

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die Amtliche Sammlung!	Ja

Gesetz: BGB § 626, § 626 Änderungskündigung

Leitsätze:

1. Die Entziehung der Fahrerlaubnis eines als Kraftfahrer beschäftigten Arbeitnehmers kann für den Arbeitgeber ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 626 BGB sein (Bestätigung von BAG AP Nr. 51 zu § 626 BGB).
2. Da die außerordentliche Kündigung die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) des Kündigenden sein muß, ist bei der Prüfung des wichtigen Grundes darauf abzustellen, ob die durch den Verlust der Fahrerlaubnis eingetretene Störung im Leistungsbereich dadurch überwunden werden kann, daß unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen entweder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder auf Dauer fortgesetzt wird.
3. Eine im Einzelfall mögliche Versetzung oder Umsetzung des Arbeitnehmers ist in die stets erforderliche Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB jedenfalls dann einzubeziehen, wenn sich der Arbeitnehmer dazu zwar nicht vor oder unmittelbar nach der Kündigung bereit erklärt hat, der Arbeitgeber aber diese Bereitschaft des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis zu veränderten Bedingungen fortzusetzen, den Umständen, z.B. einem Hinweis des Betriebsrats entnehmen kann.
4. Im Rechtsstreit um die Wirksamkeit einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung hat dieser darzulegen und im Streitfall zu beweisen, daß es nicht möglich gewesen ist, zur Vermeidung der außerordentlichen Kündigung den Arbeitnehmer auf einen anderen freien Arbeitsplatz zu versetzen.

Aktenzeichen: 2 AZR 630/76

Urteil des BAG vom 30. Mai 1978 LAG Düsseldorf



2 AZR 630/76

15 Sa 930/75 Düsseldorf

Verkündet am
30. Mai 1978

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 30. Mai 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Peppler und Thieß für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 3. März 1976 - 15 Sa 930/75 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger wurde im Juni 1969 von der Beklagten als Kraftfahrer eingestellt. Im Dezember 1971 vereinbarten die Parteien schriftlich, daß für das Arbeitsverhältnis die Bestimmungen der jeweils gültigen Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer der Kies-, Sand-, Mörtel- und Transportbetonindustrie in Nord- und Westdeutschland gelten sollen. Nach § 2 Ziffer 4 des Rahmentarifvertrages für diesen Industriebereich vom 12. November 1974 beträgt die Frist zur ordentlichen Kündigung bis zu einer Betriebszugehörigkeit von 5 Jahren 12 Werktage. Der Kläger wurde von der Beklagten im Dezember 1971 schriftlich verwarnt, weil er nach dem Genuß von Alkohol noch ein Firmenfahrzeug gefahren habe.

Am 12. Januar 1975 verursachte der Kläger unter Alkoholeinwirkung bei einer Privatfahrt einen Verkehrsunfall. Daraufhin wurde ihm die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen. Nachdem der Kläger ab 13. Januar 1975 arbeitsunfähig erkrankt war, teilte die Beklagte dem stellvertretenden Vorsitzenden des Betriebsrats am 21. Januar 1975 mit, daß sie beabsichtige, den Kläger fristlos zu entlassen. Der stellvertretende Vorsitzende erörterte telefonisch die Angelegenheit mit drei weiteren Mitgliedern des insgesamt aus fünf Mitgliedern bestehenden Betriebsrats. Er unterrichtete die Beklagte dann noch am 21. Januar 1975 davon, der Betriebsrat sei sich einig, daß dem Kläger gekündigt werden könne. Zuvor hatte der stellvertretende Vorsitzende des Betriebsrats bei der Beklagten angefragt, ob man den Kläger nicht anderweitig beschäftigen könne.

