

Aktenzeichen: 2 ABR 28/94
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Beschluß vom 21. Juni 1995
- 2 ABR 28/94 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Beschluß vom 08. Juli 1993
- 4 BV 1/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Beschluß vom 24. Februar 1994
- 10 TaBV 44/93 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Änderungskündigung eines Betriebsratsmitglieds - Zustimmungsersetzungsverfahren

Gesetz:

KSchG §§ 2, 15; BetrVG § 103; BGB § 626

Leitsätze:

Der Senat hält jedenfalls für den Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung nicht an der Ansicht (Beschluß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969) fest, im Rahmen der Prüfung des § 626 BGB sei auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen.

Es verbleibt jedoch dabei, daß die vorgesehene Änderung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber unabweisbar und dem Arbeitnehmer zumutbar sein muß.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 ABR 28/94

10 TaBV 44/93 Köln

Verkündet am
21. Juni 1995

Im Namen des Volkes!

B e s c h l u ß

Jatz,
Reg.-Obersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlußverfahren

unter Beteiligung

1.

2.

3.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung am 21. Juni 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Mauer und Dr. Wolter beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Köln vom 24. Februar 1994 - 10 TaBV 44/93 - aufgehoben.

Die Beschwerde des Antragsgegners und der Beteiligten zu 3) gegen den Beschluß des Arbeitsgerichts Köln vom 8. Juli 1993 - 4 BV 1/93 - wird zurückgewiesen.

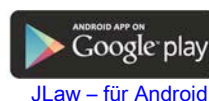
G r ü n d e :

A. Die Antragstellerin, ein in zahlreichen Städten Deutschlands vertretenes Warenhausunternehmen (im folgenden: Arbeitgeberin), strebt die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats ihrer Niederlassung in Köln zu einer außerordentlichen Änderungskündigung der Beteiligten zu 3) (im folgenden: Frau M.) an, die Betriebsratsmitglied in der Kölner Filiale S ist. Frau M. steht dort seit dem 10. November 1981 in einem - tarifgebundenen - Arbeitsverhältnis und war zuletzt als Aufsicht mit einem monatlichen Bruttogehalt von 3.100,- DM einschließlich übertariflicher Zulage als Teilzeitkraft mit 137,66 Stunden monatlich beschäftigt. Sie erhielt Vergütung der Gehaltsgruppe III (Stafel a) nach dem Gehalts- und Lohntarifvertrag für den Einzelhandel vom 22. Mai 1992.



Die Arbeitgeberin beschloß im Jahre 1992 zur Sicherung der Ertragskraft verschiedene Rationalisierungsmaßnahmen, zu denen u.a. die ersatzlose Abschaffung der Position der Aufsichten in allen Niederlassungen zum 1. Januar 1993 und die Versetzung der betroffenen Mitarbeiter in den Verkaufsbereich gehörten. Es kam am 25. November 1992 zu einer Vereinbarung mit dem Gesamtbetriebsrat, die hinsichtlich der Aufsichten beinhaltete, daß für den Fall des Scheiterns einer einvernehmlichen Regelung eine fristgemäße Änderungskündigung erfolgen sollte (Ziff. 3.3); bei einem einvernehmlichen Wechsel in eine andere Aufgabe war eine Teilabfindung vorgesehen und bei einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Zahlung einer Abfindung (Ziff. 3.1 und 2 i. V. m. Ziff. 5.3 und 1).

Die Arbeitgeberin bot Frau M. die Tätigkeit einer Verkäuferin mit Kassiertätigkeiten an. Diese erklärte sich zwar mit der Änderung ihrer Tätigkeit ausdrücklich einverstanden, nicht jedoch mit der von der Arbeitgeberin angebotenen Gehaltsänderung. Das Angebot ging zuletzt dahin, Frau M. als Verkäuferin mit Kassiertätigkeit in die Gehaltsgruppe I des Gehaltstarifvertrages (Gehaltsstaffel a = 2.860,- DM bei Vollbeschäftigung) einzugruppieren und das bisherige Monatsgehalt von 3.100,- DM mit einer bei Tariferhöhungen anrechenbaren übertariflichen Zulage weiterzuzahlen. Wiederholt wurde dazu eine Teilabfindung in Höhe von 6.000,- DM angeboten, was Frau M. ebenso ablehnte wie eine vollständige Vertragsbeendigung gegen Abfindungszahlung. Sie bestand vielmehr im Hinblick auf den Kündigungsschutz als Betriebsratsmitglied auf einer gerichtlichen Klärung. Der Betriebsrat, der u. a. am 17. Dezember und 18. Dezember 1992 um Zustimmung zu



