

BUNDEsarbeitsgericht



2 AZR 25/11

5 Sa 604/10

Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Juli 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

gegen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Eulen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 19. Juli 2010 - 5 Sa 604/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung mit notwendiger Auslauffrist. 1

Die Klägerin ist seit dem 9. April 1987 im K Möbelhaus der Beklagten beschäftigt und verdiente zuletzt monatlich 2.300,00 Euro brutto. In ihrem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 1. April 1987 wurde eine Tätigkeit als „Verkäuferin“ bei einem Arbeitszeitvolumen von 107 Stunden monatlich vereinbart. Die Klägerin war zuletzt in der zentral organisierten „Preisauszeichnung“ eingesetzt. Ihre Aufgabe bestand darin, auf Anforderung hin beschädigte oder abhanden gekommene Preisschilder in den einzelnen Abteilungen des Kaufhauses zu ersetzen und für eine korrekte Preisauszeichnung zu sorgen. In einer von den Parteien unterzeichneten und dem Betriebsrat zur Zustimmung zugeleiteten „Arbeitszeitänderung“ vom 13. Oktober 1994 wurde die „durchschnittliche Stundenzahl monatlich“ mit 163 angegeben und waren als Arbeitszeiten für die Tage von Montag bis Freitag die Stunden von 8:00 bis 17:00 Uhr einschließlich einer Stunde Pause aufgeführt. Der Betriebsrat erteilte seine Zustimmung. Einige Jahre später wurde das Arbeitszeitende für die Tage Montag bis Donnerstag auf 16:00 Uhr, für den Freitag auf 13:30 Uhr verlegt. 2

In den Jahren 2008 und 2009 nahm die Klägerin als Ersatzmitglied an mehreren Sitzungen des Betriebsrats teil. 3

Die Beklagte beschloss im Jahr 2009, die Preisauszeichnung nicht mehr zentral, sondern durch jede Abteilung selbst ausführen zu lassen. Die Klägerin sollte deshalb im Verkauf eingesetzt werden. 4

Mit Schreiben vom 9. April 2009 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen Änderungskündigung an. Er widersprach dieser Maßnahme. 5

Mit Schreiben vom 21. April 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit Auslauffrist zum 31. Oktober 2009 und bot der Klägerin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Verkauf ab dem 1. November 2009 an. Die Klägerin nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an. Am 21. April 2009 erhielt die Klägerin nach ihrem von der Beklagten nicht bestrittenen Vorbringen die Einladung zu einer Betriebsratssitzung, an der sie zwei Tage später teilnahm. 6

Mit ihrer rechtzeitig erhobenen Klage hat sich die Klägerin gegen die Änderungskündigung gewandt. Sie hat die Auffassung vertreten, diese sei schon wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam. Dem Betriebsrat sei nicht mitgeteilt worden, dass sie im Verkaufsbereich nunmehr an sechs Tagen unter Einschluss des Samstags tätig werden solle. Auch für eine solche Änderung der Lage der Arbeitszeit habe es einer Änderungskündigung bedurft. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB nicht vor. Auch sei die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt worden. 7

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - beantragt 8

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 21. April 2009 sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Sie habe ihm alle maßgeblichen Kündigungsgründe mitgeteilt. Mit der Klägerin sei keine 9

festen Arbeitszeit vertraglich vereinbart gewesen; diese ergebe sich aus den geltenden Betriebsvereinbarungen, die dem Betriebsrat bekannt seien.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision hält die Beklagte an ihrem Begehren fest, die Klage abzuweisen.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das angegriffene Urteil war aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen durfte das Landesarbeitsgericht die Änderungskündigung vom 21. April 2009 nicht als unwirksam ansehen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden. Der relevante Sachverhalt ist noch nicht hinreichend festgestellt (§ 563 Abs. 3 ZPO).

11

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Zulässigkeit der Berufung der Beklagten zu Recht bejaht.

12

1. Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG beträgt die Berufungsfrist einen Monat, die Frist zur Begründung der Berufung zwei Monate. Nach § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG beginnen beide Fristen mit Zustellung des vollständig abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung. Die Berufungsfrist endet damit in jedem Fall spätestens sechs Monate nach der Verkündung (*BAG 6. Juli 2005 - 4 AZR 35/04 - zu I 1 der Gründe*). Das Urteil ist dann rechtskräftig (*Germelmann in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 66 Rn. 16*).

