sich um auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigungen handelt (*Senat 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 -; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3*). Jedoch ist in diesen Fällen nahezu immer ein Dauertatbestand gegeben, was in aller Regel zu der Beurteilung führt, dass die Frist eingehalten ist.

18 2.

So liegt der Fall auch hier: Der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit in der Musikschule und die von der Beklagten geltend gemachte fehlende Möglichkeit einer gleichwertigen alternativen Beschäftigung sind Umstände, die sich mit jedem Tag ihres Fortbestandes aufs Neue verwirklichen. Der Einwand der Revision, durch Anerkennung eines solchen Dauertatbestands werde ein Dauerkündigungsgrund geschaffen, der nicht der tariflichen Regelung entspreche, ist unzutreffend. Die Beklagte hat unter dem Eindruck des Revisionsurteils im vorausgegangenen Rechtsstreit eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger geprüft. Sie hat damit versucht, sich an den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren, die sie zuvor verfehlt hatte. Sie hat die Kündigung Ende März 2004 ausgesprochen, kurz nachdem sich ihre Bemühungen, dem Kläger eine Beschäftigung bei anderen Arbeitgebern zu verschaffen, als erfolglos herausgestellt hatten. Bei diesem zeitlichen Ablauf kann nicht angenommen werden, die Beklagte habe sich der durch die Einstufung des vorliegenden Sachverhalts als Dauertatbestand gegebenen Möglichkeiten missbräuchlich bedient. Jedenfalls sind vom Kläger keine Umstände vorgetragen, aus denen sich Derartiges folgern ließe.

19 III.

Die ausgesprochene Änderungskündigung hält den Anforderungen des § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT stand. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

20 1.

Nach § 55 BAT kann dem unkündbaren Angestellten (§ 53 Abs. 3 BAT) aus in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden. Andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, berechtigen den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zur Beendigungskündigung. In diesen Fällen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jedoch, wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dienstlichen Gründen nachweisbar nicht möglich ist, zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe kündigen.

21 2.

Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Voraussetzungen einer danach zulässigen außerordentlichen Änderungskündigung seien hier gegeben, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

22 a)

Bei der nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 BAT zugelassenen Änderungskündigung des "unkündbaren" Angestellten handelt es sich um eine befristete außerordentliche Änderungskündigung aus wichtigem Grund. Dies folgt aus dem Wortlaut der Tarifnorm und den mit ihr im Zusammenhang stehenden tariflichen Bestimmungen über die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund, dem daraus erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien sowie dem Sinn und Zweck der Tarifnorm als den für die Tarifauslegung maßgebenden Kriterien (vgl. BAG 17. Mai 1984 - 2 AZR 161/83 - AP BAT § 55 Nr. 3).

23 b)

"Nachweisbar nicht möglich" i.S.d. § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT ist die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen, wenn sie zwingend ausgeschlossen ist. Damit ist allerdings nicht objektive Unmöglichkeit gemeint, es kommt vielmehr darauf an, ob die dienstlichen Gründe zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Angestellten zu den bisherigen Vertragsbedingungen i.S.d. § 54 Abs. 1 BAT führen (17. Mai 1984 - 2 AZR 161/83 - AP BAT § 55 Nr. 3; 31. Januar 1996 - 2 AZR 158/95 - BAGE 82, 124).

24 aa)

Wie bei der ordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung müssen die vorgeschlagenen Änderungen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen (vgl. BAG 3. Juli 2003 - 2 AZR 617/02 - BAGE 107, 56; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106d; HaKo-Pfeiffer KSchG 2. Aufl. § 2 Rn. 39; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 65). Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, dh.: Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist (23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81 = EzA KSchG § 2 Nr. 54, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

25 bb)

Für die außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung ist darüber hinaus entscheidend, ob die zu Grunde liegende Organisationsentscheidung die vorgeschlagene Änderung erzwingt oder ob sie im Wesentlichen auch ohne oder mit weniger einschneidenden Änderungen im Arbeitsvertrag des Gekündigten durchsetzbar bleibt. Außerdem muss der Arbeitgeber bereits bei Erstellung des unternehmerischen Konzepts die in Form von vereinbarten Kündigungsausschlüssen bestehenden arbeitsvertraglich übernommenen Garantien ebenso wie andere schuldrechtliche Bindungen berücksichtigen. Deshalb kann nicht jede mit dem Festhalten am Vertragsinhalt verbundene Last einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Änderungskündigung bilden. Im Prozess wirkt sich die übernommene Verpflichtung auch bei der Darlegungslast aus. Aus dem Vorbringen des Arbeitgebers muss erkennbar sein, dass er auch unter Berücksichtigung der vertraglich eingegangenen besonderen Verpflichtungen alles Zumutbare unternommen hat, die notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken (vgl. 2. März 2006 - 2 AZR 640/05 -; 17. März 2005 - 2 ABR 2/04 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 59; vgl. für die außerordentliche Beendigungskündigung: 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5).