einer außerordentlichen, befristeten Änderungskündigung gebeten wurde, lehnte dies mit dem Hinweis ab, Frau M. sei bereit, eine Tätigkeit im Verkauf auszuüben, allerdings nur zu den bisherigen Konditionen. Der Geschäftsführer der Kölner Filiale regte daraufhin an, die Beteiligte möge das Änderungsangebot noch mit dem Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats erörtern; er erhoffte sich davon ihr Einlenken auf die angebotene Vertragsänderung. Frau M. blieb jedoch bei ihrer Ablehnung. Mit Schreiben vom 30. Dezember 1992 an den Betriebsrat bat die Arbeitgeberin sodann nochmals um die Zustimmung zu der geplanten außerordentlichen Änderungskündigung von Frau M. Auch diesen Antrag lehnte der Betriebsrat nach einverständlicher Fristverlängerung am 5. Januar 1993 ab. Die Arbeitgeberin hat alsdann mit dem am 7. Januar 1993 beim Arbeitsgericht anhängig gemachten Verfahren die Ersetzung der Zustimmung zu einer außerordentlichen Änderungskündigung beantragt, die zum nächstmöglichen Zeitpunkt mit einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Frist von 6 Wochen zum Quartalsende erklärt werden soll.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen einer außerordentlichen, betriebsbedingten Änderungskündigung lägen vor. Inzwischen seien in allen Niederlassungen 348 Positionen einer Aufsicht - davon betroffen 53 Betriebsratsmitglieder - ersatzlos weggefallen, wobei noch verbleibende Restaufgaben auf andere Mitarbeiter verteilt worden seien. Die Beibehaltung der damit überholten Struktur in einer einzigen Filiale wie Köln - bei allen anderen Betriebsratsmitgliedern sei eine einvernehmliche Regelung erfolgt - sei unzumutbar; auch für Frau M. gelte der Grundsatz des Verbotes einer Bevorzugung von Betriebsratsmitglie-



dern. Andererseits sei ihr die angebotene Vertragsänderung zumutbar, weil ihr Besitzstand für längere Zeit gewahrt werde. Die Ausschußfrist von 2 Wochen (§ 626 Abs. 2 BGB) sei eingehalten, weil der Wegfall der Aufsichtspositionen im gesamten Unternehmen zum 1. Januar 1993 in Kraft trete. Auch habe sie bis zum 30. Dezember 1992 auf ein Einlenken von Frau M. gehofft. Dabei habe der Kölner Geschäftsführer schließlich noch ein Gespräch mit dem Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats angeregt, welches dann am 29. oder 30. Dezember 1992 tatsächlich - wenn auch ohne Erfolg - stattgefunden habe.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Änderungskündigung der Beteiligten zu 3) zu ersetzen.

Der Betriebsrat und die Beteiligte zu 3) haben diesem Antrag widersprochen und geltend gemacht, die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen sei der Arbeitgeberin keineswegs unzumutbar; es handle sich nicht um eine Betriebsstillegung und die Herabgruppierung sei auch nicht unabweisbar notwendig. Selbst die Weiterbeschäftigung als Aufsicht sei nicht unzumutbar; sie brauche jedenfalls eine Reduzierung des Gehaltes um ca. 25 % nicht hinzunehmen. Im übrigen sei die Ausschußfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt, weil die Arbeitgeberin ohne hinreichenden Grund zum wiederholten Male die Zustimmung beim Betriebsrat beantragt habe, obwohl dessen Zustimmungsverweigerung und die ablehnende Haltung von Frau M. festgestanden hätten. Die Arbeitgeberin



habe demnach die Antragstellung an das Gericht unnötig hinausgezögert.

Das Arbeitsgericht hat nach dem von der Arbeitgeberin gestellten Antrag erkannt. Auf die Beschwerde des Betriebsrats und der Beteiligten zu 3) hat das Landesarbeitsgericht nach Vernehmung der Zeugen H und M sowie der Beteiligten zu 3) die Entscheidung des Arbeitsgerichts abgeändert und den Antrag zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses.

