

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 825/12
13 Sa 1603/11
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. März 2014

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtliche Richterin Perreng und den ehrenamtlichen Richter Wolf für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 17. April 2012 - 13 Sa 1603/11 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 15. September 2011 - 5 Ca 1545/11 - abgeändert:
Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß der Kündigung der Beklagten vom 25. Mai 2011 rechtsunwirksam ist.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Änderungskündigung. 1
- Die Beklagte betreibt eine Spielbank. Der Kläger ist bei ihr seit Juli 1986 als Croupier beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden die bei der Beklagten geltenden Haustarifverträge Anwendung, darunter der Tronc- und Gehaltstarifvertrag für die Arbeitnehmer der Gruppe A (TG-TV) in seiner seit dem 1. Januar 2000 geltenden Fassung. 2
- Die Beklagte beförderte den Kläger im Jahre 1996 in die Croupierstufe I TG-TV. Zur Stellenbeschreibung und zu den Beförderungsvoraussetzungen ist im TG-TV bestimmt: 3

„§ 5 Stellenbeschreibung und Stellenbegrenzung

...

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. ...

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, in die Croupierstufe II nur, wer in allen angebotenen Spielen erfolgreich an einer Grundausbildung teilgenommen hat.“

Am 29. November 2006 legte der Kläger ein ärztliches Attest vor, wonach es notwendig sei, ihn bis auf Weiteres nicht mehr im Poker-Spiel zu beschäftigen. Der Kläger war zum damaligen Zeitpunkt Mitglied des Betriebsrats. Das Bestreben der Beklagten, den Kläger im Wege einer außerordentlichen Änderungskündigung in die Vergütungsgruppe „Croupier III“ zurückzustufen, blieb letztlich ohne Erfolg.

4

Auf eine Anfrage der Beklagten vom 30. September 2010 legte der Kläger ein ärztliches Attest vor, wonach sich sein Gesundheitszustand zwar insgesamt etwas gebessert habe. Voraussetzung für eine anhaltende Verbesserung sei aber bis auf Weiteres eine Befreiung vom Einsatz im Poker-Spiel.

5

Als Ersatzmitglied des mittlerweile neu gewählten Betriebsrats nahm der Kläger Anfang Mai 2011 an Betriebsratssitzungen teil. Am 19. Mai 2011 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu ihrer Absicht an, das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit Auslauffrist zu kündigen und dem Kläger seine Fortsetzung unter geänderten Bedingungen anzubieten. Der Betriebsrat äußerte unter dem 20. Mai 2011 Bedenken. 6

Mit Schreiben vom 25. Mai 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit Auslauffrist, verbunden mit dem Angebot, den Kläger mit dem Aufgabengebiet und der Vergütung eines Croupiers der Tarifstufe III weiter zu beschäftigen. Der Kläger nahm das Angebot unter Vorbehalt an. 7

Mit seiner Klage hat er sich rechtzeitig gegen die Wirksamkeit der Änderungskündigung gewandt. Er hat die Ansicht vertreten, aufgrund seiner regelmäßigen Vertretungsphasen habe die Kündigung der Zustimmung des Betriebsrats bedurft. Jedenfalls gebiete es der nachwirkende Kündigungsschutz, auch außerordentliche Kündigungen mit sozialer Auslauffrist zu untersagen. Es fehle zudem am Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung. Eine negative Gesundheitsprognose sei nicht gegeben. Sein Gesundheitszustand habe sich gebessert. Der einschlägige Tarifvertrag sei überdies dahin auszulegen, dass für die Eingruppierung in die Tarifstufe „Croupier I“ eine tatsächliche Einsatzfähigkeit in allen Spielen nicht erforderlich sei. Außerdem habe die Beklagte ein betriebliches Wiedereingliederungsmanagement durchführen müssen. Im Übrigen habe sie die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Sie habe von seiner Erkrankung bereits seit Oktober 2006 Kenntnis gehabt. Die Anhörung des Betriebsrats sei fehlerhaft. Dieser sei nicht auf ein betriebliches „Wiedereingliederungsmanagement“ hingewiesen, die Rechtfertigung der Kündigung und die Interessenabwägung seien nicht aufgezeigt worden. 8

Der Kläger hat beantragt 9
festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen
gemäß der Änderungskündigung der Beklagten vom
25. Mai 2011 sozial ungerechtfertigt oder aus anderen
Gründen rechtsunwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die 10
tatsächliche Einsetzbarkeit auch am Pokertisch sei für einen Croupier zur
Eingruppierung in die Tarifstufe I notwendig. Der Kläger könne die Tätigkeiten
am Pokertisch dauerhaft nicht mehr ausüben. Es sei ihr nicht zuzumuten, ihn
weiterhin in nicht gerechtfertigter Höhe zu vergüten und damit das Vergütungs-
gefüge zu verzerren.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision ver- 11
folgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Änderung der Arbeitsbedingungen ge- 12
mäß der mit sozialer Auslaufzeit erklärten außerordentlichen Kündigung der
Beklagten vom 25. Mai 2011 ist rechtsunwirksam. Es fehlt an einem wichtigen
Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung ist
nicht möglich.