26 c)

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Arbeitgeber müsse vor einer außerordentlichen Änderungskündigung nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT prüfen, ob der unkündbare Arbeitnehmer durch Versetzung auf einen freien und gleichwertigen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden könne. Dabei müsse er auch absehbare Überbrückungszeiträume in Kauf nehmen und Reorganisationsmöglichkeiten einbeziehen (Umsetzungen, Änderung der Arbeitsverteilung). Dem stimmt der Senat ebenso zu wie der weiteren Würdigung, dass im vorliegenden Fall keine dieser Möglichkeiten gegeben war. Weder hatte die Beklagte im Kündigungszeitpunkt freie Stellen für

Musiklehrer noch war eine solche Beschäftigungsmöglichkeit absehbar, noch konnte sie in der Verwaltung durch Umorganisation eine der Vergütungsgruppe des Klägers entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit schaffen. Die Revision wendet sich auch nicht gegen die entsprechenden Ausführungen des Berufungsgerichts.

27 d)

Das Landesarbeitsgericht hat weiter ausgeführt, der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes sei zur Vermeidung einer Änderungskündigung nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT grundsätzlich verpflichtet, eine Beschäftigungsmöglichkeit dadurch zu schaffen, dass er kündbaren Arbeitnehmern gegenüber eine Beendigungskündigung oder eine Änderungskündigung ausspreche. Dies gelte jedoch nur, wenn der unkündbare Arbeitnehmer die freizukündigende Arbeitsstelle innerhalb einer Einarbeitungszeit ausfüllen könne, die derjenigen eines qualifizierten, neu eingestellten Arbeitnehmers entspreche. Die Revision meint demgegenüber, es bestehe eine uneingeschränkte Freikündigungspflicht.

28 aa)

Die von der Revision befürwortete Auffassung ist nicht zutreffend. Auch der Annahme des Landesarbeitsgerichts, der öffentliche Arbeitgeber müsse zur Vermeidung einer Änderungskündigung nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT in der Regel einen etwa vorhandenen gleichwertigen und geeigneten Arbeitsplatz freikündigen, stimmt der Senat in dieser Allgemeinheit nicht zu. Der Senat hat eine Freikündigungspflicht bisher nur im Rahmen des § 15 Abs. 5 KSchG anerkannt und auch dort bisher offen gelassen, ob nicht eine Abwägung zwischen den Interessen des unkündbaren und des betroffenen kündbaren Arbeitnehmers vorgenommen werden müsse (vgl. 18. Oktober 2000 - 2 AZR 494/99 - BAGE 96, 78; in der Literatur wird eine Abwägung überwiegend befürwortet: v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 15 Rn. 170a; KR-Etzel 7. Aufl. § 15 KSchG Rn. 126; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1634; APS-Linck § 15 KSchG 2. Aufl. Rn. 185; a.A. Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 6. Aufl. § 15 KSchG Rn. 77a - alle mit weiteren Nachweisen; jegliche Freikündigungspflicht verneinend Schleusener DB 1998, 2368). Er hat die Freikündigungspflicht im Rahmen des § 15 Abs. 5 KSchG aus dem besonderen Zweck der Norm abgeleitet, die dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Betriebsrates dient (BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 494/99 - BAGE 96, 78; APS-Linck 2. Aufl. § 15 KSchG Rn. 181; KR-Etzel 7. Aufl. § 15 KSchG Rn. 122). Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 17. Mai 1984 (- 2 AZR 161/83 - AP BAT § 55 Nr. 3) eine generelle Freikündigungspflicht ebenfalls nicht angenommen, sondern ausgeführt, es müsse entsprechend der Vorgabe des § 54 BAT (§ 626 BGB) eine Abwägung vorgenommen werden. Das Interesse des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung des kündbaren Arbeitnehmers könne nicht schlechthin außer Acht bleiben. Dies wirke sich bei der Verteilung aus betrieblichen Gründen reduzierter Arbeitsplätze so aus, dass dem unkündbaren Angestellten grundsätzlich ein Arbeitsplatz zu den bisherigen Bedingungen jedenfalls dann vorzubehalten sei, wenn er von einem kündbaren Angestellten besetzt sei, der nach einer Zurückstufung um eine Vergütungsgruppe ebenfalls weiter beschäftigt werden könne.