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin hat Erfolg. Die Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten Änderungskündigung der Beteiligten zu 3) war zu ersetzen, §§ 103 BetrVG, 15 KSchG.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine entgegenstehende Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Zwar sei der Ersetzungsantrag nicht verfristet (§§ 103 BetrVG, 626 Abs. 2 BGB), weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen sei, daß die Arbeitgeberin bis zuletzt auf eine Zustimmung des Betriebsrats und ein Einlenken der Beteiligten zu 3) gehofft habe und weil schließlich die Umstrukturierungsmaßnahme erst zum 1. Januar 1993 greifen sollte. Es sei aber der Arbeitgeberin nicht unzumutbar, Frau M. auch nach Änderung des Arbeitsplatzes zu unveränderten Gehaltsbedingungen weiterzubeschäftigen, und zwar auch dann, wenn man die Unternehmerentscheidung nicht als offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ansehe. Der gesetzliche Schutz der Betriebsratsmitglieder dürfe nicht dazu



führen, daß die Möglichkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung über die allgemeinen Regeln des § 626 BGB hinaus erleichtert werde. Es sei nicht zu erkennen, weshalb es für die Arbeitgeberin unabweisbar sei, Frau M. unverändert mit dem Tarifgehalt der Gehaltsgruppe III einstweilen weiterzubeschäftigen. Die Umsetzung der Rationalisierungsmaßnahme werde dadurch nicht gehindert. Eine erhebliche Kostenersparnis werde für das Unternehmen auch dann durchgesetzt, wenn die Einsparungen wegen des Kündigungsschutzes von Betriebsratsmitgliedern nicht den optimalen Umfang erzielten.

II. Dieser Entscheidung folgt der Senat nicht. Die Rechtsbeschwerde beanstandet zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe den Prüfungsmaßstab für den wichtigen Grund bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung verkannt und dabei zu hohe Anforderungen bei der Angleichung der Arbeitsbedingungen des nach § 15 KSchG geschützten Personenkreises an das auf betrieblichen Gründen beruhende Kündigungsrecht gestellt.

1. In § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG sind ohne eigenständige Definition die in § 626 Abs. 1 BGB verwandten Formulierungen übernommen worden. Da der Gesetzgeber in § 626 BGB geregelt hat, unter welchen Voraussetzungen eine "Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" gerechtfertigt ist, sind die in § 626 BGB enthaltenen und daraus abgeleiteten Regeln zur Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG anzuwenden (vgl. BAG Urteil vom 18. Februar 1993 - 2 AZR 526/92 - AP Nr. 35 zu § 15 KSchG 1969, zu II 1 der Gründe, m.w.N.). Daran ist festzuhalten.



Der in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG und § 626 Abs. 1 BGB verwandte Begriff des wichtigen Grundes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Anwendung durch die Tatsachengerichte kann im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen der §§ 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (ständige Rechtsprechung; vgl. u. a. BAG Urteile vom 6. August 1982 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 97 zu § 626 BGB, zu II 1 der Gründe und vom 20. Januar 1994 - 2 AZR 521/93 - AP Nr. 115, aaO, zu II 1 der Gründe). Auch dieser eingeschränkten Überprüfung hält der angefochtene Beschluß nicht stand.

2. Das Beschwerdegericht ist allerdings im Grundsatz zutreffend davon ausgegangen, eine Angleichung der Arbeitsbedingungen des nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmers an die der übrigen Mitglieder einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern könne auch durch eine außerordentliche - ggf. befristete - Änderungskündigung erreicht werden, wenn hierfür ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Ein solches, auf betrieblichen Gründen beruhendes außerordentliches Kündigungsrecht ist auch gegenüber einem Amtsträger nicht von vornherein ausgeschlossen (BAG Beschluß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969, zu B II 3 b der Gründe, mit Anm. von Schlaeper; siehe auch Hanau in Anm. AR-Blattei - D - Betriebsverfassung IX Entsch. 51; KR-Etzel,



3. Aufl., § 15 KSchG Rz 18; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 144 f.). Nach § 15 Abs. 1 KSchG ist allerdings für eine solche außerordentliche Änderungskündigung ein wichtiger Grund erforderlich, ferner, daß der Betriebsrat zuvor zugestimmt hat oder die Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzt worden ist (vgl. BAGE 28, 152 = AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969). Auch hiervon geht das Beschwerdegericht aus, wenn es unter Auswertung früherer Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur außerordentlichen Kündigung wegen Betriebsstillegung bei tariflich oder individualrechtlich ausgeschlossener ordentlicher Kündigung (vgl. Senatsurteile vom 28. März 1985 - 2 AZR 113/84 - BAGE 48, 220 = AP Nr. 86 zu § 626 BGB und vom 22. Juli 1992 - 2 AZR 84/92 - EzA § 626 BGB n.F. Nr. 141) die Möglichkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung in Betracht gezogen hat.

