

Kündigung: Betriebsratsvorteil darf nicht zum Nachteil werden

Einem Arbeitnehmer darf bis zu einem Jahr nach seinem Ausscheiden aus dem Betriebsrat nur fristlos gekündigt werden. Doch ist die Kündigung nur wirksam, wenn dem Arbeitgeber bis zum Ende der Kündigungsfrist, die ohne Betriebsratsstätigkeit gelten würde, eine Weiterbeschäftigung unzumutbar ist (und nicht für die ggf. längere Schutzzeit auf Grund der Betriebsratsstätigkeit, weil sonst das Betriebsratsprivileg Nachteile bringen würde).

Quelle: Wolfgang Büser

Wirksamkeit einer außerordentlichen personenbedingte Änderungskündigung; Festlegung des Maßstabs für die Zumutbarkeitsprüfung; Vorliegen eines teilbaren Streitgegenstands; Fristlose Kündigung eines ehemaligen Betriebsratsmitglieds; Geltung einer fiktiven Kündigungsfrist bei der Kündigung eines ehemaligen Funktionsträgers; Unmöglichkeit der Ausführung aller Schichten; Zumutbarkeit der Änderung der Schichteinteilung

Gericht: BAG

Datum: 27.09.2001

Aktenzeichen: 2 AZR 487/00

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2001, 12052

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Darmstadt - 15.01.1998 - Az: 8 Ca 324/97

LAG Hessen - 14.04.2000 - AZ: 2 Sa 1687/98

Rechtsgrundlagen:

§ 15 Abs. 1 S. 2 KSchG

§ 626 BGB

§ 78 Abs. 2 BetrVG

Fundstellen:

AiB 2002, 446 (Volltext mit red. LS u. Anm.)

ARST 2002, 23 (Pressemitteilung)

ARST 2002, 162-163

AuA 2001, 516

AuS 2001, 69

EzA-SD 7/2002, 10

FA 2001, 380 (Pressemitteilung)

FAr 2001, 380

NWB 2001, 3565

NZA 2002, 815 (red. Leitsatz)

SAE 2002, 204

ZIP 2001, A81 (Kurzinformation)

ZMV 2001, 301-302 (Pressemitteilung)

BAG, 27.09.2001 - 2 AZR 487/00

Redaktioneller Leitsatz:

1. Die in § 626 BGB enthaltenen und aus dieser Vorschrift abgeleiteten allgemeinen Regeln zur Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung sind auch im Rahmen des § 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar. Hierunter fällt auch die außerordentliche Änderungskündigung.
2. Ist es infolge einer Änderung des Schichtplans durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer praktisch unmöglich geworden, einen gewissen Teil der anfallenden Schichten wahrzunehmen, so muss der Arbeitgeber jedenfalls für eine Übergangsfrist von einigen Monaten mit allen Mitteln versuchen, den Arbeitnehmer nur noch zu den Schichten einzusetzen, die dieser ohne Probleme wahrnehmen kann. Der Arbeitgeber kann nach Treu und Glauben nicht verlangen, dass der Arbeitnehmer von einem Tag auf den anderen seine Lebensumstände ändert und etwa im Fall einer Versetzung unwirtschaftliche Kosten aufwendet, um sofort an den neuen Arbeitsort umzuziehen.

In dem Rechtsstreit
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2001
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Eylert,
den ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und
die ehrenamtliche Richterin Pitsch
für **Recht** erkannt:

Tenor:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 14. April 2000 - 2 Sa 1687/98 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen personenbedingten Änderungskündigung.
- 2 Die Beklagte betrieb als Franchisenehmerin der McDonald's Deutschland Inc. ein Schnellrestaurant in F. und ein weiteres im D. Hauptbahnhof. Der 1954 geborene Kläger (verheiratet, im Kündigungszeitpunkt drei Kinder) ist bei ihr seit 1991 beschäftigt, seit 1995 als Schichtführer im F. Betrieb. Auf Grund einer Betriebsratswahl vom 25. November 1996, die die Beklagte erfolglos angefochten hat, war der Kläger Betriebsratsvorsitzender des F. Betriebes. Nachdem sich die Beklagte entschlossen hatte, diesen Betrieb zum 30. Juni 1997 zu schließen, vereinbarte sie mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich. Danach sollten der Kläger und einige andere Arbeitnehmer in D. weiterbeschäftigt werden. Unter II 2 des Interessenausgleichs heißt es dazu, die Betriebsparteien seien sich darüber einig, daß die Versetzung nach D. wegen der bestehenden

guten Verbindung mit öffentlichen Verkehrsmitteln den Arbeitnehmern in der Regel zumutbar sei.

