

Aktenzeichen: 2 AZR 688/09
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 28. Oktober 2010
- 2 AZR 688/09 -

I. Arbeitsgericht
Saarbrücken

Urteil vom 9. September 2008
- 64 Ca 1/08 -

II. Landesarbeitsgericht
Saarland

Urteil vom 16. September 2009
- 2 Sa 116/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Änderungskündigung - tarifliche Unkündbarkeit

Gesetze:

BGB § 626; KSchG §§ 2, 4 Satz 2, § 13 Abs. 1 Satz 2; TVöD § 34

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 688/09
2 Sa 116/08
Landesarbeitsgericht
Saarland

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Oktober 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Falke für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Saarland vom 16. September 2009
- 2 Sa 116/08 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung. 1

Der 1961 geborene Kläger ist seit 1979 bei dem beklagten Landkreis beschäftigt, seit November 1983 als Schwimmmeister. Er wurde während der Badesaison in dem von dem beklagten Landkreis betriebenen Freizeitzentrum „B“ eingesetzt. Während des restlichen Jahres war er bei gleicher Vergütung auf dem Bauhof des Freizeitentrums tätig. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der Bundes-Angestellentarifvertrag (BAT) Anwendung. Der Kläger wurde gemäß der Anlage 1a VKA nach dem Tarifvertrag für Schwimmmeister und Schwimmmeistergehilfen vergütet. 2

Nachdem der BAT durch den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) abgelöst worden war, erhielt der Kläger eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 8 TVöD, die sich zuletzt auf 2.549,87 Euro brutto monatlich belief. 3

Der Betriebsarzt hatte mehrfach empfohlen, den Kläger nicht mehr als Schwimmmeister einzusetzen. Am 23. März 2007 stellte der amtsärztliche Dienst des beklagten Landkreises fest, dass der Kläger an chronischen Erkrankungen des Herz- und Kreislauf- sowie des Stoffwechselsystems leide und eine ausgeprägte Adipositas vorliege. Es seien umfangreiche medikamentöse Therapien erforderlich. Unter Berücksichtigung der Tätigkeit in einer Rettungswache und der bestehenden Risikofaktoren sei aus betriebsärztlicher Sicht „die gesundheitliche Eignung zum Retten Ertrinkender auf Dauer nicht mehr gegeben“. 4



Nach Beteiligung des Personalrats kündigte der beklagte Landkreis das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 zum 30. Juni 2008 und bot ihm eine ganzjährige Beschäftigung auf dem Bauhof des Freizeitentrums bei einer - reduzierten - Vergütung nach Entgeltgruppe 3 TVöD.

5

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat die Änderungskündigung für unwirksam gehalten. Er hat geltend gemacht, er sei weiterhin gesundheitlich zur Rettung Ertrinkender geeignet. Er habe 2006 und 2007 den Rettungsschwimmertest bestanden und das deutsche Rettungsschwimmerabzeichen in Silber erworben. Im Übrigen habe ihn der beklagte Landkreis selbst bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach § 34 Abs. 2 TVöD auf einem anderen - angemessenen - Arbeitsplatz bei gleichbleibender Bezahlung weiterbeschäftigen müssen. Einer Vergütung nach Entgeltgruppe 3 stehe § 55 BAT entgegen, der lediglich die Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe zulasse. Die Regelung in § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT gelte nach § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD fort.

6

Der Kläger hat beantragt

7

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß dem Schreiben vom 20. Dezember 2007 rechtswirksam ist.

Der beklagte Landkreis hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die ausgesprochene Änderungskündigung für rechtswirksam gehalten. Der Kläger habe das geänderte Vertragsangebot schon nicht rechtzeitig unter Vorbehalt angenommen. § 34 Abs. 2 TVöD verbiete die außerordentliche Kündigung nicht. Der Kläger könne seine bisherige Tätigkeit als Schwimmmeister nicht mehr ausüben, er sei zur Rettung von Ertrinkenden gesundheitlich auf Dauer nicht mehr in der Lage. Eine Rückstufung des Klägers in die Entgeltgruppe 3 TVöD sei gerechtfertigt, da er im Bauhof nur noch Hilfsarbeitertätigkeiten ausübe.

