

Aktenzeichen: 2 AZR 581/89

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 26. April 1990
- 2 AZR 581/89 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 16. Juni 1988
Frankfurt am Main - 13 Ca 542/87 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 21. Juli 1989
Frankfurt am Main - 15 Sa 1374/88 -

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

Entscheidungsstichwort:

Änderungskündigung - nachwirkender Kündigungsschutz

Gesetz: KSchG § 15; BGB § 613 a

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 581/89

15 Sa 1374/89 Frankfurt am Main

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. April 1990

Urteil

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 26. April 1990 durch den Vor-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

sitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Ascheid und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Wisskirchen für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 21. Juli 1989 - 15 Sa 1374/88 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung des Army and Air Force Exchange Service, Europe (AAFES), der Streitkräfte der Vereinigten Staaten von Amerika vom 27. November 1987. Diese unterhält in Frankfurt eine Autoreparaturwerkstatt, die bis zum 1. Juni 1987 nicht vom AAFES selbst, sondern von verschiedenen Privatunternehmern betrieben wurde, mit denen sog. Konzessionsverträge nach dem Recht des District of Columbia der Vereinigten Staaten von Amerika abgeschlossen worden waren.

Der Kläger schloß am 25. Oktober 1977 mit dem damaligen Konzessionär M einen Arbeitsvertrag als Servicemann/Kundendienstberater ab. Nach § 2 dieses Arbeitsvertrages wurden die Rahmen- und Gehaltstarifvereinbarungen des TVAL II in ihrer jeweils gültigen Fassung zugrunde gelegt. Der Kläger war nach § 3 in die Gehaltsgruppe C-7-1 des Gehaltstarifvertrages eingruppiert, bei Vertragsschluß mit einem Monatsgehalt von 2.500,-- DM brutto. Er war zuletzt stellvertretender Leiter des Ersatzteillagers. Seine Haupttätigkeit besteht im Bestellen von



- 3 -

Ersatzteilen und in der Überwachung der Herausgabe der Teile an die Mechaniker der Kfz-Werkstatt. Der Barverkauf an Direktkunden nimmt nur einen geringen Teil seiner Tätigkeit ein. Der Kläger ist insgesamt sieben Mitarbeitern weisungsbefugt. Sein Gehalt betrug zuletzt 3.844,-- DM brutto, wobei die Berechnungsgrundlagen streitig sind. Unter Berücksichtigung einer zum 1. September 1987 wirksam gewordenen Tarifierhöhung hätte es 3.974,51 DM brutto betragen.

Ab dem 1. Juni 1980 betrieb die Firma
(im folgenden: FWP), deren Geschäftsführer der bisherige Konzessionär M war, die Werkstatt. Der Konzessionsvertrag lief am 31. Mai 1987 aus und wurde nicht mehr verlängert. Seitdem betreibt der AAFES die Werkstatt in eigener Regie. Bis zum oben genannten Zeitpunkt war der Kläger Mitglied des Betriebsrats der FWP.

Am 20. Mai 1987 wandte sich der AAFES durch folgenden Ausgang an alle Arbeitnehmer der FWP:

"Betr.: Übernahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

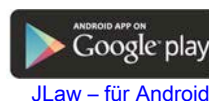
am 1. Juni 1987 übernimmt AAFES die Garage von Herrn M , (Pächter).

Wir möchten ihnen hiermit mitteilen, daß Sie zu denselben Bedingungen übernommen werden, mit denen Sie bei Herrn M beschäftigt waren."