- 3 Ab 1. Juli 1997 sollte der Kläger die Arbeit in D. aufnehmen. Zu diesem Zeitpunkt änderte die Beklagte die Schichtzeiten. Während bisher im Dreischichtbetrieb gearbeitet wurde und das Restaurant um 6.00 Uhr bzw. um 7.00 Uhr öffnete und um 24.00 Uhr bzw. 1.00 Uhr schloß, wurde ab 1. Juli 1997 eine vierte Schicht eingeführt, die Öffnungszeit des Restaurants auf 5.00 Uhr bzw. 6.00 Uhr vorverlegt und freitags bzw. samstags das Restaurant erst um 3.00 Uhr geschlossen. Da der Kläger keinen Führerschein besaß und mit dem Zug von F. aus nach D. anreiste, konnte er einen Teil der in die Nacht hineinreichenden Schichten, wie sie im neuen Schichtplan vorgesehen waren, nicht mehr einhalten. Er hätte sonst vor Schichtbeginn bzw. nach Schichtende zwischen 1,5 und ca. 4 Stunden auf dem Bahnhof in D. warten müssen. Der Kläger widersprach seiner Einteilung zu diesen Schichten und machte geltend, die Beklagte könne ihn verstärkt zu den anderen Schichten einsetzen. Ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung wurde zurückgewiesen. Als der Kläger weiterhin seiner Einteilung zu den in die Nacht hineinreichenden Schichten widersprach, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 8. August 1997 das Arbeitsverhältnis fristlos und bot dem Kläger die Weiterbeschäftigung als Crewmitarbeiter zu einem Monatslohn von 2.400,00 DM brutto gegenüber zuvor 3.370,00 DM brutto an. Vorsorglich hat sie die Änderungskündigung auch mit Auslaufrfrist zum nächstzulässigen Termin ausgesprochen.
- 4 Der Kläger hat das Angebot abgelehnt. Er hat geltend gemacht, ein Monatslohn von 2.400,00 DM reiche nicht aus, seine große Familie zu ernähren. Die Beklagte habe vor Ausspruch der Änderungskündigung nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft, ihm bei der Lösung der durch die Schichtzeiten auftretenden Probleme zu helfen. Im einstweiligen Verfügungsverfahren habe sie sogar eine Übergangslösung für ein bis zwei Monate abgelehnt. Eine seiner Wohnung in F. entsprechende Sozialwohnung in D. sei nicht von einem Tag auf den anderen zu finden gewesen. Es wäre der Beklagten ohne weiteres möglich gewesen, bei der Schichteinteilung auf seine Verkehrsprobleme Rücksicht zu nehmen. Von den 24 angesetzten Schichten hätte er 16 übernehmen können. Wenn er insbesondere die Frühschicht ab 5.00 Uhr nicht wahrnehmen können, so sei dies unproblematisch gewesen, da diese vor allem bei den Mitarbeiterinnen beliebt gewesen sei. Ein fest rollierendes System habe es ohnehin nie gegeben. Eine Verteilung der Schichten unter Berücksichtigung seiner Verkehrsprobleme sei insbesondere deshalb möglich gewesen, weil er anstelle der ausfallenden Schichten verstärkt zu den im Betrieb unbeliebteren Schichtzeiten hätte eingesetzt werden können. Schließlich habe die Beklagte - insoweit unstrittig - im Hauptbahnhofsgebäude in D. Wohnräume angemietet, die sie an Mitarbeiter vergeben habe. Zum Zeitpunkt seiner Versetzung nach D. sei eines dieser Zimmer frei gewesen. Hätte ihn die Beklagte darüber informiert, so hätte er in diesem Zimmer übernachten und seine Schichtzeiten einhalten können.
- 5 Der Kläger hat erstinstanzlich - soweit für die Revision von Interesse - beantragt festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 8. August 1997 nicht aufgelöst wurde.
- 6 Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, ein wichtiger Grund für die Kündigung liege darin, daß der Kläger nicht mehr in der Lage sei, zu sämtlichen in Betracht kommenden Schichtzeiten zu arbeiten. Es sei betrieblich notwendig, daß jeder Schichtführer jede Schicht übernehmen könne. Es sei grundsätzlich Sache des Arbeitnehmers, wie er seinen Arbeitsplatz erreiche. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Betriebsablauf nach den persönlichen Lebensumständen des Klägers auszurichten. Das neue Arbeitszeitmodell in D. sei betriebsnotwendig, um die längeren Öffnungszeiten zu gewährleisten. Die Übernahme der Mitarbeiter von F. nach D. sei nur möglich gewesen, weil die Öffnungszeiten verlängert worden seien. Zwar sei die Genehmigung zur Ausweitung der Öffnungszeiten von der Deutschen Bahn AG erst Ende Juni 1997 erteilt worden. Es sei jedoch erwartet worden, daß die Genehmigung erfolgen werde. Es treffe nicht zu, daß am 1. Juli 1997 im D. Hauptbahnhof von ihr angemietete Wohnräume frei gewesen seien. Der Kläger habe sich auch nie um einen solchen Wohnraum bei ihr beworben.