8



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der den Senat bindenden Feststellungen (§ 559 Abs. 2 ZPO) die Änderungskündigung zu Recht für wirksam erachtet.

10

I. Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, dass es sich bei dem vorliegenden Rechtsstreit um eine Änderungskündigungsschutzklage entsprechend §§ 2, 4 Satz 2 KSchG handelt.

11

1. Der entsprechenden Anwendung der §§ 2, 4 Satz 2 KSchG auf außerordentliche Änderungskündigungen steht nicht entgegen, dass § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG keine Verweisung auf § 2 KSchG enthält (*Senat 19. Juni 1986 - 2 AZR 565/85 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 16 = EzA KSchG § 2 Nr. 7*). Zwar ist in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung des § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine Verweisung auf §§ 2, 4 Satz 2 KSchG erneut nicht erfolgt. Der Zweck des § 2 KSchG verlangt aber danach, dass der Arbeitnehmer die Wirksamkeit auch einer außerordentlichen Änderungskündigung gerichtlich überprüfen lassen kann, ohne zugleich den Verlust des Arbeitsplatzes insgesamt riskieren zu müssen (*KR-Rost 9. Aufl. § 2 KSchG Rn. 32*).

12

2. Die Auslegung (§§ 133, 157 BGB) des Schreibens des Beklagten vom 20. Dezember 2007 ergibt, dass darin eine Änderungskündigung iSv. § 2 Satz 1 KSchG ausgesprochen wurde. Es wurde die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklärt verbunden mit einem Angebot zu dessen Fortsetzung zu geänderten Bedingungen. Im ersten und drittletzten Absatz des Schreibens ist ausdrücklich von einer „Änderungskündigung“ die Rede. Aus dem Zusammenhang des Schreibens wird zudem erkennbar, dass der beklagte Landkreis das auf Seite 2

13



wiedergegebene, dem Kläger bereits zuvor in einem Gespräch unterbreitete Änderungsangebot aufrechterhielt.

3. Es kann dahinstehen, ob der Kläger das Änderungsangebot rechtzeitig unter Vorbehalt gemäß § 2 Satz 1 KSchG angenommen hat. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Annahme bei einer außerordentlichen Änderungskündigung mit Auslauffrist unverzüglich erklärt werden muss, oder, wie bei einer ordentlichen Kündigung, lediglich innerhalb der Frist gemäß § 2 Satz 2 KSchG. Der Beklagte hat sich jedenfalls nachträglich auf eine möglicherweise verspätete Erklärung eingelassen. 14

a) Erklärt der Arbeitnehmer die Annahme unter Vorbehalt nicht fristgerecht, ist die verspätete Erklärung nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrags unter Vorbehalt zu verstehen. Dieses kann der Arbeitgeber seinerseits annehmen. Der Arbeitgeber kann sich folglich auch nachträglich auf eine verspätete Annahme unter Vorbehalt einlassen (*Senat 17. Juni 1998 - 2 AZR 336/97 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 89, 149*). 15

b) Dies ist hier geschehen. Spätestens aufgrund ihrer übereinstimmenden Erklärung während der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 16. September 2009 bestand zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass das Arbeitsverhältnis, falls der Kläger mit seiner Klage keinen Erfolg haben sollte, über den 30. Juni 2008 hinaus zu den Bedingungen fortbestünde, die sich aus dem Änderungsangebot vom 20. Dezember 2007 und dem - ebenfalls unter Vorbehalt geschlossenen - Arbeitsvertrag vom 18. September 2008 ergäben. 16

II. Die Änderungskündigung ist nicht mangels hinreichender Bestimmtheit des Änderungsangebots rechtsunwirksam. Auch die Schriftform gemäß § 623 BGB ist gewahrt. 17