Der Kläger arbeitete nach dem 31. Mai 1987 zu unveränderten Bedingungen bei dem AAFES weiter. Mit Schreiben vom 24. November 1987 bot der AAFES dem Kläger, der bis dahin die Unterzeichnung



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



- 4 -

eines neuen Arbeitsvertrags verweigert hatte, den Abschluß eines Arbeitsvertrags nach dem TVAL II, VergGr. T-6/7, Gehalt 3.683,-- DM brutto zuzüglich einer freiwilligen Besitzstandszulage von 155,-- DM für die Zeit vom 1. Juni 1987 bis 31. Mai 1988 an. Da eine Einigung nicht zustande kam, kündigte der AAFES das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 27. November 1987, das dem Kläger am 30. November 1987 zuging, zum 31. Dezember 1987. Gleichzeitig wurde dem Kläger der Abschluß eines Arbeitsvertrages zu den im Schreiben vom 24. November 1987 genannten Bedingungen angeboten. Mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 15. Dezember 1987 nahm der Kläger das Angebot des AAFES unter dem Vorbehalt an, daß die geänderten Arbeitsbedingungen wirksam und sozial gerechtfertigt sind.

Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung sei unwirksam. Am 31. Mai 1987 sei der Betrieb der FWP auf den AAFES übergegangen. Zum einen habe der AAFES durch den Aushang vom 20. Mai 1987 den Arbeitnehmern der FWP ausdrücklich die Weiterbeschäftigung zu denselben Arbeitsbedingungen zugesagt. Darunter seien nicht die Arbeitsbedingungen nach dem TVAL II, sondern die individuellen nach seinem Arbeitsvertrag zu verstehen. Zum anderen sei der Betrieb der FWP nach § 613 a BGB nach Beendigung des Konzessionsvertrags, der im Grunde genommen ein Pachtvertrag sei, auf den AAFES übergegangen. Der AAFES habe Material und Zubehör übernommen; auch sei das Nutzungsrecht an der Werkstatt, für die die FWP - unstreitig - eine Pacht von 2.000,-- US-Dollar bezahlt habe, an ihn zurückgefallen. Die Änderungskündigung vom 27. November 1987 verstoße deshalb gegen § 613 a Abs. 4 BGB.



Die Kündigung verstoße außerdem gegen § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, weil er als ehemaliges Betriebsratsmitglied nachwirkenden Kündigungsschutz genieße. Ferner sei die Betriebsvertretung nicht ordnungsgemäß angehört und die Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quartalsende nicht beachtet worden. Schließlich sei die Änderungskündigung sozial ungerechtfertigt, weil seine vom AAFES beabsichtigte Eingruppierung in die Gehaltsgruppe T-6/7 unrichtig sei. Der Anhang T zum TVAL II finde nur auf Arbeitnehmer in Betrieben mit Einzelhandelstätigkeiten Anwendung, nicht aber auf ihn, weil er stellvertretender Leiter des Ersatzteillagers sei.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der von dem Army and Air Force Exchange Service mit Schreiben vom 27. November 1987 ausgesprochenen Änderungskündigung unwirksam und sozial ungerechtfertigt sei.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat geltend gemacht, zwischen dem Kläger und dem AAFES habe vom 1. Juni 1987 bis 31. Dezember 1987 ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden. Der Betrieb der FWP sei nicht gemäß § 613 a BGB auf den AAFES übergegangen. Die FWP habe nämlich auf der Grundlage des Konzessionsvertrages keinen selbständigen Betrieb geführt, sondern habe Leistungen und Dienste im Namen und auf Rechnung des AAFES erbracht. Es fehle auch der Übergang "durch Rechtsgeschäft", weil die FWP lediglich die Betriebsmittel zurückgegeben habe, die ihr der AAFES zur Verfügung gestellt habe.



Eine rechtsgeschäftliche Zusicherung des AAFES, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, sei nicht erfolgt. Der Aushang vom 20. Mai 1987 bestätige lediglich, daß die Weiterbeschäftigung nach dem TVAL II erfolgen solle. Vorsorglich sei die Erklärung mit Schreiben vom 24. November 1987 an den Kläger wegen Irrtums angefochten worden.