Zwar ist der wichtige Grund einer außerordentlichen Kündigung nicht unabhängig vom Änderungsangebot, aber - auf Seiten des Arbeitgebers - im ersten Prüfungsabschnitt zunächst unabhängig von den Auswirkungen der Änderungen für den Arbeitnehmer zu prüfen (so Senatsbeschuß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP, aaO, zu B II 4 c bb der Gründe). Nach dem somit geltenden Prüfungsmaßstab liegt für die beabsichtigte außerordentliche Änderungskündigung ein wichtiger Grund vor, wenn die Zuweisung der Verkaufs- und Kassiertätigkeit nach Gehaltsgruppe I des hier geltenden Gehalts- und Lohntarifvertrags für den Einzelhandel vom 22. Mai 1992 statt der bisherigen Tätigkeit als Aufsicht (Gehaltsgruppe III) für die Arbeitgeberin unabweisbar notwendig war. Davon ist nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen auszugehen.



a) Die Arbeitgeberin hat zur Sicherung der Ertragskraft des Unternehmens strukturelle Veränderungen in ihren Filialen vorgenommen und dabei neben der angestrebten schlankeren Führungsstruktur bei Assistentenanwärtern und Assistenten (Ziff. 1 der Vereinbarung mit dem Gesamtbetriebsrat - GBR - vom 25. November 1992) die Position der Aufsichten generell mit Wirkung vom 1. Januar 1993 abgeschafft (Ziff. 3 der GBR-Vereinbarung). Im Anschluß an die Darlegungen der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht angenommen, diese Personalmaßnahme sei mit Wirkung vom 1. Januar 1993 auch durchgeführt worden, wobei sie im übrigen nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen sei, was zutreffend ist (ständige Rechtsprechung, u. a. BAG Urteil vom 22. Juli 1992 - 2 AZR 84/92 - EzA, aaO). Das Landesarbeitsgericht hat im Anschluß an die von ihm durchgeführte Beweisaufnahme festgestellt, daß von insgesamt 348 betroffenen Aufsichten, darunter 53 Betriebsratsmitglieder, bis auf Frau M. alle Arbeitnehmer zu einer einverständlichen Regelung bereit waren. Das bedeutet, daß die nicht etwa auf ein einzelnes Betriebsratsmitglied zielende, sondern - wie in der GBR-Vereinbarung vorgesehen - generelle Maßnahme auch als solche umgesetzt worden ist (vgl. dazu Ascheid, Kündigungsschutzrecht, Rz 260 ff.; U.Preis, NZA 1995, 241, 245). Die Arbeitgeberin hat, wie sich im einzelnen aus der GBR-Vereinbarung vom 25. November 1992 ergibt und von den Beteiligten zu 2) und 3) nicht in Zweifel gezogen worden ist, die angestrebten strukturellen Veränderungen zur Sicherung der Ertragskraft des Unternehmens als notwendig angesehen, die Neuorganisation durchgeführt und damit plausibel gemacht, daß zu dem angegebenen Zweck auch ohne die bisherige Position der Aufsichten unter teilweiser

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Umsetzung der davon betroffenen Arbeitskräfte in den Verkauf sowie unter teilweiser Ausnutzung der Fluktuationsquote mittels Ausscheidens solcher Kräfte auszukommen ist. Die Beteiligten zu 2) und 3) haben insbesondere nicht geltend gemacht, diese unternehmerische Maßnahme sei etwa unsachlich, willkürlich oder offensichtlich unbegründet. Es bestand deshalb keine Veranlassung für die Vorinstanzen, die näheren Umstände für Anlaß und Umfang der Einsparungsmaßnahmen zu überprüfen (siehe dazu U.Preis, NZA 1995, 241, 249).

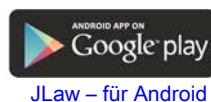
Wenn das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang darauf abstellt, die "unveränderte Weiterbeschäftigung der Frau M. nach Tarifgehalt III" sei für die Arbeitgeberin nicht unabweisbar gewesen und eine erhebliche Kostenersparnis werde auch dann durchgesetzt, wenn die Einsparungen wegen des Kündigungsschutzes von Betriebsratsmitgliedern nicht den optimalen Umfang erzielten, dann ist das aus mehreren Gründen nicht richtig:

aa) Die "unveränderte Weiterbeschäftigung" der Frau M. bedeutet genaugenommen Weiterbeschäftigung als Aufsicht. Gerade diese Position war aber wirksam abgeschafft (siehe oben zu B II 2 a der Gründe). Sie gehörte nicht mehr zum neuen Unternehmenskonzept. Bei Unwirksamkeit der Änderungskündigung hätte Frau M. tatsächlich - noch dazu als einzige (!) - einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung als Aufsicht, d. h. die Arbeitgeberin müßte ihr einen Arbeitsplatz als Aufsicht vorhalten, was im Hinblick auf unternehmerische Freiheitsrechte (Art. 2, 12, 14 GG) nicht unbedenklich ist (vgl. u.a. Bitter/Kiel, RdA 1994, 333, 347 f.; Hueck/von



Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., § 1 Rz 379; Hillebrecht, ZfA 1991, 87, 98; U. Preis, NZA 1995, 241, 242; Stahlhacke, DB 1994, 1361, 1364 f.).

bb) Eine Aufspaltung der unternehmerischen Entscheidung in die Abschaffung bzw. Veränderung der Tätigkeit einerseits und deren Vergütung andererseits ist auch aus Rechtsgründen ausgeschlossen, weil die Tätigkeit im Verkauf unter Einschluß des Kassierens einer bestimmten Vergütungsgruppe zugeordnet ist (hier: Gehaltsgruppe I des Gehalts- und Lohntarifvertrages für den Einzelhandel), so daß sich eine Eingruppierung automatisch aus der übertragenen Tätigkeit ergibt (sog. Vergütungsautomatik, ständ. Rechtsprechung des BAG vgl. z. B. BAGE 7, 182 = AP Nr. 47 zu § 3 TOA und BAGE 32, 175 = AP Nr. 3 zu §§ 22, 23 KnAT). Ist die Veränderung der Tätigkeit aufgrund der unternehmerischen Entscheidung unabweisbar und daher an sich geeignet, eine außerordentliche Änderungskündigung zu rechtfertigen, so gilt dies auch für die Änderung der Eingruppierung. Dies hat der Senat im Beschluß vom 6. März 1986 (- 2 ABR 15/85 - AP, aaO, zu B II 4 c der Gründe) nicht genügend berücksichtigt. Die bisherige Vergütung könnte der Frau M. daher nur unter Aufstockung der tariflichen Gehaltsgruppe III um eine nicht anrechenbare außertarifliche Zulage eingeräumt werden. Vorliegend hat Frau M. sich zwar mit der Beschäftigung als Verkäuferin mit Kassiertätigkeit einverstanden erklärt, aber nur unter der Bedingung der Weiterzahlung des Gehalts als Aufsicht. Im Ersetzungsverfahren geht es aber darum, ob die Arbeitgeberin diesen Arbeitsvertrag einseitig durch Änderungskündigung ohne die von der Klägerin gesetzte Bedingung umgestalten kann. Es kann insofern nicht in die Beurteilung des Gerichts ge-



stellt werden, ob die angestrebte Einsparung einen optimalen oder weniger optimalen Umfang erreicht und - wie das LAG meint - eine (noch) erhebliche Kostenersparnis erzielt wird. Gerade diese Überlegung des Beschwerdegerichts belegt deutlich, daß doch wieder die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Unternehmerentscheidung inhaltlich überprüft wird, was nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. u. a. BAGE 32, 150 = AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAGE 42, 151, 157 = AP Nr. 12, aaO, zu B II 1 der Gründe; BAG Urteil vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl und BAGE 55, 262, 270 ff. = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu III 2 und IV der Gründe) gerade nicht in die Kompetenz der Arbeitsgerichte gegeben werden sollte, weil nach der gegenwärtigen Wirtschafts- und Sozialordnung der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung des Betriebes trage und die Richter überfordert wären, wenn sie dem Arbeitgeber eine "bessere" betriebliche Organisation vorschreiben bzw. noch erhebliche Kostenersparnis zumuten wollten.

cc) Schließlich würde die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus dem unternehmerischen Konzept - auch von Betriebsratsmitgliedern - dem gerade intendierten einheitlichen Vorgehen der Arbeitgeberin zuwiderlaufen und damit Präzedenzfälle schaffen, auf die sich andere Arbeitnehmer unter Verweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen könnten mit der Begründung, es fehle im Hinblick auf § 78 BetrVG (vgl. nachfolgend zu 2 c) für die Sonderbehandlung eines Betriebsratsmitgliedes am sachlichen Grund für die unterschiedliche Vergütungsregelung. Wenn der Arbeitgeber ein



einheitliches Umstrukturierungskonzept einführen will, ist es daher als unabweisbare Notwendigkeit anzusehen, daß davon grundsätzlich auch Organvertreter trotz des Sonderkündigungsschutzes betroffen werden können. Die Sachlage entspricht insoweit der bei einem vertraglich oder tarifvertraglich unkündbaren Arbeitnehmer. Die Sonderregelungen in § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG mit der Zulassung sogar einer ordentlichen Kündigung bei Stilllegungstatbeständen ohne Betriebsrats-Zustimmungserfordernis (vgl. dazu etwa KR-Etzel, § 15 KSchG Rz 73 f.) belegen im übrigen, daß der Gesetzgeber selbst in derartigen speziellen betriebsbedingten Situationen Handlungsbedarf gesehen hat, wenn auch im allgemeinen aus betrieblichen Gründen bei Organvertretern eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein soll (vgl. dazu näher Senatsbeschluß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP, aaO).