1. Das Änderungsangebot muss so konkret gefasst sein, dass es der Arbeitnehmer ohne weiteres annehmen kann. Dies muss bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung der Fall sein. Eine spätere Klarstellung durch den Arbeitgeber reicht nicht aus (*Senat 15. Januar 2009 - 2 AZR 641/07 - Rn. 16, 20, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 141*). Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB 18



erstreckt sich auch auf das Änderungsangebot. Dieses ist Bestandteil der Kündigung. Der Inhalt des Änderungsangebots muss im Kündigungsschreiben zumindest hinreichenden Anklang finden (sog. Andeutungstheorie). Dabei sind ggf. auch außerhalb des Schreibens liegende Umstände zur Auslegung der Erklärung heranzuziehen und zu berücksichtigen (*Senat 16. September 2004 - 2 AZR 628/03 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 112, 58*).

2. Dem Schreiben des Beklagten vom 20. Dezember 2007 ist hinreichend deutlich zu entnehmen, dass das Änderungsangebot eine ganzjährige Tätigkeit des Klägers auf dem Bauhof zum Gegenstand hatte, wo der Kläger außerhalb der Badesaison schon in der Vergangenheit tätig war. Die Vergütung sollte sich nach Entgeltgruppe 3 TVöD richten, da es sich um Hilfsarbeitertätigkeiten handele, welche ohne erlernten handwerklichen Beruf ausgeübt werden könnten. Damit sind der Inhalt der Tätigkeit und die Höhe der Vergütung hinreichend bestimmt, die übrigen Arbeitsbedingungen ergaben sich aus den schon bisher auf das Arbeitsverhältnis des Klägers anwendbaren Tarifregelungen. 19
- III. Die Änderungskündigung ist nicht wegen Verstoßes gegen § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD iVm. § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT unwirksam. 20
1. Nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT konnte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers unter bestimmten Voraussetzungen zum Zwecke der Herabgruppierung um lediglich eine Vergütungsgruppe kündigen, wenn der Angestellte dauerhaft außerstande war, diejenigen Arbeitsleistungen zu erfüllen, für die er eingestellt wurde. 21
2. Diese Regelung fand zum Kündigungszeitpunkt keine Anwendung mehr. 22
- a) § 55 BAT wurde mit Wirkung zum 1. Oktober 2005 durch § 34 TVöD abgelöst. § 34 TVöD sieht eine mit § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT vergleichbare Regelung nicht mehr vor. 23



- b) § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT ist auch nicht wegen § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD weiter anwendbar. Nach dieser Bestimmung „verbleibt es dabei, soweit Beschäftigte nach den bis zum 30. September 2005 geltenden Tarifregelungen unkündbar waren“. 24
- aa) Nach § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD „verbleibt“ es insoweit nur bei der „tariflichen Unkündbarkeit“ als solcher, nicht auch bei deren einzelnen Modalitäten. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut von § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD als auch aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang. Die tarifliche Verschlechterung des Sonderkündigungsschutzes begegnet unter Vertrauensschutzerwägungen keinen Bedenken (*zur Begründung im Einzelnen vgl. Senat 27. November 2008 - 2 AZR 757/07 - Rn. 13 - 22, BAGE 128, 308*). 25
- Damit ist auch § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT nicht mehr anzuwenden (*ebenso wohl Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand August 2010 § 34 TVöD Rn. 33; Bröhl ZTR 2006, 174, 179; Eylert PersR 2007, 92, 99; Fritz ZTR 2006, 2, 10; Görg/Guth/Hamer/Pieper-Guth TVöD § 34 Rn. 80; Guth PersR 2008, 313, 316; aA, ebenso wie für § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 BAT: Hock, ZTR 2005, 558, 561*). Die Bestimmung hat ebenfalls lediglich eine weitere Modalität tariflicher Unkündbarkeit zum Gegenstand. 26
- bb) Aus Satz 4 der Protokollerklärung zum 3. Abschnitt (Besitzstandsregelungen) des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts vom 13. September 2005 (TVÜ-VKA) ergibt sich nichts anderes. Darin ist bestimmt, dass ua. § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 2 BAT in seinem „bisherigen Geltungsbereich“ unberührt bleibt. § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT ist nicht aufgeführt. Dies zeigt, dass die Modalitäten der Unkündbarkeit nicht bereits nach § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD weitergelten. Anderenfalls hätte es der ausdrücklichen Anordnung der Weitergeltung von § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 2 BAT nicht bedurft (*Görg/Guth/Hamer/Pieper-Guth TVöD § 34 Rn. 80*). 27