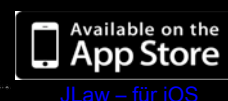
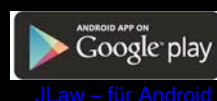
Der Kläger hat am 23. Januar 1975 ein Kündigungsschreiben der Beklagten vom 22. Januar 1975 erhalten, in dem sie die fristlose Kündigung ausgesprochen hat. Im Mai 1975 wurde dem Kläger im Strafverfahren die Fahrerlaubnis für die Dauer von sieben Monaten durch das Gericht entzogen.

Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 22. Januar 1975 nicht aufgelöst worden sei und das Arbeitsverhältnis ungekündigt fort-

- 3 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)



- 3 -

bestehe. Er hat ferner seinen Lohn für die Zeit vom 23. Januar 1975 bis zum 22. Mai 1975 in Höhe von 8.976,-- DM abzüglich des in diesem Zeitraum erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 3.978,-- DM eingeklagt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie sei nicht verpflichtet, den Kläger wegen des Verlustes seines Führerscheins auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, weil sie ihn als Fahrer eingestellt habe. Es sei zudem kein freier anderer Arbeitsplatz für den Kläger vorhanden gewesen.

Der Kläger hat erwidert, er habe bei der Beklagten als Betonmischer weiterbeschäftigt werden können. Die Beklagte habe Arbeitsplätze in ausreichendem Maße zur Verfügung. Es sei ihr auch zumutbar gewesen, ihn für die Dauer der Entziehung des Führerscheins als Mixer einzusetzen oder das Arbeitsverhältnis zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Dabei sei als Besonderheit zu berücksichtigen, daß er seit 13. Januar 1975 arbeitsunfähig gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt, die er ergänzend u. a. damit begründet hat, vor Ausspruch der Kündigung habe kein Gespräch zwischen den Parteien stattgefunden. Deshalb habe die Beklagte keine Kenntnis darüber gehabt, für welche Dauer mit dem Entzug des Führerscheins zu rechnen und wie hoch der festgestellte Blutalkoholgehalt gewesen sei. Schon in der ersten Instanz habe er andere Einsatzmöglichkeiten aufgezeigt und unter Beweis gestellt. Er habe nicht verlangt, ihn "wie vorher" zu beschäftigen, sondern darauf verwiesen, als Mixer eingesetzt zu werden. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses habe die Beklagte ihm mehrfach, zuletzt Ende 1974, angeboten, die Tätigkeit eines Mixers zu übernehmen. Auf dieses Angebot sei er damals zwar nicht eingegangen, da er bislang immer als Kraftfahrer beschäftigt gewesen sei und deswegen einen Wechsel in der Tätigkeit nicht angestrebt habe. Die Beklagte sei aber verpflichtet gewesen, diese Möglichkeit, ihn weiterzubeschäftigen, vor der Kündigung in ihre Überlegung einzubeziehen und ihm ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.



Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Kläger verfolgt mit der Revision seine Kündigungsschutzklage und seine Lohnansprüche weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die außerordentliche Kündigung sei nicht wegen Verletzung des § 102 BetrVG unwirksam. Der Betriebsrat habe über die ihm mitgeteilte außerordentliche Kündigung zwar nicht in einer Sitzung beraten und ein Mitglied des Betriebsrats sei nicht unterrichtet worden. Dieser Fehler gehe jedoch nicht zu Lasten der Beklagten, weil sie die Kündigung erst nach der Mitteilung ausgesprochen habe, der Betriebsrat stimme der Kündigung zu.

Der Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht zumutbar gewesen, nachdem der Kläger wegen Trunkenheit am Steuer seinen Führerschein verloren hatte. Es könne ungeprüft bleiben, ob ein Arbeitgeber verpflichtet sei, einen Kraftfahrer bei Verlust seines Führerscheins anderweitig zu beschäftigen, weil der Kläger keinen geeigneten Beweis dafür angetreten habe, daß er als Mixer auf einem freien Arbeitsplatz hätte eingesetzt werden können. Im übrigen stehe die Kammer auf dem Standpunkt, daß ein Arbeitnehmer, der schuldhaft die Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit unmöglich mache, nicht erwarten könne, daß der Arbeitgeber von sich aus die Initiative ergreife und ihm eine andere Beschäftigung anbiete.