7

3

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil festgestellt, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 8. August 1997 nicht fristlos aufgelöst wurde und nicht vor dem 30. September 1997 geendet hat. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Gründe

8 Die Revision ist unbegründet. Die Änderungskündigung vom 8. August 1997 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht fristlos aufgelöst.

9 I.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es stelle keinen wichtigen Grund für die außerordentliche fristlose Änderungskündigung dar, daß der Kläger von 24 Schichten sieben oder acht Schichten nicht ableisten könne. Die eingeschränkten Einsatzmöglichkeiten des Klägers hätte die Beklagte zumindest für die Dauer der Kündigungsfrist bis 31. Dezember 1997 hinnehmen müssen. Es sei nicht ausreichend vorgetragen, inwiefern ihr dies nicht zumutbar gewesen sei. Sie behaupte nicht, die anderen Schichtführer/innen gefragt zu haben, ob diese vorübergehend zu einer solchen Übergangslösung bereit seien, noch daß sie versucht habe, ihr Weisungsrecht dahingehend auszuüben und dies Widerspruch erfahren habe.

10 II.

Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch weitgehend in der Begründung.

11 1.

Die Revision betrifft ein nach § 301 ZPO zulässiges Teilurteil des Arbeitsgerichts über die fristlose Änderungskündigung. Mit Rücksicht auf die Senatsrechtsprechung, die die Möglichkeit einer verhaltens- bzw. personenbedingten außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist gegenüber Funktionsträgern jedenfalls nicht ausgeschlossen hat (10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30), hat die Beklagte die Änderungskündigung in erster Linie fristlos, hilfsweise außerordentlich unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist ausgesprochen. Außerdem hat die Beklagte bis zur Entscheidung über die Anfechtung der Betriebsratswahl in den Tatsacheninstanzen geltend gemacht, ihre Kündigung sei hilfsweise auch als ordentliche Kündigung zu werten. Die Kündigungserklärung der Beklagten zielte damit auf unterschiedliche Rechtsfolgen, insbesondere die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu unterschiedlichen Kündigungsterminen. In zulässiger Weise hat das Arbeitsgericht deshalb einen teilbaren Streitgegenstand angenommen und auf die Feststellungsklage des Klägers vorab nur über die Frage entschieden, ob das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Änderungskündigung der Beklagten beendet worden ist.