I. Die Änderungsschutzklage ist nicht deshalb unbegründet, weil das mit 13
der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot „überflüssig“ gewesen wäre
(vgl. dazu BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 25/11 - Rn. 18 ff.; 26. Januar 2012
- 2 AZR 102/11 - Rn. 12, BAGE 140, 328). Die Beklagte hätte die dem Kläger
angetragenen Änderungen seiner Arbeitsbedingungen nicht einseitig durch
Ausübung ihres Direktionsrechts herbeiführen können.

1. Die Änderungskündigung zielte nicht nur auf die Zuweisung einer 14
anderen Arbeitsaufgabe im Rahmen der durch die bisherigen Vertragsregelun-

gen eröffneten Einsatzmöglichkeiten eines Croupiers der Tarifstufe I. Mit dem unterbreiteten Änderungsangebot wollte die Beklagte vielmehr eine dauerhafte Herabstufung des Klägers in die Tarifstufe III mit der damit verbundenen Vergütungsminderung erreichen (*vgl. zum Fall einer lediglich dauerhaften Beschränkung des Tätigkeitsbereichs BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 44/11 - Rn. 29*).

2. Mit der Beförderung des Klägers zum Croupier der Stufe I im Jahr 1996 auf der Grundlage der Beförderungsregelungen des § 6 TG-TV waren seine Beschäftigung im Aufgabenbereich eines Croupiers dieser Tarifstufe und der Anspruch auf die entsprechende Vergütung Inhalt der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen geworden. Damit war der Beklagten eine Rückstufung des Klägers mit der Folge einer Herabsetzung auch seines Vergütungsanspruchs nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts, sondern nur unter Änderung der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen möglich (*vgl. BAG 28. August 2008 - 2 AZR 967/06 - Rn. 26, BAGE 127, 342*).

II. Die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß Kündigung und Angebot vom 25. Mai 2011 ist rechtsunwirksam. Es fehlt an einem wichtigen Grund iSv. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB.

1. Es kann dahinstehen, ob die Änderungskündigung vom 25. Mai 2011 bereits mangels Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG iVm. § 103 Abs. 1 BetrVG unwirksam ist. Dem Kläger stand im maßgebenden Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (*vgl. dazu BAG 27. September 2012 - 2 AZR 955/11 - Rn. 17*) jedenfalls der nachwirkende Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu. Er war Anfang Mai 2011 als Ersatzmitglied gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für ein zeitweilig verhindertes Mitglied in den Betriebsrat nachgerückt und hatte Betriebsratsaufgaben wahrgenommen. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist die Kündigung eines ausgeschiedenen Betriebsratsmitglieds bzw. eines Ersatzmitglieds nach Beendigung seiner Vertretungstätigkeit (*vgl. dazu BAG 19. April 2012 - 2 AZR 233/11 - Rn. 41*) innerhalb eines Jahres nur zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Voraussetzung ist damit das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626

Abs. 1 BGB. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber eine soziale Auslaufrfrist gewährt (vgl. BAG 18. Februar 1993 - 2 AZR 526/92 - zu II 3 b aa (4) der Gründe).

2. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB ist im Streitfall ohne Bindung an das Ergebnis eines vorhergegangenen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 103 Abs. 2 BetrVG zu prüfen. Zwar hat die Beklagte im Jahr 2006 ein solches Verfahren eingeleitet. Es wurde jedoch von den Beteiligten übereinstimmend für erledigt erklärt und vom Bundesarbeitsgericht eingestellt. Die Entscheidungen der Vorinstanzen wurden damit wirkungslos (vgl. GMP/Matthes/Spinner 8. Aufl. § 83a Rn. 14). 18