II. Dem Landesarbeitsgericht ist darin zuzustimmen, daß die Kündigung nicht wegen Verletzung des § 102 BetrVG unwirksam ist. Die Fehler, die der Betriebsrat nach ordnungsmäßiger Einleitung des Anhörungsverfahrens durch die Beklagte bei der Beschluß-



fassung gemacht hat, sind seinem Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich zuzurechnen. Sie haben auf die Gültigkeit der Anhörung keinen Einfluß, weil die Beklagte die Kündigung des Klägers erst nach der abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats ausgesprochen hat (vgl. BAG AP Nr. 3 und 4 zu § 102 BetrVG 1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

III. Dagegen sind die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Frage des wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB nicht frei von Rechtsfehlern. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Das Landesarbeitsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, daß die Entziehung des Führerscheins bei einem Arbeitnehmer, der als Kraftfahrer tätig ist, grundsätzlich die fristlose Kündigung rechtfertigen kann, weil der Arbeitnehmer dadurch seine Arbeitspflicht vorübergehend nicht mehr erfüllen kann und darf. Das gilt auch dann, wenn die Entziehung des Führerscheins wegen Trunkenheit im Verkehr bei einer außerhalb der Arbeitszeit durchgeführten Privatfahrt erfolgt (vgl. BAG AP Nr. 51 zu § 626 BGB = SAE 1964, 1 mit Anmerkung von Herschel Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 3. Aufl., § 125 VII 19, S. 617 und Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rdnr. 242; alle mit weiteren Nachweisen).

2. Das Landesarbeitsgericht hat die Frage offengelassen, ob ein Arbeitgeber einen Kraftfahrer, der wegen Trunkenheit seinen Fahrerlaubnis verloren hat, bei vorhandener Möglichkeit anderweitig beschäftigen muß. Auf die Beantwortung dieser Frage, die zu bejahen ist, durfte das Landesarbeitsgericht nicht verzichten.

a) Der Entzug des Führerscheins wegen Trunkenheit im Verkehr bei einer Fahrt in der Freizeit ist im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB nicht unter allen Umständen ein Grund, einen als Kraftfahrer eingestellten Arbeitnehmer fristlos zu entlassen. Es hängt vielmehr von den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles ab, ob die durch den Verlust des Führerscheins eingetretene Störung im Leistungsbereich die Fortsetzung des Arbeits



verhältnisses unter geänderten Bedingungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder auf Dauer zumutbar erscheinen läßt. Bei Anwendung des § 626 BGB ist eine im Einzelfall bestehende Möglichkeit der Umsetzung oder Versetzung des Arbeitnehmers zur Abwendung der Kündigung in die Interessenabwägung einzubeziehen. Das folgt bereits aus der Überlegung, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber nicht unzumutbar belastet, wenn es ihm möglich ist, den Arbeitnehmer überhaupt noch, sei es auch in einem anderen Betrieb seines Unternehmens, wirtschaftlich sinnvoll einzusetzen (vgl. BAG AP Nr. 15 und 52 zu § 626 BGB). Es ist durchaus denkbar, daß in bestimmten Fällen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zwar mit dem bisherigen Inhalt nicht mehr zuzumuten ist, aber eine Beschäftigung zu anderen Bedingungen für den Arbeitgeber nicht nur tragbar, sondern sogar erwünscht wäre (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, S. 550, Fußnote 33 a).

b) Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel (z. B. Abmahnung, Versetzung, einverständliche Abänderung des Vertrages, außerordentliche Änderungskündigung oder ordentliche Kündigung) erschöpft sind, das in der bisherigen Form nicht mehr haltbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die außerordentliche Kündigung ist nur zulässig, wenn sie die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten ist (vgl. Galperin, DB 1964, 1114 [1115 u. 1117]; Herschel, Anm. SAE 1964, 2; Molitor, Die Kündigung, 2. Aufl., S. 294; BAG AP Nr. 15 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 51 zu § 626 BGB [hinsichtlich der Versetzung]). Darüber hinaus gilt im Kündigungsschutzrecht allgemein der Grundsatz, daß eine Beendigungskündigung, gleichgültig ob sie auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt ist, und gleichgültig ob sie als ordentliche oder außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird, als äußerstes Mittel erst in Betracht kommt, wenn keine Möglichkeit zu einer anderweitigen Beschäftigung, unter Umständen auch mit schlechteren Arbeitsbedingungen, besteht



- 7 -

(vgl. zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Kündigungs-
schutzrecht: BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 20,
345 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit; BAG vom 25. März 1976
- 2 AZR 127/75 - [demnächst] AP Nr. 10 zu § 626 BGB Ausschluß-
frist = AR-Blattei "Kündigung VIII" Entsch. 55 und BAG
AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

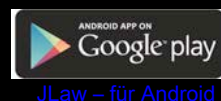
c) Damit ist die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auch
bei einer außerordentlichen Kündigung in aller Regel dann zu
prüfen, wenn das Hindernis, das der Fortsetzung des Arbeits-
verhältnisses mit dem bisherigen Inhalt entgegensteht, es
nicht zugleich ausschließt, den Arbeitnehmer zu anderen Be-
dingungen weiterzubeschäftigen. Schon in der nicht veröffent-
lichten Entscheidung vom 8. April 1976 - 2 AZR 256/75 - hat
der Senat bei einer Fallgestaltung der vorliegenden Art darauf
hingewiesen, daß vom Arbeitgeber vor Ausspruch einer außer-
ordentlichen Beendigungskündigung zu prüfen ist, ob er sich
nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit damit begnügen
muß, dem betroffenen Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis
oder aufgrund einer Änderungskündigung vorübergehend oder auf
Dauer eine andere Aufgabe zuzuweisen. Daran hält der Senat
fest.

3. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kann die
Frage, ob der Kläger auf einem freien Arbeitsplatz als Mixer
hätte beschäftigt werden können, nicht mit der grundsätzlichen
Begründung verneint werden, ein Arbeitnehmer, der schuldhaft
nicht mehr imstande sei, seine vertragliche Arbeitspflicht zu
erfüllen, könne "keineswegs" erwarten, daß der Arbeitgeber
von sich aus die Initiative ergreife und ihm eine andere Be-
schäftigung anbiete. Dieser vom Landesarbeitsgericht aufge-
stellte Grundsatz ist jedenfalls auf den Streitfall nicht an-
zuwenden, denn der Kläger war aufgrund der vorliegenden be-
sonderen Umstände nicht gehalten, sich bereits im unmittel-
baren Anschluß an die Kündigung oder bis zum Ablauf der Kündi-
gungsfrist bereit zu erklären, als Mixer weiterzuarbeiten.

- 8 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
(mobile App)



a) Der Senat hat im Falle einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung angenommen, der Arbeitgeber dürfe keine Beendigungskündigung aussprechen, ohne dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf einem Arbeitsplatz (zu anderen Arbeitsbedingungen) anzubieten (vgl. das Urteil des Senates vom 25. März 1976 [demnächst] AP Nr. 10 zu § 626 BGB Ausschußfrist = AR-Blattei "Kündigung VIII" Entsch. 55 zu V 2 der Gründe). Dabei ist zur Klarstellung darauf hinzuweisen, daß eine außerordentliche Kündigung nicht schon deswegen unwirksam ist, weil der Arbeitgeber zuvor nicht geprüft hat, ob er den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigen kann und dem Arbeitnehmer deswegen auch keine Versetzung angeboten hat. Entscheidend ist vielmehr, ob die Umsetzung des Arbeitnehmers auf einen anderen freien Arbeitsplatz tatsächlich möglich war (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Die auf eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung bezogene Auffassung des Senates in dem Urteil vom 25. März 1976 (aaO) widerspricht nicht dem Grundsatz, daß bei einer ordentlichen Kündigung die Möglichkeit, den Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, nur dann zu berücksichtigen ist, wenn sich der Arbeitnehmer hierzu im unmittelbaren Anschluß an die Kündigung bereit erklärt hat (vgl. BAG AP Nr. 2 und 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Zwischen einer außerordentlichen Kündigung und einer ordentlichen Kündigung bestehen hinsichtlich der Folgen einer nicht genutzten Versetzungsmöglichkeit wesentliche Unterschiede: Eine außerordentliche Beendigungskündigung setzt voraus, daß dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch nicht zu anderen Bedingungen zumutbar ist. Es geht im Grundsatz nur um eine vorübergehende Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen. Es kann deswegen vom Arbeitgeber erwartet werden, daß er von sich aus eine Übergangsregelung anstrebt, bevor er sich von dem Arbeitnehmer durch fristlose Kündigung zu trennen ver-