b) Bei der Interessenabwägung nach §§ 15 KSchG, 626 BGB ist weiter die Prüfung erforderlich, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zuzumuten ist. Dabei soll im Falle einer Änderungskündigung von Betriebsratsmitgliedern, bei denen eine ordentliche Kündigung nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ausgeschlossen ist, hypothetisch die Frist zugrundegelegt sein, die ohne den besonderen Kündigungsschutz bei einer ordentlichen Kündigung gelten würde (so BAG Beschluß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP, aaO, zu B II 4 a der Gründe; für den Fall der Beendigungskündigung BAG Urteile vom 8. August 1968 - 2 AZR 348/67 - AP Nr. 57 zu § 626 BGB und vom 14. November 1984 - 7 AZR 474/83 - AP Nr. 83, aaO). Gleichgültig, ob man von der von der Arbeitgeberin veranschlagten Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Quartalsende oder der nach



§ 622 Abs. 2 BGB je nach Ausspruch der beabsichtigten Kündigung (10 bzw. 12 Jahre Betriebszugehörigkeit) von 4 oder 5 Monaten zum Monatsende ausgeht, ergibt sich vorliegend folgendes: Unzumutbar wäre die Einhaltung einer solchen Frist der Arbeitgeberin wohl nicht; sie hat sie auch bei den anderen Arbeitnehmern eingehalten und will sie auch der Frau M. als Auslaufrfrist einräumen.

Um des generellen Effektes der Umstrukturierungsmaßnahme und der erstrebten Gleichbehandlung der Arbeitnehmer willen ist für die Arbeitgeberin bei einer Änderungskündigung, bei der der Arbeitsplatz als solcher gesichert ist - Frau M. ist eine neue Tätigkeit von der Arbeitgeberin angeboten worden - die Einhaltung einer derartigen hypothetisch zu veranschlagenden Kündigungsfrist vom eingeschränkten Schutzzweck der Norm der §§ 2, 15 KSchG her gesehen nicht zu fordern. Denn dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG ist Rechnung getragen, weil der Fortbestand und die Stetigkeit der jeweiligen Arbeitnehmervertretung gesichert sind (so BAG Urteil vom 24. April 1969 - 2 AZR 319/68 - AP Nr. 18 zu § 13 KSchG m. Anm. von Wiese; siehe auch KR-Etzel, 3. Aufl., § 15 KSchG Rz 9, 10, m.w.N.). Da es nicht um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern "nur" um seine inhaltliche Umgestaltung geht, relativiert sich folglich die Zumutbarkeitsprüfung (ähnlich Schlaeper in Anm. Ziff. 5 zu AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969). Der Senat gibt daher für einen derartigen Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung die früher vertretene Ansicht (Beschuß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP, aaO, zu B II 3 a bb der Gründe) auf, im Rahmen der Prüfung des § 626 BGB sei auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen.



Da Frau M. als Betriebsratsmitglied ordentlich nicht kündbar ist (Ausnahme: § 15 Abs. 4 und 5 KSchG) erscheint die Festlegung einer hypothetischen Kündigungsfrist für die Dauer der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ohnehin künstlich. Ist die Kündigung mit Ausnahme einer solchen aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, wie in § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG formuliert ist, unzulässig, so kann es folgerichtig bei dem in § 15 KSchG geschützten Personenkreis keine ordentliche Kündigungsfrist geben. Ob an der bisherigen Rechtsprechung, die auf eine fiktive ordentliche Kündigungsfrist abstellen will, auch für Beendigungskündigungen festzuhalten ist, ist hier nicht zu entscheiden. Unzumutbar ist es jedenfalls, die Arbeitgeberin - wie im Falle einer tariflichen Unkündbarkeit - für die nicht absehbare Dauer des für Frau M. bestehenden Sonderkündigungsschutzes (§§ 103 BetrVG, 15 KSchG) an dem unveränderten Arbeitsverhältnis festzuhalten, während gleichzeitig Frau M. die Änderung der Arbeitsbedingungen zumutbar ist (vgl. nachfolgend zu c).