12 2.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, die gegenüber dem Kläger ausgesprochene außerordentliche fristlose Änderungskündigung sei nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG unwirksam, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ehemaligen Betriebsratsmitgliedern kann nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG innerhalb eines Jahres nach Beendigung ihrer Amtszeit nur gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Mit dieser Formulierung wird auf die in § 626 BGB geregelte Kündigung aus wichtigem Grund Bezug genommen. Daher sind die in § 626 BGB enthaltenen und aus dieser Vorschrift abgeleiteten allgemeinen Regeln zur Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung auch im Rahmen des § 15 KSchG anzuwenden (BAG 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185). Auch die außerordentliche Änderungskündigung fällt als echte Kündigung unter § 15 KSchG (BAG 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - BAGE 51, 200).

13 a)

Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt, ist vorrangig Sache des Tatsachengerichts. Es handelt sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts 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 eine außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (ständige Senatsrechtsprechung vgl. etwa 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - NZA 2001, 893). Dieser eingeschränkten Überprüfung hält das angefochtene Urteil stand.

14 b)

Die nach § 15 KSchG gegenüber einem Funktionsträger mögliche außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund wird regelmäßig - worauf auch die Kündigungserklärung der Beklagten in erster Linie abzielte - als fristlose Kündigung ausgesprochen. Fristlos kann einem (ehemaligen) Betriebsratsmitglied aber, wie der Senat im Beschluß vom 10. Februar 1999 (- 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30) erneut klargestellt hat, nach §§ 15 KSchG, 626 BGB nur gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber bei einem vergleichbaren Nichtbetriebsratsmitglied dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wäre. Nur so kann der Schutzbestimmung des § 78 Satz 2 BetrVG angemessen Rechnung getragen werden, wonach Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Betriebsratsstätigkeit nicht benachteiligt werden dürfen. Würde etwa bei einer außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung wegen einer gemeinschaftlich begangenen Pflichtverletzung eines Betriebsratsmitglieds und eines sonstigen Arbeitnehmers bei im übrigen vergleichbaren Tatumständen und bei gleichgelagerten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen die fristlose Kündigung gegenüber dem Betriebsratsmitglied allein wegen der absehbar langen Bindungsdauer (zumindest ein Jahr nach Ende des Betriebsratsamts zuzüglich der Kündigungsfrist) für wirksam, die fristlose Kündigung gegenüber dem anderen Arbeitnehmer jedoch mit der Begründung für unwirksam erachtet, dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sei dem Arbeitgeber zumutbar, würde das Betriebsratsmitglied offenbar allein wegen seines Betriebsratsamts einen gravierenden Rechtsnachteil erleiden (BAG 10. Februar 1999 a.a.O.).

15 aa)

Ein Abrücken vom Prüfungsmaßstab der "fiktiven Kündigungsfrist" ist vom Senat allein in Fällen erörtert und entschieden worden, in denen einem vergleichbaren Nicht-Funktionsträger nicht fristlos, sondern nur fristgerecht gekündigt werden könnte. Bei der betriebsbedingten Änderungskündigung hat der Senat in einem Fall, in dem der Arbeitgeber unter Einhaltung der sonst einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist als Auslaufrist außerordentlich kündigen wollte, die Voraussetzungen des § 15 KSchG bejaht, weil der Arbeitgeber wegen der tariflichen Vergütungsautomatik ohne eine solche Kündigung gezwungen gewesen wäre, das Betriebsratsmitglied jahrelang in einer Funktion weiterzubeschäftigen, die im gesamten Betrieb auf Grund einer von den Gerichten grundsätzlich hinzunehmenden Unternehmerentscheidung abgeschafft war (Senat 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185; vgl. zur fristlosen betriebsbedingten Änderungskündigung schon Senat 25. Oktober 1984 - 2 AZR 455/83 - nv. und 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - BAGE 51, 200). Da der Senat die Rechtsfolgen einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist denen der ordentlichen Kündigung weitgehend angenähert hat, macht es insoweit für die Praxis keinen erheblichen Unterschied mehr, daß die Literatur teilweise in derartigen Extremfällen unter dem Gesichtspunkt der "Massenänderungskündigung" eine ordentliche Kündigung zulassen will (*ErfK/Ascheid 2. Aufl. KSchG § 15 Rn. 20; Löwisch KSchG 8. Aufl. § 15 Rn. 53 mwN*). Neben den bereits entschiedenen Fällen einer betriebsbedingten Änderungskündigung hat der Senat bei der verhaltensbedingten Kündigung ausdrücklich offengelassen, ob, soweit eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied nicht gerechtfertigt ist, eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer notwendigen Auslaufrist möglich ist (10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30). Bei einer personenbedingten - im Fall krankheitsbedingten - Kündigung gegenüber einem Funktionsträger hat der Senat in einer älteren

Entscheidung die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit ausdrücklich abgelehnt (18. Februar 1993 - 2 AZR 526/92 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 35 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 40).