sucht. Bei einer ordentlichen Kündigung erstrebt der Arbeitnehmer hingegen mit einer möglichen Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz eine unbefristete Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses. Da in diesem Falle dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht schlechthin unzumutbar zu sein braucht, kann vom Arbeitnehmer verlangt werden, daß er sich zumindest unverzüglich nach Ausspruch der Kündigung zu einer Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen auf Dauer einverstanden erklärt.

b) Diese Überlegungen sprechen dafür, daß der Arbeitgeber auch vor einer außerordentlichen Kündigung, die auf personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt werden soll, gehalten ist, von sich aus dem Arbeitnehmer einen anderen freien Arbeitsplatz vorzuschlagen, auf dem seine Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist möglich und zumutbar ist. Es läßt sich deswegen die Auffassung vertreten, daß allgemein bei allen Arten von Kündigungsgründen eine außerordentliche Beendigungskündigung nicht gerechtfertigt ist, wenn der Arbeitgeber ein solches Angebot unterläßt, obwohl die Versetzung objektiv möglich und dem Arbeitgeber zumutbar ist. Diese Auffassung, daß die Verhandlungen über die Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen vor der Kündigung vom Kündigungsberechtigten einzuleiten sind, wird im Schrifttum ohne Beschränkung auf bestimmte Kündigungsgründe von Molitor (aaO, S. 295) und Nikisch (Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, S. 704) vertreten. Sie ermöglicht es, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits vor Ausspruch der Kündigung und damit am besten zu verwirklichen. Das Gebot, vor der Kündigung im Gespräch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Möglichkeit zu einer zeitlich begrenzten oder dauernden Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses zu erörtern, wahrt die gemeinsamen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bei einer möglichen und zumutbaren Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit zu ermöglichen. Diese wird schon dann gestört, wenn der Arbeitgeber ohne Einigungsversuch zwar keine Beendigungs-, aber sofort eine außerordentliche Änderungskündigung ausspricht.



Durch eine Aussprache vor der Kündigung wird auch die Frage sachgerecht gelöst, in welchem Verhältnis die außerordentliche Beendigungs- zur außerordentlichen Änderungskündigung steht (vgl. dazu BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 550 Fußnote 32 a, und Nikisch, aaO, S. 704). Wenn es dem Arbeitgeber möglich ist, vor Ablauf der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB durch ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer zu klären, ob dieser zur Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz bereit ist, muß er ihm zunächst ein entsprechendes Angebot unterbreiten. Dabei hängt es von den Besonderheiten des Einzelfalles ab, ob über eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, bis zum Wegfall eines zeitlich begrenzten Kündigungsgrundes oder auf Dauer zu verhandeln ist. Lehnt der Arbeitnehmer die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz grundsätzlich oder zu den ihm angebotenen Bedingungen ohne Vorbehalt nach § 2 KSchG ab, dann steht es dem Arbeitgeber frei, die außerordentliche Beendigungskündigung auszusprechen (vgl. Nikisch, aaO, S. 704). Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt (§ 2 KSchG) an, dann ist es dem Arbeitgeber zuzumuten, von der Beendigungskündigung abzusehen und eine außerordentliche Änderungskündigung zu erklären. Diese Kündigung kann er dann, wenn ihm eine Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht möglich oder nicht zumutbar ist, zugleich mit einer ordentlichen Kündigung verbinden.