- Nach dem weiter anzuwendenden § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 2 BAT 28
ist die Kündigung ausgeschlossen, wenn die Leistungsminderung Folge eines
Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit iSv. §§ 8, 9 SGB VII ist oder auf einer
durch die langjährige Beschäftigung verursachten Abnahme der körperlichen
oder geistigen Kräfte und Fähigkeiten beruht. Diese Voraussetzungen liegen im
Streitfall nicht vor.
- cc) Entgegen der Auffassung des Klägers lässt sich für eine Fortgeltung 29
von § 55 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 BAT nichts aus dem ersten und dem letzten
Satz der Protokollerklärung zum 3. Abschnitt des TVÜ-VKA ableiten. Der darin
enthaltene Hinweis auf noch nicht abgeschlossene Verhandlungen zur Überlei-
tung der Entgeltsicherung bei Leistungsminderung betrifft nicht die Regelungen
zur Unkündbarkeit in § 55 BAT, sondern die bei Arbeitsunfall und Berufskrank-
heit nach § 56 BAT zu zahlende Ausgleichszulage.
- IV. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Änderungskündigung 30
vom 20. Dezember 2007 sei durch einen wichtigen Grund im Sinne des § 34
Abs. 2 Satz 1 TVöD gerechtfertigt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
1. Gemäß § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD konnte der Beklagte das Arbeitsver- 31
hältnis des Klägers, der im Kündigungszeitpunkt das 40. Lebensjahr vollendet
hatte und länger als 15 Jahre bei ihm beschäftigt war, nur aus einem wichtigen
Grund kündigen. Eine ordentliche Kündigung war ausgeschlossen. Der Aus-
schluss der ordentlichen Kündigung gemäß § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD gilt auch
für eine Änderungskündigung (*Bepler/Böhle/Meerkamp/Stöhr-Eylert TVöD
Stand Juni 2010 § 34 TVöD-AT Rn. 23*). Mit dem Begriff des „wichtigen Grun-
des“ knüpft die tarifvertragliche Bestimmung an die gesetzliche Regelung des
§ 626 Abs. 1 BGB an (*vgl. Senat 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 12,
AP BGB § 626 Nr. 225 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 16;
27. November 2003 - 2 AZR 601/02 - zu B I 5 der Gründe mwN, AP BGB § 626
Krankheit Nr. 11 = EzA BGB 2002 § 626 Krankheit Nr. 1*). Bei einer derartigen
Bezugnahme gilt zugleich § 626 Abs. 2 BGB, wonach die außerordentliche
Kündigung nur innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen erklärt werden



kann (Senat 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 12, aaO; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - zu II 4 der Gründe, BAGE 88, 10).

a) Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Änderungskündigung setzt voraus, dass die alsbaldige Änderung der Arbeitsbedingungen unabweisbar notwendig ist und die geänderten Bedingungen dem gekündigten Arbeitnehmer zumutbar sind (Senat 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 80, 185). Auch vom Arbeitnehmer nicht zu vertretende Umstände in seiner Person können geeignet sein, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (Senat 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 24, AP BGB § 626 Nr. 225 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 16). Ein wichtiger Grund kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von Umständen, die in seiner Sphäre liegen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung auf unabsehbare Dauer nicht mehr in der Lage ist. Darin liegt regelmäßig eine schwere und dauerhafte Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses, der der Arbeitgeber, wenn keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen, mit einer außerordentlichen Kündigung begegnen kann (Senat 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 24, aaO; 5. Juni 2008 - 2 AZR 984/06 - Rn. 27 mwN, AP BGB § 626 Nr. 212 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 22), wenn eine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht, mit einer außerordentlichen Änderungskündigung. Ist die ordentliche Kündbarkeit tariflich ausgeschlossen, kann eine außerordentliche Kündigung mit einer der ordentlichen Kündigung entsprechenden Auslauffrist berechtigt sein (Senat 27. November 2003 - 2 AZR 601/02 - zu B I 5 b der Gründe mwN, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 11 = EzA BGB 2002 § 626 Krankheit Nr. 1; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - zu II 3 der Gründe, BAGE 96, 65).