13

2. Die Beklagte hat die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG gewahrt. 14
- a) Das Urteil des Arbeitsgerichts ist am 3. November 2009 verkündet worden. Die Zustellung des vollständig abgefassten Urteils erfolgte nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts am 29. April 2010, also später als fünf Monate nach Verkündung. 15
- b) Die Beklagte hat innerhalb eines Monats nach Ablauf der fünf Monate Berufung eingelegt, nämlich noch am 29. April 2010. Sie hat die Berufung am 12. Mai 2010 und somit innerhalb von zwei Monaten nach Ablauf der fünf Monate begründet. 16
- II. Aufgrund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen durfte das Landesarbeitsgericht die außerordentliche Änderungskündigung vom 21. April 2009 nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG für unwirksam halten. Es steht nicht fest, ob es insoweit einer Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG bedurfte. Das wäre nicht der Fall, wenn die Versetzung der Klägerin in den Verkaufsbereich mit geänderten Arbeitszeiten schon ohne Änderungskündigung rechtswirksam vorgenommen werden konnte, die ausgesprochene Änderungskündigung demnach „überflüssig“ war. 17
1. Die von der Klägerin begehrte Feststellung, die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 21. April 2009 sei unwirksam, kann nicht getroffen werden, wenn das von ihr unter Vorbehalt angenommene „Änderungsangebot“ der Beklagten in Wirklichkeit gar nicht auf eine Änderung der Arbeitsvertragsbedingungen abzielte. 18
- a) Nach § 4 Satz 2 KSchG ist eine Änderungsschutzklage auf die Feststellung zu richten, die Änderung der Arbeitsbedingungen sei „sozial ungerechtfertigt“ oder sei „aus einem anderen Grund rechtsunwirksam“. Auf eine außerordentliche Änderungskündigung ist § 4 Satz 2 KSchG trotz des einschränkenden Wortlauts von § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG entsprechend anzuwenden (BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 688/09 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 148 = EzA 19

KSchG § 2 Nr. 80). Eine solche Feststellung können die Gerichte nicht treffen, wenn das mit der Kündigung verbundene „Änderungsangebot“ gar nicht auf eine Änderung der bestehenden Vertragsbedingungen gerichtet ist, sondern die bereits bestehenden Vertragsbedingungen inhaltlich nur wiederholt. Das ist der Fall, wenn die in ihm vorgesehenen „neuen“ Bedingungen vom Arbeitgeber schon durch Ausübung des Direktionsrechts durchgesetzt werden können (*BAG 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - Rn. 12; 29. September 2011 - 2 AZR 617/10 - Rn. 14; ErfK/Oetker 12. Aufl. § 2 KSchG Rn. 14*). Voraussetzung für die Begründetheit einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG ist, dass die Parteien über die Berechtigung einer Änderung ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarungen streiten. Das Fehlen der sozialen Rechtfertigung einer Änderung der Arbeitsbedingungen oder deren Unwirksamkeit aus anderen Gründen kann nicht festgestellt werden, wenn der Vertrag der Parteien in Wirklichkeit nicht geändert werden soll. Das gilt auch für eine außerordentliche Änderungskündigung, insbesondere für eine außerordentliche Änderungskündigung mit notwendiger Auslaufzeit, die der ordentlichen Änderungskündigung in den Rechtsfolgen angenähert ist (*BAG 29. September 2011 - 2 AZR 617/10 - Rn. 14*).

- b) Hat der Arbeitnehmer - wie hier - das Änderungsangebot des Arbeitgebers unter Vorbehalt angenommen und Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG erhoben, streiten die Parteien nicht über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit nicht über die Rechtswirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, sondern nur noch über die Berechtigung des Angebots auf Änderung der Arbeitsbedingungen. Streitgegenstand der Änderungsschutzklage ist nicht die Wirksamkeit der Kündigung, sondern der Inhalt der für das Arbeitsverhältnis geltenden Vertragsbedingungen (*BAG 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - Rn. 13; 26. August 2008 - 1 AZR 353/07 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 139 = EzA KSchG § 2 Nr. 72*). 20
- c) Vom Arbeitgeber erstrebte Änderungen, die sich schon durch die Ausübung des Weisungsrechts gemäß § 106 Satz 1 GewO durchsetzen lassen, halten sich im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und sind keine „Ände- 21