Diese Maßnahmen sind auch dann angezeigt, wenn der Arbeitgeber vor Ablauf der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht in der Lage ist, über die mögliche Vertragsänderung mit dem Arbeitnehmer zu verhandeln. Ist der Versuch einer einverständlichen Regelung gescheitert, wird es zumeist wenig sinnvoll sein, dem Arbeitnehmer durch eine Änderungskündigung noch Gelegenheit zu geben, seine Einstellung zu ändern, um sich den Arbeitsplatz zu erhalten. Das setzt allerdings voraus, daß der Arbeitgeber einen gebotenen und an sich aner kennenswerten Anlaß zur Änderungskündigung nicht dazu benutzt, dem Arbeitnehmer Änderungen vorzuschlagen,



die nicht unabweisbar notwendig und für den Arbeitnehmer unzumutbar sind. Ein solches Angebot kann der Arbeitnehmer ablehnen und dem Arbeitgeber gegenüber der wegen der Weigerung ausgesprochenen Beendigungskündigung auf die Möglichkeit einer Änderungskündigung zu anderen als den vorgeschlagenen Bedingungen verweisen (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung).

Dieser Standpunkt, dem der Senat zuneigt, ist jedoch nicht unumstritten. Nach Hueck-Nipperdey (aaO, S. 550, Fußnote 32 a) soll der Arbeitgeber nur dann verpflichtet sein, den Arbeitnehmer zu geänderten Bedingungen weiterzubeschäftigen, wenn das aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgt und wenn der Arbeitnehmer einen entsprechenden Wunsch geäußert hat.

c) Der Senat braucht zu dieser Frage nicht abschließend Stellung zu nehmen. Auch wenn grundsätzlich eine mögliche Um-
setzung auf einen anderen Arbeitsplatz nur erheblich wäre, sofern sich der Arbeitnehmer dazu vor oder unmittelbar nach der Kündigung bereit erklärt hat, war ein solches Angebot des Klägers im vorliegenden Fall entbehrlich.

Das Angebot des Arbeitnehmers soll dem Arbeitgeber zu erkennen geben, daß der Arbeitnehmer auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch zu anderen Bedingungen Wert legt und welchen anderen Arbeitsplatz der Arbeitnehmer für geeignet hält. Ein Interesse des Klägers, zumindest vorübergehend als Mixer weiterbeschäftigt zu werden, konnte die Beklagte zwei Umständen entnehmen: Sie hatte dem Kläger bereits mehrfach angeboten, als Mixer tätig zu werden; damit hielt sie diesen Wechsel des Arbeitsplatzes offenbar im betrieblichen Interesse für erwünscht, jedenfalls für möglich. Nachdem der Kläger wegen Entziehung des Führerscheins nicht mehr als Kraftfahrer eingesetzt werden konnte, mußte sich ihr die Überlegung aufdrängen, den Kläger erneut auf diese Versetzung anzusprechen. Aus dem früheren Wunsch des Klägers, seine Tätigkeit als Fahrer fortzusetzen, konnte sie nicht ohne weiteres schließen, daß er auch nach dem Verlust des Führerscheins nicht bereit



sein würde, eine andere geeignete und zumutbare Tätigkeit auszuüben. Darauf hat sich die Beklagte im Prozeß auch nicht berufen. Einen zusätzlichen Anlaß, den Kläger als Mixer einzusetzen, wenn ein Arbeitsplatz frei war, hatte die Beklagte deswegen, weil der stellvertretende Vorsitzende des Betriebsrats im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG ausdrücklich angefragt hatte, ob der Kläger nicht anderweitig weiterbeschäftigt werden könne.