Die Bestimmung des § 626 Abs. 1 BGB geht, wie auch der Wortlaut deutlich zeigt, von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus und paßt daher insoweit für die vorliegende Ausgangslage der Änderungskündigung nach §§ 2, 15 KSchG nicht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos annimmt oder nicht: In beiden Fällen ist bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht auf die eventuelle Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf das Änderungsangebot und seine soziale Rechtfertigung abzustellen (ständige Rechtsprechung vgl. BAGE 25, 213 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung mit Anm. Löwisch/Knigge und Lieb und BAG Urteil



vom 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; vgl. zum Ganzen KR-Rost, 3. Aufl., § 2 KSchG Rz 88, 92, m.w.N.), vorliegend also das Vertragsangebot, als Verkäuferin mit Kassiertätigkeit nach Gehaltsgruppe III mit den besonderen Modalitäten des Arbeitgeberangebots (vgl. nachfolgend zu c) weiter tätig zu sein, das der Arbeitnehmer, sofern der Arbeitgeber an der Änderungskündigung festhält, auch noch nach rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung annehmen kann.

c) Eine außerordentliche Änderungskündigung ist nach der Rechtsprechung des Senats (Beschuß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP, aaO, zu B II 4 b der Gründe) weiter nur begründet, wenn neben der für den Arbeitgeber unabweisbar notwendigen alsbaldigen Änderung der Arbeitsbedingungen diese auch dem Gekündigten zumutbar sind, denn diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Der Senat hat das damit begründet, woran festzuhalten ist, daß an die Beurteilung der Wirksamkeit der außerordentlichen Änderungskündigung ein anderer Maßstab anzulegen ist als an eine Kündigung, die auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Wie schon oben zu II 2 b betont worden ist, ist nicht eine mit dem endgültigen Verlust des Arbeitsplatzes verbundene Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern nur dessen Fortsetzung unter veränderten Arbeitsbedingungen zu beurteilen (BAGE 38, 348; 64, 24 = AP Nr. 3 und 27 zu § 2 KSchG 1969; siehe ferner Anm. von Schlaeper Ziff. 5 b zu AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969). Das bedeutet für die Änderungsschutzklage, daß es nicht darauf ankommt, ob die Arbeitgeberin, wie das Beschwerdegericht



ungenau formuliert, die Beteiligte zu 3) "einstweilen" mit dem Tarifgehalt der Gehaltsgruppe III hätte weiterbeschäftigen können.

Der Senat ist der Auffassung, daß die neuen Arbeitsbedingungen der Frau M. im vorgenannten Sinne ebenso zumutbar sind, wie sie allen anderen Arbeitnehmern, die früher die Position einer Aufsicht bekleideten, zugemutet wurden und zumutbar waren. Nach der Abschaffung der Position "Aufsicht" war die neue Position die tariflich höchstdotierte, die Frau M. angeboten werden konnte. Die mit der Veränderung der Position der Aufsicht verbundene Herabgruppierung von Gehaltsgruppe III nach Gehaltsgruppe I ist für Frau M. zweifellos einschneidend und belastend. Nach ihrer Darstellung liegt der Verlust - bezogen auf die Teilzeittätigkeit - bei mehr als 600,- DM brutto monatlich, was ca. 20 % ihrer Vergütung entspricht. Diese Maßnahme greift allerdings nicht sofort, sondern zum einen nur nach der von der Arbeitgeberin in Aussicht gestellten Auslauffrist von 6 Monaten zum Quartalsende; zum anderen soll das bisherige Gehalt effektiv ungeschmälert, d. h. die Differenz zur neuen Gehaltsgruppe als übertarifliche, allerdings anrechenbare Zulage weitergezahlt werden. Außerdem ist die Arbeitgeberin nach Ziff. 3.1 der GBR-Vereinbarung als Ausgleich für den Wechsel in eine niedrigere Gehaltsgruppe zur Zahlung einer Teilabfindung verpflichtet, so daß die Gehaltsabsenkung wenigstens teilweise ausgeglichen wird. Schließlich hat der Sonderkündigungsschutz für Frau M. bewirkt, daß infolge des Ersetzungsverfahrens nach § 103 BetrVG bei ihr die personelle Maßnahme ca. 2 1/2 Jahre später als bei allen anderen betroffenen Arbeitnehmern greifen wird, womit dem Sonderkündigungsschutz der §§ 15

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



KSchG, 103 BetrVG ausreichend Rechnung getragen ist. Eine andere Beurteilung verstieße auch gegen § 78 BetrVG, wonach Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt, aber auch nicht begünstigt werden dürfen. Es ist zwar richtig, daß § 15 KSchG mit dem Ausschluß der ordentlichen Kündigung bei Organvertretern lex specialis im Verhältnis zu § 78 BetrVG ist (so BAG Urteile vom 9. April 1987 - 2 AZR 279/86 - AP Nr. 28 zu § 15 KSchG 1969, zu I 2 der Gründe und vom 18. Februar 1993 - 2 AZR 526/92 - AP Nr. 35, aaO, zu II 3 b aa 3 der Gründe; siehe ferner Hueck/von Hoyningen-Huene, aaO, § 15 Rz 61, m.w.N.), das besagt aber nicht, daß auch noch der Ausschluß einer außerordentlichen Änderungskündigung über den Regelungsgehalt des § 15 KSchG hinaus hingenommen werden müßte (ebenso Senatsbeschluß vom 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - AP, aaO, zu B II 3 b bb am Ende), wenn die mit ihr bezweckten Folgen - wie vorliegend - sozial gerechtfertigt abgemildert werden.