b) Im Fall eines tariflich unkündbaren Arbeitnehmers kommt der Verpflichtung des Arbeitgebers, die Kündigung - wenn möglich - durch andere Maßnahmen abzuwenden, eine besondere Bedeutung zu. Der Arbeitgeber hat zur Vermeidung einer Kündigung alle in Betracht kommenden Beschäftigungs- und Einsatzmöglichkeiten von sich aus umfassend zu prüfen und eingehend zu sondieren (Senat 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 35, AP BGB § 626 Nr. 225 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 16; 23. März 1972 - 2 AZR

32

33



216/71 - zu 2 der Gründe, BAGE 24, 222). Aus dem Vorbringen des Arbeitgebers muss erkennbar sein, dass er auch unter Berücksichtigung der besonderen Verpflichtungen alles Zumutbare unternommen hat, um eine Kündigung zu vermeiden (vgl. für eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung Senat 18. Mai 2006 - 2 AZR 207/05 - Rn. 25, AP BAT § 55 Nr. 5 = EzA KSchG § 2 Nr. 60; 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 29, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 84 = EzA KSchG § 2 Nr. 58). Ist der Arbeitnehmer ordentlich unkündbar, kann der Arbeitgeber im Einzelfall verpflichtet sein, zur Vermeidung einer außerordentlichen Änderungskündigung einen gleichwertigen Arbeitsplatz freizukündigen (vgl. Senat 18. Mai 2006 - 2 AZR 207/05 - Rn. 28, aaO). Hingegen muss auch der öffentliche Arbeitgeber grundsätzlich nicht versuchen, zur Vermeidung einer Änderungskündigung eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bei einem anderen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zu erreichen (vgl. Senat 18. Mai 2006 - 2 AZR 207/05 - Rn. 34, aaO).

c) Ob der Arbeitnehmer in eine ihm angesonnene Änderung billigerweise einwilligen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln (Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 143 = EzA KSchG § 2 Nr. 75; 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - Rn. 30, EzA KSchG § 2 Nr. 66). Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle angebotenen Änderungen vorliegen. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung. Die angebotenen Änderungen dürfen sich von deren Inhalt nicht weiter entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist (Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 18, aaO; 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 84 = EzA KSchG § 2 Nr. 58). Zumutbar ist eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen dem Arbeitnehmer insbesondere dann, wenn dies die einzige Möglichkeit darstellt, ihn überhaupt weiterzubeschäftigen (vgl. Senat 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 34, aaO; 27. September 2001 - 2 AZR 487/00 - zu II 2 d der Gründe, EzA KSchG § 15 nF Nr. 54).