29 bb)

Einer generellen Pflicht zur Freikündigung steht auch entgegen, dass sie stets einen Eingriff in die Rechte eines Dritten mit sich brächte, der an sich von den betrieblichen Kündigungsgründen nicht betroffen ist (Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist S. 152 ff., 159; Schleusener DB 1998, 2368). Das gilt jedenfalls, wenn es sich um Arbeitnehmer handelt, die Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen. Außerdem wäre - insbesondere bei Arbeitgebern mit vielen unkündbaren Arbeitnehmern - eine personalwirtschaftliche Unbeweglichkeit des Arbeitgebers die Folge, was mit dem Ziel einer effizienten öffentlichen Verwaltung kaum noch zu vereinbaren wäre. § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT will den öffentlichen Arbeitgeber nicht daran hindern, das aus dienstlichen Gründen Gebotene bei der Gestaltung der Arbeitsplätze zu veranlassen. Letzteres soll, wie die Existenz der Tarifnorm zeigt, vielmehr gerade ermöglicht werden.

30 cc)

Richtig ist danach auf jeden Fall die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass eine Freikündigungspflicht dann nicht besteht, wenn der unkündbare Arbeitnehmer den freigelegten Arbeitsplatz nicht innerhalb der für einen qualifizierten Stellenbewerber ausreichenden Einarbeitungszeit ausfüllen kann. Der Schutzzweck des § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT rechtfertigt es nicht, dem Arbeitgeber auf dem Umweg über die Auslegung von § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT eine unterqualifizierte Besetzung von Arbeitsstellen aufzuerlegen. Ebenso wenig kann § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT es rechtfertigen, dem Arbeitgeber die Mehrfachbesetzung einer Arbeitsstelle abzuverlangen. Eines von beidem oder beides wäre aber die Folge, wenn der Arbeitgeber gezwungen wäre, zur Vermeidung einer Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe eine Stelle entweder mit einem ungeeigneten unkündbaren Arbeitnehmer zu besetzen oder sie so lange frei zu halten, bis der unkündbare Arbeitnehmer eine unter Umständen mehrjährige Ausbildung durchlaufen hat, deren Erfolg im Übrigen auch nicht von vornherein garantiert wäre.

31 e)

Das Landesarbeitsgericht hat, ohne dass der Kläger zulässige Verfahrensrügen erhoben hätte, festgestellt, der Kläger habe die in Betracht kommende Stelle des Stadtjugendpflegers erst nach langdauernder Weiterbildung einnehmen können und es sei auch nicht ersichtlich, wie der Kläger angesichts seiner schriftsprachlichen Einschränkungen die erforderliche Korrespondenz erledigen könnte.

32 f)

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Beklagte habe zur Vermeidung der Änderungskündigung eine Stelle schaffen oder einen kw-Vermerk streichen müssen. Die Revision - die diesen Gesichtspunkt mit der Frage der Freikündigungspflicht verbindet - meint, die Pflicht zur Schaffung einer Stelle und zur Streichung eines kw-Vermerks folge aus der umfassenden Beschäftigungsgarantie. Indes hatte der Senat schon in der Entscheidung vom 17. Mai 1984 (a.a.O.) ausgeführt, dass der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, Arbeitsplätze zu erhalten, für die kein betriebliches Bedürfnis bestehe. Dem hat sich das Landesarbeitsgericht zu Recht angeschlossen.

33 g)

Soweit die Revision geltend macht, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, eine Weiterbeschäftigung des Klägers bei anderen Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes zu versuchen und dem Kläger Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen anzubieten, kann sie, abgesehen davon, dass die Beklagte solche Bemühungen unternommen hat, ebenfalls keinen Erfolg haben.

34 aa)

Wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausführt, zeigt § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT, dass der Tarifvertrag der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages mit dem bisherigen Arbeitgeber - ggf. unter Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe - Vorrang vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit auch vor der Prüfung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei einem anderen Arbeitgeber einräumt.

35 bb)

Ob Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen vom Arbeitgeber vor Ausspruch einer Änderungskündigung zu prüfen sind, ist eine Frage des Einzelfalles: Kann durch solche Maßnahmen eine Änderungskündigung mit Herabgruppierung ohne wesentliche Zeit-, Qualitäts- und Effizienzverluste vermieden werden, so mag in diesem Rahmen eine Pflicht zur Fortbildung oder Umschulung angenommen werden. Der Kläger hat jedoch zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht und es ist auch sonst nicht ersichtlich, welche Arbeitsstelle er unter diesen

Voraussetzungen nach Fortbildung oder Umschulung einnehmen könnte.

36 C.

Die Kosten der erfolglosen Revision fallen dem Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Rost
Eylert
Schmitz-Scholemann
Roeckl
Rosendahl

Von Rechts wegen

Verkündet am 18. Mai 2006

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.