rung der Arbeitsbedingungen“ iSv. § 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG (BAG 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - Rn. 14). Soll der bestehende Vertragsinhalt nicht geändert werden, liegt in Wirklichkeit kein Änderungsangebot vor, die vermeintlich erst herbeizuführenden Vertragsbedingungen gelten bereits. Eine Änderungskündigung ist „überflüssig“. Eine Änderungsschutzklage ist dann unbegründet (BAG 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - aaO; KR/Rost 9. Aufl. § 2 KSchG Rn. 28). Es kann in diesem Fall schlechterdings nicht festgestellt werden, der Änderung der Vertragsbedingungen fehle es an einem wichtigen Grund oder sie sei aus anderen Gründen rechtsunwirksam (BAG 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - aaO; vgl. auch ErfK/Oetker 12. Aufl. § 2 KSchG Rn. 14).

2. Nach den bisherigen Feststellungen schuldete die Klägerin eine Tätigkeit als Verkäuferin. Danach hält sich die von der Beklagten für sie vorgesehene Tätigkeit im Rahmen der bestehenden vertraglichen Abrede. Um ihr diese Tätigkeit zuzuweisen, bedurfte es folglich keiner Änderungskündigung. Zwischen den Parteien steht dagegen im Streit, ob die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf die Wochentage von Montag bis Freitag und der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit vertraglich fest vereinbart sind. Liegt keine feste vertragliche Vereinbarung vor, gehört es nach § 106 Satz 1 GewO zum Gegenstand des Direktionsrechts der Beklagten, die Lage der Arbeitszeit zu bestimmen (vgl. BAG 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 51, BAGE 132, 88). Haben die Parteien dagegen die Lage der Arbeitszeit vertraglich festgelegt, ist sie gemäß § 106 Satz 1 Halbs. 2 GewO einer näheren Ausgestaltung im Wege des Direktionsrechts der Beklagten entzogen. Eine solche Vereinbarung können die Vertragsparteien ausdrücklich oder konkludent schließen. Wollen sie das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch eine vertragliche Regelung einschränken, müssen sie das hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen (Schaub/Linck ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 45 Rn. 67, 68; HWK/Lembke 4. Aufl. § 106 GewO Rn. 38).

22

3. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit dem Direktionsrecht der Beklagten unterfällt oder diesem aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien entzogen ist.

23

- a) Der schriftliche Arbeitsvertrag vom 1. April 1987 enthält keine ausdrückliche Regelung zur Verteilung der Arbeitszeit. 24
- b) Das Landesarbeitsgericht hat dahinstehen lassen, ob die in der „Arbeitszeitänderung“ vom 13. Oktober 1994 aufgeführten Arbeitszeiten ein einseitig nicht mehr änderbarer Vertragsbestandteil geworden sind. Dies durfte nicht dahingestellt bleiben. Das Landesarbeitsgericht wird vielmehr zu klären haben, ob die Parteien die Verteilung der Arbeitszeit der Klägerin vertraglich geregelt haben. Ist dies zu bejahen, bedurfte es zu ihrer Änderung einer - dann nicht „überflüssigen“ - Änderungskündigung, die allen Wirksamkeitsanforderungen entsprechen muss. Ist die Frage zu verneinen, kommt es auf die Wirksamkeit der Änderungskündigung nicht an. Dabei kommt in Betracht, dass die Parteien mit dem Schreiben vom Oktober 1994 eine verbindliche Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit getroffen haben. Ferner kommt in Betracht, dass die Parteien in der Folgezeit eine solche Vereinbarung getroffen haben; nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist die Arbeitszeit für die Klägerin nach 1994 erneut verändert worden. 25
- c) Soweit sich die Klägerin auf eine der einseitigen Änderung entzogenen Konkretisierung der Lage ihrer Arbeitszeit durch eine jahrelang gleichmäßige Handhabung beruft, ist dieser Umstand nach den bisherigen Feststellungen nicht geeignet, das Weisungsrecht der Beklagten einzuschränken. 26
- aa) Eine solche Konkretisierung tritt regelmäßig nicht allein dadurch ein, dass ein Arbeitnehmer längere Zeit in einer bestimmten Weise eingesetzt worden ist. Zum reinen Zeitablauf müssen besondere Umstände hinzukommen, die erkennen lassen, der Arbeitnehmer solle künftig verpflichtet sein, seine Arbeit nur noch wie bisher zu erbringen (*BAG 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 54, BAGE 132, 88*). Allein aus der Beibehaltung einer betrieblichen Praxis über einen längeren Zeitraum hinweg kann der Arbeitnehmer nicht schließen, der Arbeitgeber werde diese Praxis auch künftig beibehalten und sein Weisungsrecht nicht mehr anders ausüben (*BAG 7. Dezember 2000 - 6 AZR 444/99 - zu III 2 der Gründe, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23*). Der Arbeitgeber muss dazu nicht etwa 27