Die Änderungskündigung sei auch im übrigen rechtswirksam. Der Kläger genieße keinen nachwirkenden Kündigungsschutz als ehemaliges Betriebsratsmitglied, weil er am 1. Juni 1987 zum AAFES als neuem Arbeitgeber gewechselt sei. Die Betriebsvertretung sei durch Schreiben vom 17. November 1987 ordnungsgemäß angehört worden. Da das Arbeitsverhältnis weniger als sechs Monate bestanden habe, gelte eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende. Schließlich sei die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, weil der AAFES gehalten sei, den Kläger richtig nach dem TVAL II einzugruppieren. Die Tätigkeit des Klägers als aufsichtsführender Auto-Ersatzteil-Verkäufer falle unter die Gehaltsgruppe 1-6/7 des TVAL II.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte weiterhin Klagabweisung, der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet.



I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, zwischen dem Kläger und dem AAFES habe seit dem 1. Juni 1987 ein wirksames Arbeitsverhältnis bestanden, denn der AAFES sei in die Rechte und Pflichten des zwischen dem Kläger und der FWP bis dahin bestehenden Arbeitsverhältnisses eingetreten. Der Aushang vom 20. Mai 1987 habe das Angebot an die Arbeitnehmer der FWP enthalten, zu denselben Arbeitsbedingungen wie bisher bei dem AAFES tätig zu werden. Der Wille des AAFES, den Verträgen ausschließlich den TVAL II zuzugrundelegen, sei für die Arbeitnehmer nicht erkennbar gewesen. Der Kläger habe das Angebot des AAFES angenommen, wobei der Zugang der Erklärung nach § 151 Satz 1 BGB nicht erforderlich gewesen sei. Der AAFES habe die Erklärung auch nicht wirksam angefochten, weil es bereits an einer fristgerechten Anfechtung fehle.

Abgesehen davon sei der AAFES gemäß § 613 a BGB in die Rechte und Pflichten aus dem zwischen dem Kläger und der FWP bestehenden Arbeitsverhältnis eingetreten, denn der Betrieb der FWP sei durch Rechtsgeschäft, nämlich durch "Rückfall" des Betriebes aufgrund des befristeten Konzessionsverhältnisses, auf den AAFES übergegangen.

Die Änderungskündigung des AAFES vom 27. November 1987 sei nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG unwirksam, denn der Kläger genieße als ehemaliges Betriebsratsmitglied nachwirkenden Kündigungsschutz für die Dauer eines Jahres. Dieser besondere Kündigungsschutz habe gegenüber dem AAFES als neuem Arbeitgeber fortbestanden.



Die Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers sei zudem nach § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt. Mit dem Kläger sei im Rahmen des TVAL II die VergGr. C-7 einzelvertraglich vereinbart worden. Die darlegungspflichtige Beklagte habe keine Tatsachen vorgetragen, daß die Herabgruppierung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und für den Kläger annehmbar sei.

II. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Änderungskündigung vom 27. November 1987 sei bereits gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG unwirksam. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Betriebsvertretung ordnungsgemäß angehört worden ist und ob die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt ist.

1. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist die ordentliche Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit unzulässig; dies gilt auch für eine ordentliche Änderungskündigung (BAGE 28, 152, 159 = AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969, zu III 3 der Gründe; BAGE 51, 200, 207 = AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969, zu B II 2 a der Gründe; BAG Urteil vom 9. April 1987 - 2 AZR 279/86 - AP Nr. 28 zu § 15 KSchG 1969). Das Berufungsgericht hat das Vorliegen der Voraussetzungen dieser Vorschrift ohne Rechtsfehler bejaht. Nach seinen Feststellungen endete die Amtszeit des bei der FWP bestehenden Betriebsrats jedenfalls am 31. Mai 1987; der Kläger war bis zu diesem Zeitpunkt Mitglied des Betriebsrats. Die Kündigung ist daher schon deshalb unzulässig, weil sie der AAFES nicht als außerordentliche, sondern lediglich als ordentliche Kündigung ausgesprochen



hat (BAG Urteil vom 5. Juli 1979 - 2 AZR 521/77 - AP Nr. 6 zu § 15 KSchG 1969, zu III 2 der Gründe). Zwar ist die Änderungskündigung vom 27. November 1987 nicht ausdrücklich als ordentliche Kündigung bezeichnet, jedoch folgt dies aus dem Umstand, daß sie unter Einräumung einer Kündigungsfrist ausgesprochen wurde. Als befristete außerordentliche Kündigung könnte sie nur dann begriffen werden, wenn dies der AAFES klargestellt hätte (KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 24). Daran fehlt es.