16 bb)

Kündigt der Arbeitgeber einem Funktionsträger nach § 15 KSchG außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich unter Gewährung einer der "fiktiven Kündigungsfrist" entsprechenden Auslaufzeit, so gilt demnach für beide Kündigungsformen ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab. Bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung orientiert sich der Prüfungsmaßstab an der fiktiven Kündigungsfrist. Nichts anderes gilt, wenn der Arbeitgeber nicht fristlos kündigt, sondern dem Arbeitnehmer freiwillig eine "soziale" Auslaufzeit gewährt, die unterhalb der sonst einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist liegt. Kündigt der Arbeitgeber demgegenüber außerordentlich unter Gewährung einer der fiktiven Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit, so kann es sich im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken, daß der vom Arbeitgeber für unzumutbar gehaltene Zustand (zB. sinnloses Arbeitsverhältnis allein mit der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gehaltszahlung) voraussichtlich nicht nur bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist, sondern zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nach Ablauf des Sonderschutzes fortauern wird. Einen solchen Fall betraf der Senatsbeschuß vom 21. Juni 1995(a.a.O.), in dem bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung unter Gewährung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit der Senat vom Prüfungsmaßstab der "fiktiven" Kündigungsfrist abgerückt ist, ohne allerdings ausdrücklich darauf abzustellen, daß es sich um eine Kündigung unter Gewährung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit gehandelt hat. Ob nach § 15 KSchG eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer notwendigen Auslaufzeit nicht nur bei einer betriebsbedingten, sondern auch bei einer verhaltensbedingten und personenbedingten Kündigung gegenüber Funktionsträgern in Betracht kommt, und wie ggf. die Extremfälle abzugrenzen sind, in denen ein wichtiger Grund zur Kündigung anzunehmen ist, hat der Senat hier nicht zu entscheiden.

17 c)

Das angefochtene Urteil beruht nicht schon allein deshalb auf einem Rechtsfehler, weil das Landesarbeitsgericht - ebenso wie das Arbeitsgericht - von einer unzutreffenden Kündigungsfrist ausgegangen ist. Nach § 13 Ziff. 2.1 des nach dem Arbeitsvertrag einschlägigen Manteltarifvertrags für die Arbeitnehmer/innen und Auszubildenden in den Betrieben der Systemgastronomie vom 10. April 1997 galt für alle Arbeitnehmer mit einer Betriebszugehörigkeit von mehr als fünf Jahren eine Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende des Kalendermonats. Wäre das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich kündbar gewesen, wäre es durch die Kündigung der Beklagten vom 8. August 1997 also weder zum 30. September 1997, wie vom Arbeitsgericht angenommen, noch zum 31. Dezember 1997, wie vom Landesarbeitsgericht angenommen, sondern zum 31. Oktober 1997 beendet worden. Ist das Urteil des Landesarbeitsgerichts aber sonst revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, so kann es auf dieser falschen Berechnung der Kündigungsfrist nicht beruhen. Wenn es der Beklagten zumutbar war, den Kläger ohne Änderung seiner Arbeitsbedingungen bis 31. Dezember 1997 weiterzubeschäftigen, so war es ihr erst recht zumutbar, den Kläger bis zum Ablauf der "fiktiven" Kündigungsfrist am 31. Oktober 1997 unverändert weiterzubeschäftigen.