in bestimmten zeitlichen Abständen darauf hinweisen, er beabsichtige, von seinem Weisungsrecht ggf. weiterhin Gebrauch zu machen (*vgl. Schaub/Linck ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 45 Rn. 13 e*).

bb) Etwas anderes kann sich bei Vorliegen besonderer Umstände ergeben, die den Schluss auf einen Verzicht des Arbeitgebers zulassen, von seinem Weisungsrecht anderen Gebrauch zu machen. Solche Umstände hat das Landesarbeitsgericht bisher nicht festgestellt. Es wird den Parteien Gelegenheit geben müssen, hierzu ergänzend vorzutragen.

28

III. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, es habe für die Änderung der Lage der Arbeitszeit einer Änderungskündigung bedurft, folgt eine Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, anders als es angenommen hat, nicht aus einem Verstoß der Beklagten gegen § 102 Abs. 1 BetrVG. Zwar gehört zu den dem Betriebsrat mitzuteilenden Kündigungsgründen im Fall einer Änderungskündigung auch das dem Arbeitnehmer unterbreitete Änderungsangebot (*KR/Rost 9. Aufl. § 2 KSchG Rn. 115*). Die Beklagte hat den Betriebsrat aber über die beabsichtigte Änderung der Tätigkeit der Klägerin in die einer Verkäuferin unterrichtet. Die mit dieser Tätigkeit verbundenen Einsatzzeiten musste sie dem Betriebsrat nicht ausdrücklich mitteilen. Sie waren diesem aus der für den Verkaufsbereich geltenden Betriebsvereinbarung bekannt. Aus dem Anhörungsschreiben ist hinreichend deutlich zu entnehmen, dass auch die Klägerin im Verkaufsbereich zu den dort allgemein geltenden Arbeitszeiten tätig sein sollte. Die zentrale Preisauszeichnung wurde nach den Ausführungen im Anhörungsschreiben gerade aufgelöst, um die Preisauszeichnung „während der kompletten Öffnungszeit“ im Verkauf durchführen zu können. Von den entsprechenden Veränderungen ihrer bisherigen Arbeitszeit sollte die Klägerin ersichtlich betroffen sein.

29

IV. Hat es zur Änderung der Lage der Arbeitszeit einer Änderungskündigung bedurft, wird das Landesarbeitsgericht dagegen prüfen müssen, ob eine solche Kündigung wegen § 15 Abs. 1 KSchG unwirksam war, weil die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG nicht vorgelegen hat. Das kommt deshalb in Betracht, weil die Klägerin Ersatzmitglied des Betriebsrats und bei

30

Kündigungszugang möglicherweise gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nachgerückt war.

V. Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass die Änderungskündigung vom 21. April 2009 zur Durchsetzung der Änderungswünsche der Beklagten erforderlich war und nicht schon „aus einem anderen Grund“ iSv. § 4 Satz 2 KSchG unwirksam ist, wird es prüfen müssen, ob die Änderung der bisherigen Vertragsbestimmungen wegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB berechtigt ist. Es hat dies bislang nicht geprüft. Dabei wird das Berufungsgericht die außerordentliche Änderungskündigung nicht wegen Verstoßes gegen § 626 Abs. 2 BGB als unwirksam ansehen dürfen. Betriebliche Änderungserfordernisse stellen einen Dauertatbestand dar (*BAG 5. Oktober 1995 - 2 AZR 25/95 - Rn. 23, RzK I 6g Nr. 26*).

31

Kreft

Rachor

Eylert

Söller

Jan Eulen