2. Soweit die Revision rügt, der nachwirkende Kündigungsschutz stehe dem Kläger schon deshalb nicht zu, weil sein Amt als Betriebsratsmitglied am 31. Mai 1987 geendet habe und deshalb auch seine Rechte aus diesem Amt erloschen seien, so dringt sie mit dieser Rüge nicht durch. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob der Betrieb der FWP am 1. Juni 1987 gemäß § 613 a BGB auf den AAFES mit der Maßgabe übergegangen ist, daß der nachwirkende Kündigungsschutz des Klägers bei dem AAFES fortbestand. Das Berufungsgericht hat dies zwar angenommen. Nach Ansicht des Senats reichen aber die festgestellten Tatsachen noch nicht aus, um hieraus einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB herleiten zu können. Die Parteien haben insoweit weitgehend nur Rechtsansichten vorgetragen, die sie aus Verträgen hergeleitet haben. Es fehlt jedoch an einer genauen tatsächlichen Charakterisierung der früheren Betätigung der FWP, um beurteilen zu können, ob der AAFES einen "Betrieb" übernommen hat (vgl. hierzu BAGE 35, 104, 106; BAGE 48, 345, 348 f.; BAGE 48, 365, 371; BAGE 53, 267, 273 = AP Nr. 24, 41, 42 und 58 zu § 613 a BGB, jeweils zu 1; II 1; II 1; B II 3 b, aa der Gründe). Insbesondere ist es unklar, ob



und wenn ja, welche Kundenbeziehungen zur FWP bestanden haben und ob der AAFES in diese Beziehungen eintreten konnte oder tatsächlich eingetreten ist (vgl. zu dieser Problematik BAGE 53, 267 = AP Nr. 58 zu § 613 a BGB; Senatsurteil vom 26. Februar 1987 - 2 AZR 321/86 - AP Nr. 63 zu § 613 a BGB; BAGE 39, 208 = AP Nr. 31 zu § 613 a BGB; BAGE 48, 345, 348 = AP, aaO; insbesondere Urteil vom 21. Januar 1988 - 2 AZR 480/87 - AP Nr. 72 zu § 613 a BGB).

3. Das bedarf keiner Klärung, weil das Landesarbeitsgericht jedenfalls ohne Rechtsfehler angenommen hat, das Arbeitsverhältnis des Klägers sei kraft Vereinbarung auf den AAFES übergeleitet worden.

a) Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, das Schreiben des AAFES vom 20. Mai 1987, das durch Aushang den Arbeitnehmern der FWP bekanntgemacht worden ist, habe ein Angebot an die Arbeitnehmer beinhaltet, sie zu denselben Bedingungen zu übernehmen, zu denen sie bei der FWP beschäftigt waren, ist seine Auslegung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Weder sind die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verletzt, noch liegt ein Verstoß gegen Denk- oder allgemeine Erfahrungssätze vor, ebenso sind Umstände, die für die Auslegung von Bedeutung sind, nicht außer acht gelassen worden (vgl. BAGE 22, 424, 426 = AP Nr. 33 zu § 133 BGB, zu 1 der Gründe; BAG Urteil vom 30. Mai 1980 - 7 AZR 215/78 - AP Nr. 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag).



b) aa) Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen nach § 613 a BGB erfüllt sind, bleibt es den Parteien unbenommen, das Arbeitsverhältnis im Wege eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts zwischen Arbeitnehmer, altem Arbeitgeber und neuem Arbeitgeber auf den letzteren überzuleiten (vgl. BAGE 26, 301, 305 = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB, zu III 2 a der Gründe; BAGE 45, 140, 145 = AP Nr. 37 zu § 613 a BGB, zu III 2 a der Gründe; BGH Urteil vom 26. März 1987 - IX ZR 69/86 - AP Nr. 66 zu § 613 a BGB; MünchKomm-Schaub, BGB, 2. Aufl., § 613 a Rz 11 a). Diese Rechtsfolge hat das Berufungsgericht frei von Rechtsfehlern angenommen.

