

Aktenzeichen: 2 AZR 912/78

LAG Düsseldorf

Urteil des BAG vom 19. Juli 1979

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: ZPO § 551; ArbGG § 39; GG Art. 101; KSchG 1969 § 1;
BGB § 620 Änderungskündigung

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 912/78

8 Sa 75/78 Düsseldorf

Verkündet am
19. Juli 1979

gez. Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juli 1979 durch den Richter Dr. Gehring als Vorsitzenden, den Richter Triebfürst und den Vorsitzenden Richter Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Meyer-Estorf und Thieß für Recht erkannt:

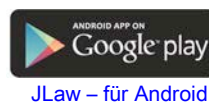
1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. Juni 1978 - 8 Sa 75/78 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer fristgerechten Änderungskündigung.

Die am 3. Juni 1951 geborene und unverheiratete Klägerin war bei der Beklagten seit dem 1. März 1976 gegen ein monatliches Bruttogehalt von 2.000,-- DM als Verkaufskosmetikerin angestellt. Die Beklagte beschäftigt 950 Mitarbeiter, davon 350 Verkaufskosmetikerinnen. Die Beklagte hat Verträge mit Warenhäusern geschlossen, aufgrund deren sie ihre Erzeugnisse liefert und ihren Vertragspartnern auf Verlangen Verkaufskosmetikerinnen stellt. Diese Kosmetikerinnen verkaufen in den Warenhäusern die Produkte der Beklagten im Namen und für Rechnung des betreffenden Hauses. Die Warenhäuser beteiligen sich auch nach bestimmten Umsatzstaffelungen an den sonst von der Beklagten getragenen Gehaltskosten. Von einem bestimmten Umsatz ab entfallen die Kostenbeteiligungen. Die Klägerin war während ihrer Tätigkeit bei der Beklagten in der Ka -Filiale in K eingesetzt.

Im Anstellungsvertrag der Klägerin ist folgende Klausel enthalten:

"Für den Fall, daß Ihr Einsatz auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz vorübergehend oder dauernd nicht mehr möglich ist bzw. eine Versetzung betrieblich notwendig wird, besteht Übereinstimmung darüber, daß wir Sie Ihren Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechend auch in ein anderes Haus versetzen können."

Mit Schreiben vom 29. Juli 1977 teilte die Ka -
Filiale in K der Beklagten folgendes mit:

"Ihre Demonstrantin Frl. Carmen H

Sehr geehrter Herr P ,

wir beziehen uns auf das soeben geführte Telefonat sowie auf die diversen Schreiben und Gespräche mit Frau S , Frau M ,
Herrn W und Herrn Hi in den vergangenen Monaten.

Die Leistungen Fräulein H 's entsprechen absolut nicht unseren gemeinsamen Vorstellungen, wie die negative Umsatzkurve zeigt.

- 3 -



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



- 3 -

Anfang Juli d.J. äußerte Fr. H in einem Gespräch mit Herrn G, Geschäftsführer des Kaufhauses K, H Strasse, daß sie keinen Spaß habe, in unserem Haus zu arbeiten. Herr G legte ihr nahe, dann die Konsequenzen zu ziehen, worauf Fr. H antwortete, daß sie leider erst drei Monate Kündigungsfrist einhalten müßte.

Anfang dieser Woche fragte dann Fr. H für den 28.7. um einen zusätzlichen freien Tag, der ihr noch zustand. Aufgrund der derzeitigen schwachen Besetzung - bedingt durch Krankheit - konnten wir dem Wunsche nicht entsprechen. So bekam Fr. H am 27.7. nachmittags Fieber und erschien am 28.7. nicht. Sie meldete sich weder bei uns krank noch befand sie es für notwendig, sich heute, am 29.7., zu entschuldigen bzw. sich zurück zu melden.

Sicherlich gehen Sie mit uns einig, daß eine derartige Mitarbeiterin für Sie und uns untragbar ist. Nachdem wir über ein Jahr uns in Geduld übten, stellen wir Ihnen Fr. H per sofort zur Verfügung."

Daraufhin erklärte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 16. August 1977 eine Änderungskündigung. Das Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Änderungskündigung

Sehr geehrtes Fräulein H, das Kaufhaus K teilt uns mit Schreiben vom 29.7.1977 mit, daß die Voraussetzungen für eine weitere Zusammenarbeit mit Ihnen nicht mehr gegeben sind, und man stellt Sie uns zur Verfügung. Wir kündigen daher das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis als Verkaufskosmetikerin für das Kaufhaus K zum

30. September 1977.

Gleichzeitig bieten wir Ihnen im Zusammenhang mit dieser Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei einem der nachstehend aufgeführten Kaufhäuser zu den gleichen Bedingungen an:

Sch	, Bruchsal
Ka	, Hamburg-Poppenbüttel
Kar	, Celle
Ka	, Grevenbroich
He	, Freiburg



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 4 -

- 4 -

Wir bitten Sie, uns bis spätestens 9. September 1977 Ihre Entscheidung bekanntzugeben, damit wir personell disponieren können."

Die Klägerin hält die Änderungskündigung für sozialwidrig und erstrebt die Feststellung ihrer Rechtsunwirksamkeit.

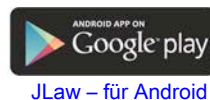
Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die Umsatzentwicklung der Klägerin bei der Ka -Filiale sei rückläufig gewesen. Im Verhältnis zu ihrer Vorgängerin sei der Umsatz erheblich gefallen. Deshalb habe der Ka die Ablösung der Klägerin verlangt. Dieser Umsatzrückgang stelle einen sachlichen Grund dar, der die Ablösung der Klägerin in K rechtfertige, zumal die Beklagte sich eine Versetzung im Arbeitsvertrag ausdrücklich vorbehalten habe. Darüber hinaus hat die Beklagte geltend gemacht, die Klägerin habe am 28./ 29. Juli 1977 unentschuldigt gefehlt. Hierbei habe berücksichtigt werden müssen, daß die Klägerin für den 28. Juli erfolglos um Urlaub gebeten habe. Nach der Ablehnung ihres Wunsches sei sie dann am 28. und 29. Juli 1977 der Arbeit fern geblieben. Eine Entschuldigung sei weder gegenüber dem Ka noch gegenüber der Beklagten erfolgt. Nachdem der Ka die Klägerin nicht mehr im Hause habe sehen wollen, sei der Beklagten nichts anderes übrig geblieben, als mit einer Änderung des Vertrages den Einsatzort der Klägerin zu wechseln. Gegen den Willen des jeweiligen Einsatzhauses könne sie Kosmetikerinnen in dessen Verkaufsständen nicht beschäftigen.

Die Klägerin hat die Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten bestritten und geltend gemacht, der Umsatzrückgang im Jahre 1977 sei nur geringfügig gewesen und habe seine Ursache jedenfalls nicht in unzureichenden Arbeitsleistungen ihrerseits. Der Vorwurf, sie habe am 28. Juli 1977 unentschuldigt gefehlt, sei unberechtigt. Schon am 27. Juli habe sie, was auch im Sanitätsraum des Ka festgestellt worden sei, Fieber gehabt. Deswegen sei es ihr am folgenden Tage nicht möglich gewesen, zum Dienst zu erscheinen. Sie habe sich durch ihren Verlobten sowohl im Ka als auch

- 5 -



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



- 5 -

im Personalbüro der Beklagten telefonisch entschuldigen lassen. Es sei Aufgabe der Beklagten im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht gewesen, sich schützend vor die Klägerin zu stellen und die Vorwürfe des Ka in einer Besprechung zu überprüfen. Wäre das geschehen, hätte sie feststellen können, daß die Vorwürfe unberechtigt gewesen seien. Die Beklagte habe sie aber nicht einmal zu den Kündigungsgründen angehört.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, ausreichende Gründe, die die von der Beklagten ausgesprochene Änderungskündigung rechtfertigen könnten, lägen nicht vor. Der von der Beklagten behauptete Umsatzrückgang reiche als Kündigungsgrund nicht aus. Es sei schon nicht ausreichend dargelegt, daß wirklich ein eine Änderungskündigung rechtfertigender Umsatzrückgang vorgelegen habe. Außerdem fehle jedes Vorbringen der Beklagten zu der Frage, auf welchen Gründen der Umsatzrückgang beruhe. Schließlich fehle auch ein ausreichender Vortrag dahin, daß die Klägerin vor Ausspruch der Kündigung abgemahnt und daß ihr dabei klargemacht worden sei, ein weiterer Umsatzrückgang könne den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses gefährden. Auch das behauptete unentschuldigte Fehlen der Klägerin am 28. und 29. Juli 1977 stelle keinen Kündigungsgrund dar. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sich die Klägerin am 28. Juli 1977 ordnungsgemäß durch ihren Verlobten wegen Krankheit entschuldigen lassen. Auch das Schreiben der Firma Ka vom 29. Juli 1977 vermöge die Kündigung nicht zu rechtfertigen. Auch wenn die Beklagte im Ergebnis gegen den Wunsch des Ka nach Ablösung der Klägerin nichts unternehmen könne, habe dies die Beklagte noch nicht berechtigt, das Schreiben ohne nähere Prüfung zum Anlaß zu nehmen, der Klägerin eine Änderungskündigung auszusprechen. Aufgrund ihrer Fürsorgepflicht sei die Beklagte gehalten gewesen, die Klägerin anzuhören und bei der Firma Ka einen Vermittlungsversuch zu unternehmen.

Zur Berufungsverhandlung am 20. Juni 1978 hat die Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts die ehrenamtlichen Richter L und B geladen. Bei dieser Ladung



- 6 -

ist die im richterlichen Geschäftsverteilungsplan niedergelegte Regelung bei der Ladung der ehrenamtlichen Richter - Ladung in alphabetischer Reihenfolge der Namensliste - nicht beachtet worden, vielmehr wurden die ehrenamtlichen Richter nach der Reihenfolge ihrer Heranziehung zu den früheren Sitzungen geladen. Aufgrund der Verhandlung vom 20. Juni 1978 hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Es hat die der Klägerin ausgesprochene Änderungskündigung für sozial gerechtfertigt erachtet, weil der Beklagten ein weiterer Einsatz der Klägerin im Hause des Ka in K ohne dessen Zustimmung nicht möglich und weil das Verlangen des Ka nach Ablösung der Klägerin weder willkürlich noch rechtsmißbräuchlich gewesen sei.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin das Ziel ihrer Klage weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Der Senat hat eine dienstliche Äußerung des mit der Ladung der ehrenamtlichen Richter beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf - Kammern in Köln - betrauten Beamten über folgende Fragen eingeholt:

- 1) Nach welchen allgemeinen Richtlinien werden in der 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln die ehrenamtlichen Richter zu Sitzungen herangezogen?
- 2) Sind diese allgemeinen Richtlinien bei der Ladung der ehrenamtlichen Richter zur Sitzung vom 20. Juni 1978 beachtet worden?
- 3) Haben diese allgemeinen Richtlinien oder andere Umstände zur Ladung des ehrenamtlichen Richters L zur Sitzung vom 20. Juni 1978 geführt?
- 4) Welche Gründe waren dafür maßgeblich, daß zu der Sitzung vom 20. Juni 1978 für den verhinderten ehrenamtlichen Richter J der ehrenamtliche Richter B herangezogen worden ist?

Die dienstliche Äußerung, datierend vom 21. Dezember 1978, lautet wie folgt:

- 7 -



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



- zu 1) Nach dem richterlichen, durch Beschluß des Präsidiums des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 5.12.1977/26.4.1978 aufgestellten Geschäftsverteilungsplan für das Geschäftsjahr 1978, sind die ehrenamtlichen Richter des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf - Kammern in Köln - in alphabetischer Reihenfolge in die Liste der ehrenamtlichen Richter einzutragen und unter Berücksichtigung der wegen Verhinderung ausgefallenen zu laden.
- zu 2) Diese im richterlichen Geschäftsverteilungsplan niedergelegte Regelung ist bei der Ladung der ehrenamtlichen Richter zur Sitzung vom 20.6.1978 nicht beachtet worden.
- zu 3) Die ehrenamtlichen Richter L und B, letzterer nachdem die ehrenamtlichen Richter J und F
- zu 4) an einer Sitzungsteilnahme verhindert waren, sind vielmehr nach der Reihenfolge ihrer Heranziehung zu den früheren Sitzungen geladen worden. Diese Übung, die im Widerspruch zu der im richterlichen Geschäftsverteilungsplan niedergelegten Regelung steht und daher nicht mehr praktiziert wird, führte bereits zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 15.6.1976 - 8 Sa 534/75 - (2 AZR 568/76).

Der Inhalt dieser dienstlichen Äußerung ist den Parteien mitgeteilt worden und Gegenstand der Revisionsverhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet.

Die Kammer des Landesarbeitsgerichts, die die angefochtene Entscheidung getroffen hat, war - wie die Revision durchgreifend rügt - nicht vorschriftsmäßig besetzt, weil die ehrenamtlichen Richter L und B an der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 1978 nach § 39 ArbGG nicht hätten teilnehmen dürfen und durch ihre Mitwirkung zugleich die Parteien ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden sind (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Dieser unbedingte Revisionsgrund (§ 551 Nr. 1 ZPO) mußte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht führen.



- 8 -

Wegen der Einzelheiten der Begründung wird verwiesen auf das bei insoweit gleichgelagertem Sachverhalt ergangene Urteil des Senats vom 13. April 1978 - 2 AZR 568/76 -, durch das ebenfalls eine Entscheidung der 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf wegen des gleichen Rechtsfehlers aufgehoben werden mußte und das den Parteien dieses Rechtsstreits unter dem 9. Februar 1979 abschriftlich mitgeteilt worden ist.

Soweit die Revisionsbeklagte demgegenüber geltend macht, das von der Geschäftsstelle der 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf geübte Verfahren habe die im Geschäftsverteilungsplan niedergelegte Vertretungsregelung für ehrenamtliche Richter "überlagert und durch ständige Übung ersetzt", kann dem nicht gefolgt werden. Die im Geschäftsverteilungsplan angeordnete Regelung für die Ladung der ehrenamtlichen Richter war für die Geschäftsstelle verbindlich und konnte von ihr nicht stillschweigend durch eine andere Regelung ersetzt werden. Eine solche abweichende Übung vermochte insbesondere nicht zu einer wirksamen Änderung der Regelungen des Geschäftsverteilungsplanes zu führen (Abusus non tollit usum.).

Soweit die Revisionsbeklagte weiter geltend macht, es sei anzunehmen, daß der Kammervorsitzende die abweichende Übung durch die Geschäftsstelle gekannt und geduldet habe, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Kammervorsitzende die durch Präsidiumsbeschuß vom 5. Dezember 1977/26. April 1978 getroffene Regelung der Ladung in alphabetischer Reihenfolge für seine nach § 39 ArbGG aufzustellende Liste übernommen hat. Jedenfalls sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die zwingend zu einer anderen Schlußfolgerung führen müßten.

gez.: Dr. Gehring Triebfürst Bichler
 Meyer-Estorf Thieß



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