3. Zu prüfen bleibt indessen noch, ob die Arbeitgeberin die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB von 2 Wochen eingehalten hat.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. u.a. BAG Beschluß vom 18. August 1977 - 2 ABR 29/77 - BAGE 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972) gilt die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB auch für die außerordentliche Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern mit dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG. Auch in diesem Regelungsbereich beginnt die 2-Wochenfrist mit der Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, und der Arbeitgeber muß innerhalb der Ausschlußfrist nicht nur den Zustimmungsantrag bei dem Betriebsrat



stellen, sondern bei Verweigerung der Zustimmung auch das Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht einleiten (Senatsbeschluß vom 18. August 1977, aaO).

b) Das Beschwerdegericht ist entgegen der Rüge des Betriebsrats und der Beteiligten zu 3) zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, mit dem Eingang des Ersetzungsantrages beim Arbeitsgericht am 7. Januar 1993 sei diese Frist gewahrt. Das Landesarbeitsgericht hat dazu aufgrund umfangreicher Beweisaufnahme festgestellt, die Arbeitgeberin habe bis zum festgesetzten Zeitpunkt der Umstrukturierungsmaßnahme am 31. Dezember 1992 die Hoffnung auf ein Einlenken von Frau M. gehegt und dies auch weiterverfolgt, wie der Geschäftsführer H und der GBR-Vorsitzende M bekundet hätten. Letzterer habe erst kurz vor Jahresende in einem Telefonat mit Frau M. die Überzeugung gewonnen, diese wolle es auf eine gerichtliche Auseinandersetzung ankommen lassen. Auch mit der Beschwerdeerwidern wird nicht in Abrede gestellt, daß der Geschäftsführer H das von ihm angeregte Gespräch zwischen dem GBR-Vorsitzenden M und Frau M. als letzten Versuch zu einer Einigung nutzen wollte. Dieses Gespräch fand aber unstreitig erst am 29. oder 30. Dezember 1992 statt.

Davon abgesehen ist dem Beschwerdegericht auch darin zu folgen, daß die Ausschußfrist grundsätzlich erst mit der Existenz des Kündigungsgrundes, vorliegend mit dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit am 1. Januar 1993 zu laufen begann. Das entspricht der Rechtsprechung des Senats für den ähnlichen Fall einer geplanten Betriebsstillegung, wobei der Senat auch in diesem Fall den wichtigen Kündigungsgrund in der Unzumutbarkeit des



Arbeitgebers zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz Unmöglichkeit, Arbeit anzubieten, gesehen hat; die Ausschlußfrist beginne erst mit dem Tag, an dem der Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigt werden könne (BAGE 48, 220, 225 = AP Nr. 86 zu § 626 BGB, zu B II 2 der Gründe). So stand auch hier für die Arbeitgeberin erst mit dem 1. Januar 1993 fest, daß Frau M. nicht mehr als Aufsicht beschäftigt werden konnte. Unverzüglich nach der letztmaligen Ablehnung des Arbeitgeberantrages auf Zustimmung zur beabsichtigten Änderungskündigung durch den Betriebsrat am 5. Januar 1993 ist der Ersetzungsantrag beim Arbeitsgericht eingereicht worden. Soweit mit der Beschwerdeerwiderung auf die Rechtsprechung des Senats zur Einhaltung der Ausschlußfrist beim Verdacht strafbarer Handlung als Kündigungsgrund abgestellt wird, wonach der Kündigungsberechtigte mit der gebotenen Eile Ermittlungen für eine umfassende Kenntnis des Kündigungssachverhalts anzustellen habe, ist dies wegen des nicht vergleichbaren Ausgangspunktes unbeachtlich.

4. Da weitere individuelle Gesichtspunkte, die im Rahmen der allgemeinen Interessenabwägung nach § 626 BGB zugunsten der Beteiligten zu 3) sprechen könnten und der Beurteilung der Tatsacheninstanz vorbehalten wären, von den Beteiligten nicht vorgebracht worden sind, konnte der Senat unter Berücksichtigung der zur Zeit vorliegenden Abwägungsgesichtspunkte abschließend in der Sache entscheiden.

Etzel

Bitter

Fischermeier

Wolter

Mauer



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)