bb) Soweit die Beklagte geltend macht, das Schreiben habe lediglich das Angebot zum Inhalt gehabt, Arbeitsverträge nach den Bestimmungen des TVAL II mit den Arbeitnehmern der FWP abzuschließen, kann ihr unter Zugrundelegung der Ausführungen des Berufungsgerichts nicht gefolgt werden.

cc) Für die Richtigkeit der Auslegung des Berufungsgerichts spricht, daß in dem Schreiben von der "Übernahme der Arbeitnehmer zu denselben Bedingungen" die Rede ist, nicht hingegen vom Abschluß neuer Arbeitsverträge. Dies konnte aus der Sicht des Klägers nur so verstanden werden, sein Arbeitsverhältnis solle unverändert auf den AAFES übergeleitet werden. Wenn es aber beim bisherigen Vertragsinhalt bleiben sollte, gab es für den Kläger keinen Grund zur Annahme, der AAFES wolle einen neuen Arbeitsvertrag abschließen.



dd) Der Auslegung des Berufungsgerichts steht nicht entgegen, daß der bisherige Arbeitgeber in dem Schreiben untechnisch mit "Herrn M " bezeichnet wurde. Denn für die Beteiligten stand außer Frage, daß damit die FWP, deren Geschäftsführer Herr M war, gemeint war. Weiter ist es unerheblich, daß die FWP nicht ausdrücklich ihr Einverständnis mit der Überleitung der Arbeitsverträge erklärt hatte. Es konnte für die Beteiligten wiederum nicht zweifelhaft sein, daß die FWP nach dem Auslaufen des Konzessionsvertrags mit der Überleitung der Arbeitsverhältnisse einverstanden war.

Das Berufungsgericht hat weiter zutreffend festgestellt, der Kläger habe das für ihn vorteilhafte Angebot - konkludent - angenommen, indem er ab dem 1. Juni 1987 beim AAFES weitergearbeitet hat. Ein Zugang der Annahmeerklärung war nach § 151 Satz 1 BGB nicht erforderlich, weil der AAFES, wie dem Wortlaut des Schreibens zu entnehmen ist (...werden Sie übernommen...), eine solche nicht erwartete. Schließlich ist dem Berufungsgericht auch darin zu folgen, daß der AAFES seine Erklärung nicht mit Schreiben vom 24. November 1987 wirksam angefochten hat. Es fehlt schon an einer fristgerechten Anfechtungserklärung im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die Beklagte nicht vorgetragen hat, wann sie vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangte.

ee) Darüber hinaus hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt, aus der Formulierung in dem Schreiben vom 24. November 1987, mit der Erklärung vom 20. Mai 1987 sei gemeint gewesen, daß ein neuer Arbeitsvertrag abzuschließen sei, sei für den



- 13 -

Kläger nicht erkennbar die Erklärung enthalten gewesen, an diesem Schreiben nicht festhalten zu wollen. Das ist zutreffend. Allein die Mitteilung, man habe an sich etwas anderes gemeint als erklärt, reicht nicht aus, eine klare Anfechtungserklärung rechtfertigen zu können. Es hätte vielmehr klargestellt werden müssen, daß nicht über die Auslegung irgendwelcher Erklärungen in Zukunft gestritten werden sollte, sondern daß eine abgegebene Erklärung wegen Mißverständlichkeit angefochten wird.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beinhaltet die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen das Fortbestehen der von dem Kläger erworbenen Rechte und Pflichten; es bezieht also die Wirkung des nachträglichen besonderen Kündigungsschutzes als ehemaliges Betriebsratsmitglied gegenüber dem AAFES ein.

Hillebrecht

Bitter

Dr. Ascheid

Peter Jansen

Wisskirchen



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](#)