18 d)

Die außerordentliche Änderungskündigung ist auch nicht, wie der Kläger in erster Linie geltend macht, bereits deshalb unwirksam, weil es ihm jedenfalls unzumutbar ist, zu einer reduzierten Vergütung von ca. 2.400,00 DM brutto für die Beklagte tätig zu werden. Zwar setzt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Änderungskündigung voraus, daß die alsbaldige Änderung der Arbeitsbedingungen des betreffenden Arbeitnehmers für den Arbeitgeber unabweisbar notwendig ist und die geänderten Bedingungen dem gekündigten Arbeitnehmer auch zumutbar sind (BAG 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185). Letzteres gilt jedoch nur eingeschränkt, wenn eine Weiterbeschäftigung zu den geänderten Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber die einzige Möglichkeit darstellt, den Arbeitnehmer überhaupt weiterzubeschäftigen. Der ursprüngliche

Arbeitsplatz des Klägers war hier infolge einer Betriebsschließung weggefallen. Unterstellt man zu Gunsten der Beklagten, daß nach den tatsächlichen Gegebenheiten allein noch eine Weiterbeschäftigung des Klägers in D. als Crew-mitarbeiter mit einer monatlichen Vergütung von 2.400,00 DM in Betracht kam, so mußte der Kläger ein solches Angebot billigerweise hinnehmen. Er konnte sich nicht darauf berufen, mit einem Gehalt von 2.400,00 DM brutto könne er seine vielköpfige Familie nicht mehr ernähren. Sah der Kläger die einzige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb oder Unternehmen aus persönlichen Gründen als unzumutbar an, so blieb als Alternative nur der endgültige Verlust seines Arbeitsplatzes auf Grund der kündigungsrrechtlich nicht angreifbaren Betriebsschließung. Der Kläger konnte jedenfalls unter den gegebenen Umständen von der Beklagten nicht verlangen, als Crewmitarbeiter ein höheres Entgelt zu erhalten als die anderen Crewmitarbeiter des D. Betriebes.

19 e)

Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zutreffend angenommen, daß die sofortige Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers für die Beklagte nicht unnachweisbar notwendig war.

20 aa)

Es ist schon fraglich, ob die Beklagte ein dringendes betriebliches Bedürfnis, jeden Schichtführer zu jeder Schicht einsetzen zu können, hinreichend konkret dargelegt hat. Immerhin ist unstreitig und durch die eingereichten Schichtpläne belegt, daß die Beklagte auch bisher in ihrem Unternehmen die Schichteinteilung nicht nach einem streng rollierenden System vorgenommen hat, das eine solche Notwendigkeit nahelegen würde.

21 bb)

Es leuchtet auch nicht ohne weiteres ein, daß die Einsetzbarkeit eines Schichtführers in nur ca. 2/3 der anfallenden Schichten zu derart schwerwiegend betrieblichen Schwierigkeiten führt, daß eine solch einschneidende Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers, wie sie die Beklagte vorgenommen hat, sich als unabweisbar notwendig erweist. Wenn die Schichtführer auch bisher nicht gleichmäßig zu den verschiedenen Schichten eingeteilt worden sind, so kann jedenfalls ohne konkretere Darlegung eines betrieblichen Bedürfnisses nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß sich keine Schichteinteilung hätte finden lassen, die den Interessen aller Schichtführer gerecht geworden wäre. Darauf hat der Kläger schon in den Vorinstanzen hingewiesen, ohne daß die Beklagte insoweit ihren Vortrag hinreichend konkretisiert hätte.

22 cc)

Jedenfalls ist aber dem Landesarbeitsgericht darin zu folgen, daß die Änderungskündigung deshalb unwirksam ist, weil die Beklagte auf die durch die Änderung der Schichtzeiten aufgetretenen Probleme des Klägers, seinen Arbeitsplatz zu erreichen, sofort mit einer fristlosen Kündigung reagiert hat, ohne zuvor die Möglichkeit von Übergangslösungen auszuschöpfen. Für die Dauer der bei einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer einschlägigen Kündigungsfrist war es der Beklagten nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jedenfalls zumutbar, eine Lösung zu treffen, die die Interessen des Klägers weniger beeinträchtigte. Die Kündigung verstößt damit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Ist es infolge einer Änderung des Schichtplans durch den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer praktisch unmöglich geworden, einen gewissen Teil der anfallenden Schichten wahrzunehmen, so muß der Arbeitgeber jedenfalls für eine Übergangsfrist von einigen Monaten mit allen Mitteln versuchen, den Arbeitnehmer nur noch zu den Schichten einzusetzen, die dieser ohne Probleme wahrnehmen kann. Der Arbeitgeber kann nach Treu und Glauben nicht verlangen, daß der Arbeitnehmer von einem Tag auf den anderen seine Lebensumstände ändert und etwa im Fall einer Versetzung unwirtschaftliche Kosten aufwendet, um sofort an den neuen Arbeitsort umzuziehen.