34



- d) Wenn neben der Tätigkeit auch die Vergütung des Arbeitnehmers geändert werden soll, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. 35
- aa) Eine gesonderte Rechtfertigung des Vergütungsangebots ist nur dann entbehrlich, wenn dieses sich aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt (*Senat 27. November 2008 - 2 AZR 757/07 - Rn. 31, BAGE 128, 308; 29. November 2007 - 2 AZR 388/06 - Rn. 41, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 136 = EzA KSchG § 2 Nr. 69*). In einem solchen Fall ist eine Aufspaltung des Änderungsangebots in die Veränderung der Tätigkeit einerseits und deren Vergütung andererseits aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Die neue Tätigkeit ist einer bestimmten Entgeltgruppe zugeordnet, so dass sich ihre Vergütung „automatisch“ ergibt. Ist die Veränderung der Tätigkeit als solche unabweisbar und daher geeignet, eine darauf gerichtete außerordentliche Änderungskündigung zu rechtfertigen, so gilt dies auch hinsichtlich der Änderung der Eingruppierung (*Senat 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - zu B II 2 a bb der Gründe, BAGE 80, 185*). Dem Arbeitgeber ist es in diesen Fällen regelmäßig nicht zumutbar, lediglich die Tätigkeit des Arbeitnehmers den neuen Gegebenheiten anzupassen und es bei der bisherigen - nunmehr übertariflichen - Bezahlung zu belassen (*Senat 17. März 2005 - 2 ABR 2/04 - zu B II 4 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 59*). 36
- bb) Maßgeblich ist, ob die geänderte Tätigkeit tatsächlich entsprechend einer Tarifautomatik vergütet wird oder nicht. Hat der Arbeitgeber zwar die bisherige Tätigkeit übertariflich entlohnt, vergütet er die geänderte Tätigkeit aber generell nur tariflich, gebietet es der Änderungskündigungsschutz nicht, dem von der Änderungskündigung betroffenen Arbeitnehmer auch für die geänderte Tätigkeit eine - wie auch immer bemessene - übertarifliche Vergütung zu zahlen. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn sich die geänderte Vergütung nicht aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt (*vgl. Löwisch SAE 2007, 49, 50*). 37



2. Gemessen daran war die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß der Kündigung des Beklagten vom 20. Dezember 2007 unabweisbar notwendig und sind die geänderten Bedingungen dem Kläger zumutbar. 38
- a) Das Landesarbeitsgericht hat für den Senat bindend festgestellt, dass der Kläger auf Dauer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als Schwimmmeister hat eingesetzt werden können. 39
- aa) Damit lag eine in der Sphäre des Klägers liegende schwere und dauerhafte Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses vor. Diese machte es dem Beklagten auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile unzumutbar, den Kläger auf Dauer als Schwimmmeister weiterzubeschäftigen. Dem Beklagten war es nicht zumutbar, eine Umverteilung der Aufgaben der Rettungsschwimmer in der Weise vorzunehmen, dass künftig nur die beiden Kollegen des Klägers für die Rettung Ertrinkender zuständig wären. Eine Aufgabentrennung in die reine Aufsicht einerseits und die Rettung Ertrinkender andererseits war weder sachlich sinnvoll noch personell umsetzbar. Insbesondere war eine Dienstplangestaltung, die neben dem Kläger immer mindestens einen weiteren Mitarbeiter des Rettungsdienstes vorsähe, nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht möglich. Eine Möglichkeit, den Kläger an anderer Stelle gleichwertig zu beschäftigen, bestand ebenfalls nicht. 40
- bb) Dem Umstand, dass es für den Kläger im Jahr 2008 während der gesamten Badesaison wegen bestimmter Baumaßnahmen ohnehin keine Einsatzmöglichkeit als Schwimmmeister gegeben hätte, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht keine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen. Am dauerhaften Fehlen einer Eignung zum Einsatz als Schwimmmeister ändert es nichts, dass ein solcher Einsatz des Klägers vorübergehend noch aus einem weiteren Grund nicht möglich war. 41
- cc) Es bedarf keiner Entscheidung, ob auch eine fristlose Änderungskündigung gerechtfertigt gewesen wäre. Der Beklagte hat die Kündigung nicht fristlos, sondern unter Gewährung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist ausgesprochen. 42



- b) Der Beklagte hat dem Kläger nur solche Vertragsänderungen angeboten, die dieser billigerweise akzeptieren muss. 43
- aa) Die Änderung der Tätigkeit verstößt nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelt es sich bei der angebotenen Hilfsarbeiterstelle auf dem Bauhof um die einzige noch verbliebene Möglichkeit, den Kläger zu beschäftigen. Andere Alternativen kamen nicht in Betracht. Das Änderungsangebot war damit die einzige Möglichkeit, eine sonst erforderliche Beendigungskündigung zu vermeiden. 44
- bb) Die - wenn auch beträchtliche - Änderung der Vergütung ist vom Kläger hinzunehmen. Sie stellt sich nicht etwa als Lohnkürzung bei unveränderten Arbeitsaufgaben dar. Sie knüpft an die neue Tätigkeit an und entspricht dem für diese maßgeblichen Vergütungssystem. 45
- (1) Die Eingruppierung im Bereich der Kommunen richtet sich gemäß § 17 Abs. 1 TVÜ-VKA weiterhin nach §§ 22, 23 BAT, solange eine Entgeltordnung zum TVöD nicht vereinbart ist. Die vorläufige Zuordnung der bisherigen Vergütungsgruppen zu den neuen Entgeltgruppen ergibt sich aus Anlage 3 TVÜ-VKA. 46
- (2) Der Entgeltgruppe 3 TVöD sind nach Anlage 3 TVÜ-VKA ua. die bisher in Lohngruppe 2 mit Aufstieg nach Lohngruppe 3 oder 3a und die in Lohngruppe 3 mit Aufstieg nach Lohngruppe 3a eingereihten gewerblichen Tätigkeiten zugeordnet. Der Entgeltgruppe 4 TVöD entsprechen die bisher in Lohngruppe 4 mit Aufstieg nach Lohngruppe 4a und die in Lohngruppe 3 mit Aufstieg nach Lohngruppe 4 oder 4a eingereihten Tätigkeiten. 47
- (3) Die vom Kläger als Hilfsarbeiter im Bauhof auszuübenden Tätigkeiten unterfallen allenfalls der Lohngruppe 3 Fallgruppe 2 des maßgeblichen Lohngruppenverzeichnisses des Bezirkstarifvertrags Nr. 6 zum BMT-G II ohne Möglichkeit des Aufstiegs nach Lohngruppe 4 oder 4a. Eine Eingruppierung in Lohngruppe 4 oder in Lohngruppe 3 mit möglichem Aufstieg nach Lohngruppe 4 oder 4a setzt zumindest eine erfolgreich abgeschlossene Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf und die Beschäftigung in diesem oder einem verwandten Beruf voraus. Dass diese Voraussetzungen vorlägen, ist 48



vom Landesarbeitsgericht weder festgestellt noch von dem Kläger geltend gemacht.

(4) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Kläger mit einer Vergütung nach Entgeltgruppe 8 TVöD bislang tarifgerecht oder übertariflich entlohnt wurde. Selbst wenn die bisherige Vergütung übertariflich gewesen sein sollte, hätte der Beklagte dem Kläger nicht auch für die geänderte Tätigkeit eine übertarifliche Vergütung anbieten müssen. Maßgeblich ist vielmehr, dass sich die Vergütung für diese Tätigkeit aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt. Es ist weder festgestellt, noch macht der Kläger geltend, der Beklagte vergüte Hilfsarbeitertätigkeiten auf dem Bauhof übertariflich. 49

(5) Der Beklagte war auch im Hinblick auf die beträchtliche Differenz zwischen der bisherigen und der neuen Vergütung des Klägers nicht verpflichtet, diesem eine weniger einschneidende Änderung oder eine Übergangsregelung anzubieten. Die Existenz eines kollektiven Vergütungssystems lässt für den Arbeitgeber - zumal im öffentlichen Dienst - eine andere als die sich aus diesem ergebende Vergütung grundsätzlich nicht zu. Der Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit ist zudem nicht aufgrund bestimmter unternehmerischer Entscheidungen eingetreten, sondern beruht allein auf Gründen in der Person des Klägers. 50

3. Der Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Bei dem für die Änderungskündigung maßgeblichen Mangel der Eignung des Klägers für die bisherige Tätigkeit handelt es sich um einen sog. Dauertatbestand. Für die Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist es ausreichend, dass dieser Tatbestand auch noch in den letzten beiden Wochen vor Ausspruch der Kündigung vorgelegen hat (*vgl. Senat 21. März 1996 - 2 AZR 455/95 - zu II 1 b der Gründe, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 8 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 10*). 51



V. Als unterlegene Partei hat der Kläger gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die 52
Kosten der Revision zu tragen.

Kreft

Schmitz-Scholemann

Rachor

Söller

Torsten Falke