Unter diesen Umständen reicht es aus, daß der Kläger sich in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 1. April 1975 auf einen möglichen Einsatz als Mixer berufen hat, nachdem die Beklagte im Gutetermin am 6. März 1975 geltend gemacht hatte, der Kläger habe ohne Führerschein nicht weiterbeschäftigt werden können.

4. Es kommt somit darauf an, ob bei der Beklagten im Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung (22. Januar 1975) Arbeitsplätze für Mixer frei waren.

a) Das Landesarbeitsgericht hat dazu im Rahmen einer Hilfsbegründung ausgeführt, es müsse davon ausgegangen werden, daß die Beklagte keinen anderen Arbeitsplatz für den Kläger gehabt habe. Der vom Kläger behauptete mögliche Einsatz als Mixer sei von der Beklagten bestritten worden und der Kläger habe kein brauchbares Beweisangebot dafür gebracht, daß bei der Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigung ein geeigneter Arbeitsplatz frei gewesen sei. Er habe nur Beweis dafür angetreten, daß ihm früher mehrfach eine Tätigkeit als Mixer angeboten worden sei. Daraus ergebe sich nicht zwingend, daß die Beklagte eine solche Arbeit stets zu vergeben habe und dies insbesondere zum Zeitpunkt der Kündigung möglich gewesen sei.

b) Auch mit dieser Begründung ist das angefochtene Urteil nicht zu halten, weil sie auf einer Verkennung der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB beruht. Der Vertragspartner, der eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, gleichgültig ob Arbeit-



geber oder Arbeitnehmer, muß die tatsächlichen Voraussetzungen des wichtigen Grundes darlegen und erforderlichenfalls beweisen. Das gilt nicht nur für den eigentlichen Kündigungssachverhalt, sondern für alle Umstände, die im Rahmen der Interessenabwägung für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sprechen (vgl. BAG 2, 333 [339] = AP Nr. 8 zu § 626 BGB; BAG AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu II 2 der Gründe]; Grunsky, ZfA 1977, 167 [174]; Monjau, RdA 1959, 366 [367]; Sieg, RdA 1962, 137 [138]). Die Darlegungs- und Beweislast ist nicht so aufzuteilen, daß der Kündigende nur die den Gekündigten im Rahmen der Interessenabwägung belastenden Umstände und der Gekündigte die für ihn günstigen Tatsachen darlegen und beweisen müßte (vgl. zu der entsprechenden Lage bei der ordentlichen Kündigung BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969).

Zu den Umständen, die von der Beklagten zu beweisen sind gehört damit auch das von ihr behauptete Fehlen von freien Arbeitsplätzen, auf die der Kläger nach seiner Darstellung hätte versetzt werden können. Bei richtiger Verteilung der Beweislast hätte das Landesarbeitsgericht somit den von der Beklagten angetretenen Beweis für ihre Behauptung erheben müssen, es seien keine anderen Arbeitsplätze unbesetzt gewesen.

IV. Da die unterlassene Beweisaufnahme nachzuholen ist, war die Sache zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Wenn aufgrund der Beweiserhebung festgestellt werden sollte, daß eine Versetzung des Klägers auf einen freien Arbeitsplatz nicht möglich war, wird das Landesarbeitsgericht seine nicht vollständige Interessenabwägung zu ergänzen haben. Es wird insbesondere prüfen müssen, ob der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der verhältnismäßig kurzen Kündigungsfrist von zwölf Werktagen deshalb zumutbar war, weil der Kläger am 13. Januar 1975 erkrankt ist und seine Arbeitsunfähigkeit möglicherweise bis zum Ende der Kündigungsfrist andauert hat. Von Bedeutung kann dabei auch sein, ob die Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit dem am

gez.: Dr. Gröninger, Hillebrecht Roeper
zugleich für Herrn Dr. Peppler,
der wegen Erkrankung an der
Unterschrift verhindert ist. Thieß