23 dd)

Mit dem Landesarbeitsgericht ist deshalb davon auszugehen, daß es der Beklagten zumindest bis 31. Oktober 1997 zumutbar war, den Kläger nur noch zu den Schichten einzuteilen, die er mit dem Zug ohne unzumutbare Wartezeiten einhalten konnte. Die Beklagte selbst hatte mit der Änderung der Schichtzeiten kurzfristig die Ursache für die Verkehrsprobleme des Klägers gesetzt. Sie konnte auch sinnvollerweise nicht vom Kläger verlangen, daß dieser schon vor Beginn seiner Tätigkeit in D. Vorsorge für eine mögliche Änderung der Schichtzeiten traf. Immerhin war im Interessenausgleich vereinbart, eine Versetzung sei wegen guter Verbindungen zwischen F. und D. mit öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar. Es kommt nicht darauf an, ob eine solche Sonderbehandlung für den Kläger für eine kurze Übergangsfrist, wie die Beklagte mit einer nicht durchgreifenden Aufklärungsrüge geltend macht, zu einer Unruhe in der Belegschaft geführt hätte. Eine solche Unruhe hatte die Beklagte hinzunehmen und ihr mit entsprechenden Maßnahmen zu begegnen, ehe sie zum äußersten Mittel der fristlosen Kündigung griff. Da der Kläger in F., also am Sitz seines bisherigen Beschäftigungsbetriebs wohnte, hätte ihm die Beklagte zumindest bis 31. Oktober 1997 Zeit lassen müssen, entweder nach D. umzuziehen oder seine Verkehrsprobleme durch andere geeignete Maßnahmen zu beseitigen.

24 Dabei hat das Landesarbeitsgericht noch nicht einmal berücksichtigt, daß die Beklagte unstreitig im Bahnhof in D. Zimmer zur Verfügung hatte, die sie an Arbeitnehmer vermietete. Es kann in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommen, ob am 1. Juli 1997 eines dieser Zimmer frei war oder ob sich der Kläger erfolglos um ein derartiges Zimmer bemüht hat. Die Beklagte selbst hätte ihm als milderes Mittel gegenüber der ausgesprochenen Änderungskündigung ein Zimmer anbieten oder ggf. hinreichend lange warten müssen, ob sich durch die Vermietung eines später freiwerdenden Zimmers an den Kläger mittelfristig erreichen ließ, daß der Kläger wieder alle Schichten wahrnehmen konnte.

25 **3.**

Es kommt damit nicht mehr darauf an, ob es der Beklagten zumutbar war, auch über den 31. Oktober 1997 hinaus die durch die Verkehrsprobleme des Klägers auftretenden betrieblichen Probleme hinzunehmen. Diese Frage stellt sich erst bei der vom Arbeitsgericht nicht entschiedenen Frage, ob die von der Beklagten hilfsweise ausgesprochene Änderungskündigung unter Gewährung einer der "fiktiven" Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist wirksam war. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit zwar Ausführungen gemacht, mit denen sich die Revision auch auseinandersetzt. Diese Ausführungen betreffen jedoch nicht die hier allein zu prüfende fristlose Änderungskündigung. Es kann deshalb dahinstehen, ob dem Landesarbeitsgericht darin zu folgen ist, daß das Arbeitsverhältnis jedenfalls auf Grund der vorsorglich ausgesprochenen Kündigung mit Auslaufrist geendet hat. Das erscheint allerdings nach dem oben Gesagten fraglich.

26 **III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO .

Rost,
Bröhl,
Eylert,
Bensinger,
Pitsch

Von Rechts wegen!

veröffentlicht am 27.09.2001

Freitag, Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle