

Aktenzeichen: 2 AZR 967/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 28. August 2008
- 2 AZR 967/06 -

I. Arbeitsgericht
Wiesbaden

Urteil vom 7. September 2005
- 6 Ca 14/04 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 1. Juni 2006
- 9 Sa 1743/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Änderungskündigung - rechtskräftig verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur Umgruppierung

Gesetze:

KSchG § 2; BetrVG § 99

Leitsatz:

Hat wegen der Eingruppierung des Arbeitnehmers ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 BetrVG stattgefunden, kann sich der Arbeitgeber im Rechtsstreit über eine Änderungskündigung nicht auf die Maßgeblichkeit einer dem Ergebnis des durchgeführten Beschlussverfahrens widersprechenden Eingruppierung berufen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 967/06
9 Sa 1743/05
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. August 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und Eulen für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 1. Juni 2006 - 9 Sa 1743/05 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung. 1
- Die Beklagte betreibt eine Spielbank und beschäftigt regelmäßig mehr als zwanzig Arbeitnehmer. Es besteht ein Betriebsrat. 2
- Der 1962 geborene, verheiratete und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit dem 1. August 1987 bei der Beklagten als Croupier beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand im hier maßgeblichen Zeitraum der Tronc- und Gehaltstarifvertrag für die Arbeitnehmer der Gruppe A (TG-TV), ein zwischen der Beklagten und der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen (HBV), Landesbezirk Hessen, Frankfurt abgeschlossener Haustarifvertrag in der seit dem 1. Januar 2000 geltenden Fassung Anwendung. 3
- Im Mai 2002 absolvierte der Kläger einen Poker-Lehrgang. Ab 1. Juli 2002 wurde er in die Croupierstufe II TG-TV übernommen. Mit Schreiben vom 2. Juli 2003 beförderte ihn die Beklagte rückwirkend ab dem 1. Juli 2003 in die Croupierstufe I TG-TV, wonach der Kläger zuletzt ein monatliches Bruttogehalt von ca. 5.000,00 Euro erzielte. 4
- Die diesen Maßnahmen zugrunde liegenden Regelungen der §§ 5 und 6 TG-TV lauten auszugsweise wie folgt: 5

„§ 5 Stellenbeschreibung und Stellenbegrenzung

Die nachfolgend beschriebenen Tätigkeiten sind in der Regel in den Räumlichkeiten der Spielbank auszuüben. ...



Die nachfolgenden Tätigkeitsbeschreibungen sind nicht abschließend, sondern zeigen lediglich die Hauptaufgaben der jeweiligen Position.

...

I. Spieltechnisches Personal

...

7. **Croupier I + II:** Arbeitet am Spieltisch bei allen angebotenen Spielen und kann zur Aufsicht am Spieltisch und bei entsprechender Eignung vorübergehend in der Kasse eingesetzt werden.
8. **Croupier III - X:** Arbeitet am Spieltisch und kann bei entsprechender Eignung vorübergehend in der Kasse eingesetzt werden.

...

§ 6 Beförderungsrhythmus und -voraussetzungen

1. Grundvoraussetzung für eine Beförderung ist neben einer freien Planstelle nach § 5 die positive Beurteilung der Mitarbeiterleistung und/oder die Eignung im Hinblick auf die zu besetzende Position. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, können spieltechnische Mitarbeiter bis zum Erreichen der Croupierstufe I und Kassierer-Anfänger bis zum Erreichen der Kassierer-Anfängerstufe I in der Regel nach einem Jahr in die nächsthöhere Besoldungsstufe gemäß § 7 befördert werden, ...
2. In die Croupierstufe X kann nur übernommen werden, wer am Kessel des französischen Roulettes und am Black Jack einsetzbar ist, in die Croupierstufe V nur, wer darüberhinaus auch am American Roulette einsetzbar ist, in die Croupierstufe II nur, wer in allen angebotenen Spielen erfolgreich an einer Grundausbildung teilgenommen hat.“

§ 7 TG-TV ordnet den in § 5 I TG-TV beschriebenen Positionen eine unterschiedlich hohe Punktzahl zu. Diese bestimmt darüber, mit welchem Anteil die Mitarbeiter der Spielbank an der Verteilung des Troncaufkommens beteiligt sind.

6

Die §§ 5 und 6 TG-TV waren seit dem Jahr 1992 mehrfach geändert worden. § 6 TG-TV idF vom 6. Juli 1992 lautete auszugsweise wie folgt:

7



„§ 6 Beförderungsrhythmus und -voraussetzungen

1. Grundvoraussetzung für eine Beförderung ist neben einer freien Planstelle nach § 5 die positive Beurteilung der Mitarbeiterleistung und/oder die Eignung im Hinblick auf die zu besetzende Position.
...
2. In die Croupierstufe X kann nur übernommen werden, wer am Kessel des französischen Roulettes und am Black Jack einsetzbar ist, in die Croupierstufe V nur, wer darüber hinaus auch am American Roulette einsetzbar ist.
3. Spieltechniker innerhalb der Stufen Croupier V bis Souschef, die bei Inkrafttreten dieses Tarifvertrages nicht in allen angebotenen Spielen einsetzbar sind, behalten ihre Eingruppierung/Anteile und ihre Position, wenn sie bis zum 30.6.1993 die erforderlichen Qualifikationen nachgewiesen haben, andernfalls werden sie um einen Anteil zurückgestuft und behalten die dann erreichte Croupierstufe.
...“

Wegen aufgetretener Differenzen zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat über den Einsatz von Mitarbeitern beim neu eingeführten Poker-Spiel verständigten sich die Betriebsparteien in einer Einigungsstellensitzung vom 9. März 1995 auf eine Auslegung des § 6 Nr. 1 TG-TV dahingehend, „dass die Eignung im Hinblick auf die zu besetzende Position auch dann als erfüllt gilt, wenn der Mitarbeiter hinsichtlich des ua. angebotenen Spiels Poker die Grundausbildung erfolgreich absolviert hat, ohne dass er im Sinn des § 5 Ziff. 7 beim Poker auch praktisch eingesetzt worden ist bzw. wird“. Der Tarifvertrag sollte eine entsprechende Änderung erfahren.

8

Gemäß einer Tarifvereinbarung vom 30. Mai 1995 wurde sodann § 5 I Nr. 7 TG-TV mit Wirkung zum 1. Juni 1995 wie folgt gefasst:

9

- „7. Croupier I + II: Hat in allen angebotenen Spielen erfolgreich an einer Grundausbildung teilgenommen, arbeitet am Spieltisch und kann zur Aufsicht am Spieltisch und bei entsprechender Eignung vorübergehend in der Kasse eingesetzt werden.“



Am 11. April 1996 erfolgte eine erneute Überarbeitung des Tarifvertrags. § 6 Nr. 3 TG-TV wurde ersatzlos gestrichen. §§ 5 I Nr. 7 sowie § 6 Nr. 2 TG-TV wurden neu gefasst und entsprachen seitdem wörtlich den ab 1. Januar 2000 geltenden Regelungen. 10

Am 26. August 2003 legte der Kläger, der bereits zuvor mehrere Monate auf eigenen Wunsch wegen gesundheitlicher Probleme zur Schonung nicht am Pokertisch eingesetzt worden war, eine fachärztliche Bescheinigung vor, in der es ua. heißt: 11

„Nach Kontrolluntersuchung am 21.08.03 ist festzustellen, dass bezgl. der beruflichen Belastungen und nach fachorthopädischen Behandlungsmaßnahmen dringend darauf hinzuweisen ist, dass Herr A. Vorbeuge- und Rotationspositionen für die Gesamtwirbelsäule während seiner vornehmlich

sitzenden Tätigkeiten insbesondere am Pokertisch

zu vermeiden hat. Beschwerde- und insbesondere Behandlungsanfälligkeit ist möglicherweise unumgänglich.

...“

Hierauf beantragte die Beklagte am 15. September 2003 beim Betriebsrat die Zustimmung zur Versetzung des Klägers in den Tätigkeitsbereich der Croupierstufe III TG-TV und zur Umgruppierung in die Tarifstufe Croupier III TG-TV. Nachdem der Betriebsrat dies verweigerte, beantragte sie beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu den beabsichtigten personellen Maßnahmen. 12

Nach vorheriger Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten vorsorglichen Änderungskündigung kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 das Arbeitsverhältnis wie folgt: 13

„Sehr geehrter Herr A,

aus den Ihnen bekannten Gründen sind wir gezwungen, das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis vorsorglich für den Fall, dass die geplanten Maßnahmen - Versetzung in eine Tätigkeit gem. Tarifstufe Croupier III und Umgruppierung in die Tarifstufe Croupier III - nicht durch das Direktionsrecht gedeckt sein sollten, fristgemäß zum



30.06.2004 zu kündigen.

Wir bieten Ihnen gleichzeitig an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01.07.2004 unter nachstehender Änderung der Arbeitsbedingungen fortzusetzen:

- Tätigkeit gemäß dem Aufgabengebiet der Tarilstufe Croupier III (kein Einsatz am Pokertisch)
- Vergütung gemäß der Tarilstufe Croupier III mit 15 Anteilen pro Monat
- ansonsten unverändert.

“
...

Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung an. Am Montag, dem 12. Januar 2004, erhob er Änderungsschutzklage.

14

Im Verlauf des Kündigungsrechtsstreits hat das Hessische Landesarbeitsgericht (18. Kammer) durch - rechtskräftigen - Beschluss vom 26. April 2005 (18/4 TaBV 89/04) die Anträge der Arbeitgeberin auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten Versetzung und Umgruppierung abgewiesen. Dies hat es ua. damit begründet, für die Tätigkeit als Croupier in der Croupierstufe I TG-TV komme es auf einen Einsatz oder die Einsetzbarkeit am Pokertisch nicht an. Hinsichtlich des Poker-Spiels sei vielmehr ausreichend, dass der Croupier erfolgreich an einer Grundausbildung teilgenommen habe. Dies folge sowohl aus dem Wortlaut des § 6 Nr. 2 TG-TV wie auch aus der Tarifgeschichte. Die Eingruppierung richte sich auch in der Praxis nicht danach, ob die Croupiers tatsächlich beim Poker eingesetzt werden. So würden von den 68 Croupiers der Croupierstufe I TG-TV regelmäßig nur 20 beim Poker eingesetzt. Da weiterhin die Voraussetzungen für eine Eingruppierung in die Croupierstufe I TG-TV erfüllt seien, könne eine Rückgruppierung nicht auf die fehlende Einsetzbarkeit des Arbeitnehmers beim Spiel Poker gestützt werden.

15

Der Kläger hat zur Begründung seiner Änderungsschutzklage zuletzt vor allem geltend gemacht, aufgrund der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Beschlussverfahren sei die kollektivrechtliche Seite des

16



Kündigungsvorgangs geklärt und es könne keinerlei Wirksamkeit der Kündigung im einzelvertraglichen Bereich mehr geben.

Der Kläger hat beantragt,

17

festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 mit Wirkung zum 1. Juli 2004 gewünschten Änderungen der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt sind sowie das Arbeitsverhältnis über den 30. Juni 2004 hinaus unverändert fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

18

Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger erfülle infolge seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr die Voraussetzungen der Croupierstufen I und II TG-TV. Die gegenteilige Auffassung des Hessischen Landesarbeitsgerichts im Beschlussverfahren sei rechtsfehlerhaft. Zwar sei für eine Einstufung in die Croupierstufen I und II TG-TV nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer im Bereich Poker tatsächlich eingesetzt werde. Hierauf hätten die Tarifvertragsparteien im Jahr 1995 ausdrücklich im Sinne einer Sonderregelung, die auch den Bestandsschutz der Arbeitnehmer berücksichtige, verzichtet. Die Tarifregelungen könnten allerdings keinesfalls so verstanden werden, dass es selbst auf eine Einsatzfähigkeit nicht ankomme. Hierfür hätte es, insbesondere unter Berücksichtigung der besonderen Art der Vergütung der Mitarbeiter über das Troncsystem, die es grundsätzlich verbiete, dass einzelne Mitarbeiter aus dem Tronc auch ohne eine ihrem Anteil entsprechende Leistung eine Vergütung bezögen, einer ausdrücklichen Regelung bedurft. Wegen der eingetretenen Störung des Synallagma sei die Änderungskündigung gerechtfertigt.

19

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung der Beklagten vom 19. Dezember 2003 sozial ungerechtfertigt ist. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

20



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

21

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Grundsätzlich sei die personenbedingte Änderungskündigung gerechtfertigt. Entgegen der Auffassung der anderen Kammer des Landesarbeitsgerichts im Beschlussverfahren sei Voraussetzung für die Eingruppierung und Vergütung nach den Croupierstufen I und II TG-TV, dass der Croupier bei allen am Spieltisch angebotenen Spielen auch tatsächlich eingesetzt werden könne. Der Arbeitgeber zahle dem Arbeitnehmer die höhere Vergütung nach diesen Croupierstufen dafür, dass ihm der Arbeitnehmer für den Einsatz am Spieltisch bei allen angebotenen Spielen zur Verfügung stehe und der Arbeitgeber aufgrund des Direktionsrechts jederzeit in der Lage sei, eine andere Tischbesetzung vorzunehmen. Dies folge aus der Auslegung der §§ 5 und 6 TG-TV. Diesen tariflichen Anforderungen werde der Kläger nicht mehr gerecht, weil er aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer nicht mehr am Spieltisch bei allen angebotenen Spielen einsetzbar sei und damit seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr erbringen könne. Gleichwohl sei die Änderungskündigung, die ua. auf eine Versetzung iSv. § 95 Abs. 3, § 99 BetrVG ziele, unwirksam. Aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung im Zustimmungsersetzungsverfahren stehe fest, dass der Arbeitnehmer wegen Verstoßes gegen § 99 BetrVG, § 134 BGB auf Dauer gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht verpflichtet sei, seine Arbeitsleistung nach den neuen, mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsbedingungen zu erbringen. Die Änderungskündigung sei damit auf eine Vertragsänderung gerichtet, die eine rechtskräftig festgestellte unmögliche Leistung zum Gegenstand habe. Daraus resultiere die Unwirksamkeit der Kündigung. Die gegenteilige Auffassung des Bundesarbeitsgerichts berücksichtige nicht ausreichend, dass der alte Arbeitsvertrag nach einer Änderungskündigung nicht mehr bestehe. Sie sei, was die Aufrechterhaltung der Berechtigung und Verpflichtung des Arbeitnehmers anbelange, zu den ursprünglichen Vertragsbedingungen zu arbeiten, auch nicht konsequent.

22



- B. Diesen Ausführungen folgt der Senat zwar nicht in allen Teilen der Begründung, aber doch im Ergebnis. 23
- I. Es handelt sich ausschließlich um eine Änderungsschutzklage iSv. § 4 Satz 2 KSchG in der hier maßgeblichen, seit dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung. Dies hatte der Kläger bereits durch den in erster Instanz protokollierten Klageantrag „festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 19. Dezember 2003 sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist“ hinreichend klargestellt. Dem darüber hinaus im Klageantrag enthaltenen Zusatz „über den 30. Juni 2004 hinaus unverändert fortbesteht“ haben die Vorinstanzen zu Recht keine prozessual eigenständige Bedeutung beigemessen. 24
- II. Die Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers ist sozial ungerechtfertigt iSv. § 2 Satz 1 iVm. § 1 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 KSchG. Die dem Kläger mit der Änderungskündigung angebotene Vertragsänderung ist trotz seiner mangelnden Einsetzbarkeit beim Poker-Spiel nicht geboten. 25
1. Es liegt kein Fall einer sogenannten „überflüssigen“ Änderungskündigung vor. Die Beklagte hat den Kläger zunächst auf der Grundlage der Beförderungsregelungen des § 6 TG-TV in die „Position“ des Croupiers nach der Croupierstufe II TG-TV „übernommen“ und ihn ab 1. Juli 2003 in die Croupierstufe I TG-TV eingruppiert. Damit wurde, wovon ersichtlich auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist, die vom Kläger vertraglich geschuldete Tätigkeit durch die in § 5 I Nr. 7 TG-TV festgelegten Tätigkeitsmerkmale einschließlich der dort genannten Vertretungsbefugnisse und -pflichten bestimmt. Die diesbezüglichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts werden von der Revision nicht angegriffen. Sie lassen angesichts der in § 6 TG-TV bestimmten Beförderungsvoraussetzungen auch keinen Rechtsfehler erkennen. Hiervon ausgehend war es der Beklagten - unabhängig von den rechtlichen Voraussetzungen im Übrigen - jedenfalls verwehrt, dem Kläger eine Tätigkeit nach der Croupierstufe III TG-TV bei entsprechender Änderung der Vergütung mittels Direktionsrechts zuzuweisen (vgl. BAG 15. Februar 2006 - 7 AZR 232/05 - BAGE 117, 104, 110; 30. August 1995 - 1 AZR 47/95 - AP BGB § 611 26



Direktionsrecht Nr. 44 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 14; APS/Künzl 3. Aufl. § 2 KSchG Rn. 53 mwN).

2. Bei der Frage der sozialen Rechtfertigung iSd. § 2 Satz 1 KSchG und § 1 Abs. 2 KSchG handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur dahin überprüft werden kann, ob das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen der §§ 2, 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr., zuletzt etwa Senat 29. November 2007 - 2 AZR 388/06 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 136 = EzA KSchG § 2 Nr. 69; 18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 - EEK 3293*). 27

3. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die angefochtene Entscheidung jedenfalls im Ergebnis stand. 28

a) Bei einer Änderungskündigung müssen Kündigungsgründe iSv. § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 bis 3 KSchG das Änderungsangebot des Arbeitgebers bedingen. Außerdem muss sich der Arbeitgeber darauf beschränken, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (*Senat 3. Juli 2003 - 2 AZR 617/02 - BAGE 107, 56, 59; 24. April 1997 - 2 AZR 352/96 - BAGE 85, 358, 361 f.; 21. Januar 1993 - 2 AZR 330/92 - AP MitbestG Schleswig-Holstein § 52 Nr. 1 = EzA KSchG § 2 Nr. 18; KR/Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 97 ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 2 Rn. 128 ff.*). 29

Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln (*Senat 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - EzA KSchG § 2 Nr. 66; 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 84 = EzA KSchG § 2 Nr. 58; 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - BAGE 115, 149*). Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Be- 30



schäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen (vgl. Senat 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - aaO; 3. Juli 2003 - 2 AZR 617/02 - BAGE 107, 56; KR/Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106a; HaKo/Pfeiffer 3. Aufl. § 2 KSchG Rn. 39; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 2 Rn. 84). Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, dh. die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist (Senat 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - aaO; 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - aaO). Wenn durch das Änderungsangebot neben der Tätigkeit (Arbeitsleistungspflicht) auch die Gegenleistung (Vergütung) geändert werden soll, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen (Senat 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - aaO).

b) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass der Kläger aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer nicht mehr am Spieltisch bei allen angebotenen Spielen eingesetzt werden kann. An diese Feststellung ist der Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden. Der Kläger hat dagegen keine Rügen erhoben.

31

c) Der hierauf gestützten Annahme des Landesarbeitsgerichts, damit liege ein personenbedingter Grund zur Kündigung vor, der die Zuweisung einer Tätigkeit als Croupier III und eine entsprechende tarifvertragliche Rückgruppierung rechtfertige, vermag sich der Senat indes nicht anzuschließen. Die mit dem Ziel einer Versetzung und Umgruppierung des Klägers erklärte Änderungskündigung ist unverhältnismäßig, weil ungeachtet der fehlenden Einsetzbarkeit des Klägers am Pokertisch für seine Vergütung weiterhin die Croupierstufe I TG-TV maßgeblich ist. Dies folgt aus der rechtskräftigen Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts in dem bereits durchgeführten Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG. Die Beklagte ist an das Ergebnis des von ihr angestrebten Zustimmungsersetzungsverfahrens gebunden. Es war ihr damit gegenüber dem Kläger verwehrt, sich zur Rechtfertigung der Kündigung auf die Maßgeblichkeit der Croupierstufe III TG-TV zu berufen.

32



aa) Zwar bildet - worauf die Beklagte im Ausgangspunkt zutreffend hingewiesen hat - bei beabsichtigter Umgruppierung die Zustimmung des Betriebsrats als solche keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung (vgl. Senat 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 - BAGE 74, 291, 306). Der Arbeitgeber übt insoweit kein Gestaltungsrecht aus. Die Eingruppierung folgt ohne Weiteres der ausgeübten Tätigkeit. Dem Betriebsrat kommt im Rahmen des § 99 BetrVG kein Mitgestaltungsrecht, sondern nur ein Mitbeurteilungsrecht im Sinne einer Richtigkeitskontrolle zu (vgl. BAG 28. Juni 2006 - 10 ABR 42/05 - BAGE 118, 353, 356 f.; 30. Oktober 2003 - 8 ABR 47/02 -; Fitting BetrVG 24. Aufl. § 99 Rn. 96). Die Wirksamkeit einer Änderungskündigung, mit der eine Änderung der tariflichen Eingruppierung bewirkt werden soll, ist damit nicht von der Zustimmung des Betriebsrats als solche abhängig (vgl. Senat 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 - aaO; KR/Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 142; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 2 Rn. 198; AnwK-ArbR/Schmitz-Schole-mann/Brune § 2 KSchG Rn. 130).

33

bb) Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, welche Wirkungen sich aus einem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren nach § 99 BetrVG ergeben, mit dem der Arbeitgeber ua. die Zustimmung des Betriebsrats zur Umgruppierung des Arbeitnehmers begehrt hat.

34

(1) Auch für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Eingruppierung ist anerkannt, dass gerichtliche Entscheidungen im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nicht ohne Auswirkung auf das Individualrechtsverhältnis bleiben. Haben Arbeitgeber und Betriebsrat unterschiedliche Auffassungen über die zutreffende Eingruppierung, ist die gerichtliche Klärung nach § 99 BetrVG gesetzlich vorgeschrieben. Einer danach erzwungenen Eingruppierung kommt ungeachtet des besonderen Charakters des Mitbestimmungsrechts als Mitbeurteilungsrecht nicht nur die Bedeutung einer unverbindlichen Meinungsäußerung zu. Zum Wesen einer Gerichtsentscheidung, mit der ein Verfahren beendet wird, gehört ihre Verbindlichkeit für die Verfahrensbeteiligten (BAG 3. Mai 1994 - 1 ABR 58/93 - BAGE 77, 1, 10).

35



(2) Daraus folgt, dass jedenfalls dann, wenn ein Zustimmungsersetzungsverfahren stattgefunden hat, eine gerichtlich als zutreffend festgestellte Eingruppierung für den Arbeitgeber im Verhältnis zu dem betroffenen Arbeitnehmer verbindlich ist. Eine begrenzte Bindungswirkung besteht aber auch insoweit, als der Arbeitgeber mit seinem Zustimmungsersetzungsantrag erfolglos geblieben ist. Auch für diesen Fall gilt, dass sich der Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer nicht mehr auf die Maßgeblichkeit der von ihm für zutreffend erachteten Entgeltgruppe berufen kann. Dies bedeutet weiter, dass sich der Arbeitnehmer im Individualrechtsstreit unmittelbar darauf berufen kann, die vom Arbeitgeber vorgesehene, aber vom Betriebsrat abgelehnte Einstufung sei fehlerhaft (vgl. BAG 3. Mai 1994 - 1 ABR 58/93 - BAGE 77, 1, 10; ErfK/Kania 8. Aufl. § 99 BetrVG Rn. 47; Richardi/Thüsing BetrVG 11. Aufl. § 99 Rn. 303; Busemann NZA 1996, 681, 684).

36

(3) Die begrenzte präjudizielle Wirkung der Entscheidung im Beschlussverfahren erfasst nicht nur einen möglichen Zahlungsanspruch des Arbeitnehmers. Wird die Zustimmung des Betriebsrats im Verfahren nach § 99 BetrVG nicht ersetzt, weil eine andere als die dem Arbeitnehmer mit der Änderungskündigung angebotene Vergütungsgruppe zutreffend ist, ist der Arbeitgeber hieran auch im Kündigungsrechtsstreit gebunden. Er kann sich weder unmittelbar zur Rechtfertigung der mit dem Ziel einer Umgruppierung erklärten Änderungskündigung auf die Maßgeblichkeit einer dem Ergebnis des Beschlussverfahrens widersprechenden Eingruppierung berufen, noch entspricht ein der Entscheidung des Beschlussverfahrens entgegenstehendes Vertragsänderungsangebot dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Die Änderungskündigung ist in einem solchen Fall sozial ungerechtfertigt (vgl. APS/Künzl 3. Aufl. § 2 KSchG Rn. 160; AnwK-ArbR/Schmitz-Scholemann/Brune § 2 KSchG Rn. 130).

37

(4) Mit der Anerkennung einer partiellen Bindungswirkung für das Kündigungsschutzverfahren setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu der angeführten Entscheidung vom 30. September 1993 (- 2 AZR 283/93 - BAGE 74, 291, 307). Es geht im Fall des rechtskräftig durchgeführten Zu-

38



stimmungsersetzungsverfahrens nicht darum, der Kündigung die soziale Rechtfertigung bereits wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats als solche abzusprechen. Entscheidend ist vielmehr, ob eine vom Arbeitgeber seinem Kündigungsentschluss zugrunde gelegte rechtliche Bewertung hinsichtlich der zutreffenden Eingruppierung des Arbeitnehmers, die einen Akt der Rechtsanwendung darstellt und von Anfang an nur richtig oder falsch sein konnte, auch dann noch einer weiteren rechtlichen Überprüfung im Individualrechtsstreit zugänglich ist, wenn das Gegenteil bereits in einem zu diesem Zweck durchgeführten Beschlussverfahren festgestellt ist. Dies ist aus den bereits genannten Gründen jedenfalls dann zu verneinen, wenn die zutreffende Eingruppierung des Arbeitnehmers im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG Gegenstand einer sachlichen Prüfung war und zu tatsächlichen Feststellungen des Gerichts im Hinblick auf das Eingreifen einer anderen als der vom Arbeitgeber für maßgeblich erachteten Vergütungsgruppe geführt hat (vgl. *Busemann NZA 1996, 681*).

cc) Die Voraussetzungen für eine derartige partielle Bindungswirkung des durchgeführten Zustimmungsersetzungsverfahrens liegen hier vor. 39

Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag der Beklagten auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung in die Croupierstufe III TG-TV deshalb zurückgewiesen, weil die Eingruppierung in die Croupierstufe I und II TG-TV nicht von der Einsetzbarkeit des Croupiers beim Poker abhängig sei und der Kläger, unter Beachtung der von ihm erworbenen Grundausbildung im Bereich des Poker-Spiels, weiterhin die Tätigkeitsmerkmale der bisherigen Croupierstufe erfülle. 40

Die Beklagte macht demgegenüber im Kündigungsrechtsstreit lediglich geltend, die vom Landesarbeitsgericht im rechtskräftig erledigten Beschlussverfahren vorgenommene Tarifvertragsauslegung sei unzutreffend. Damit kann sie aus den angeführten Gründen nicht durchdringen. Ob der Arbeitgeber die zu seinen Lasten bestehende Bindungswirkung des Zustimmungsersetzungsverfahrens im Individualrechtsstreit dadurch entkräften kann, dass er vorträgt, die Entscheidung im Beschlussverfahren beruhe auf einer unvollständigen oder 41



fehlerhaften Tatsachengrundlage, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Einen solchen Sachverhalt hat die Beklagte zu keiner Zeit geltend gemacht. Grundlage der Entscheidung im Beschlussverfahren bildeten die von der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit angeführten Tarifregelungen.

dd) Hiervon ausgehend konnte sich die Beklagte zur Rechtfertigung der Kündigung nach rechtskräftigem Abschluss des Beschlussverfahrens und dem für sie nachteiligen Verfahrensausgang nicht weiter darauf berufen, der Kläger erfülle aufgrund seiner mangelnden Einsatzfähigkeit beim Poker-Spiel nicht mehr die Tätigkeitsmerkmale der Croupierstufen I und II TG-TV. Die von ihr angeführte Störung des Synallagma liegt damit nicht vor. Die Änderung der Arbeitsbedingungen mit dem Ziel der Zuweisung einer den Merkmalen der Croupierstufe III TG-TV entsprechenden Tätigkeit und demgemäßer Vergütung war aufgrund der eingeschränkten Einsetzbarkeit des Klägers nicht geboten und damit sozial ungerechtfertigt.

42

4. Es kommt damit nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob das Landesarbeitsgericht die Auswirkungen einer rechtskräftigen Abweisung des Antrags des Arbeitgebers nach § 99 Abs. 4 BetrVG hinsichtlich der beabsichtigten Versetzung zutreffend bewertet hat.

43

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

44

Rost

Eylert

Berger

Jan Eulen

Niebler



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)