3. Ein wichtiger Grund iSv. § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB für die Änderungskündigung vom 25. Mai 2011 liegt nicht vor. Die krankheitsbedingte Einschränkung der Einsetzbarkeit des Klägers rechtfertigte nicht seine Umgruppierung und Rückstufung in die Croupierstufe III TG-TV. 19

a) Eine krankheitsbedingte Leistungsminderung ist zwar nicht generell ungeeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen (vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 688/09 - Rn. 32; 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 24, BAGE 132, 299). Grundsätzlich ist es dem Arbeitgeber aber zuzumuten, die geltende Kündigungsfrist einzuhalten. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen (BAG 20. Dezember 2012 - 2 AZR 32/11 - Rn. 14; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - zu II 3 der Gründe, BAGE 96, 65). Schon an eine ordentliche Kündigung wegen krankheitsbedingter Einschränkungen des Arbeitnehmers ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer auf Krankheit gestützten außerordentlichen Kündigung gehen darüber noch hinaus (BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 26 ff.; 18. Januar 2001 - 2 AZR 616/99 - zu II 4 b der Gründe). Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Schon eine ordentliche Kündigung wegen einer Leistungsminderung setzt voraus, dass die verbliebene Arbeitsleistung die berechtigte Gleichwertigkeits- 20

erwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar ist (*BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - zu B III 2 d der Gründe, BAGE 109, 87*). Für die außerordentliche Kündigung gilt dies in noch höherem Maße.

b) Im Streitfall fehlt es an einem wichtigen Grund in diesem Sinne. Es muss deshalb nicht entschieden werden, ob es überhaupt in Betracht kommt, das Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters, das nach § 15 KSchG nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen außerordentlich zu kündigen. Ob in einem solchen Fall bei der Prüfung des wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB auf die Länge der fiktiven Kündigungsfrist abzustellen ist oder auf das (voraussichtliche) Ende des Bestandsschutzes, kann gleichermaßen offenbleiben (*vgl. zur betrieblich veranlassten außerordentlichen Änderungskündigung des Arbeitsverhältnisses BAG 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 80, 185*). Eine Weiterbeschäftigung des Klägers zu den bisherigen Bedingungen war der Beklagten nicht nur für die Dauer der fiktiven Kündigungsfrist zumutbar, sondern auch für die Dauer des voraussichtlichen Bestandsschutzes als (Ersatz-)Mitglied des Betriebsrats. 21

aa) Ein wichtiger Grund für die angestrebte Rückstufung des Klägers folgt nicht daraus, dass die Beklagte ihn krankheitsbedingt nicht vollschichtig mit Aufgaben hätte beschäftigen können, die zur Tätigkeit eines Croupiers der Tarifstufe I gehören. Der Kläger war zwar nicht mehr am Pokertisch einsetzbar. An den übrigen Tischen und Spielen gab es jedoch genügend Aufgaben, um ihn vollschichtig zu beschäftigen. Dass weitere Einschränkungen seines Einsatzes absehbar gewesen seien, hat die Beklagte nicht behauptet. Sie ist dem Vorbringen des Klägers, sie setze auch andere Arbeitnehmer der Croupierstufe I nicht im Poker-Spiel ein, nicht entgegengetreten. Dass organisatorische Schwierigkeiten gerade einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstünden, weil dieser nicht mehr beim Poker-Spiel eingesetzt werden könne, ist weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch von der Beklagten dargelegt worden. Diese hat nicht behauptet, der Ausfall des Klägers am Pokertisch habe 22

zu konkreten Störungen im Betriebsablauf geführt. Der Umstand, dass ihre Planungs- und Organisationshoheit insofern eingeschränkt ist und infolge der Befreiung des Klägers andere Mitarbeiter vermehrt beim Poker-Spiel eingesetzt werden müssen, stellt für sich betrachtet nicht einmal im Rahmen von § 1 Abs. 2 KSchG eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Belange dar. Ist das Arbeitsverhältnis überdies nur aus wichtigem Grund kündbar, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zuzumuten, eine krankheitsbedingte Leistungsminde- rung des Arbeitnehmers durch entsprechende Maßnahmen, etwa eine dies berücksichtigende Aufgabenverteilung, auszugleichen (*BAG 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - zu II 4 b der Gründe*).

bb) Ein wichtiger Grund für die angestrebte Änderung der Vertragsbedin- gungen folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte mit ihrer Hilfe eine tarifge- rechte Eingruppierung des Klägers erreichen wollte. Dabei kann unentschieden bleiben, ob die Bestimmungen des TG-TV für die Übertragung einer Stelle als Croupier der Tarifstufe I oder II die Möglichkeit eines tatsächlichen Einsatzes an allen Tischen voraussetzen. Bei seiner Beförderung erfüllte der Kläger auch diese Anforderung. Ein Fall irrtümlich zu hoher Eingruppierung lag daher nicht vor - unabhängig davon, ob sich darauf auch ein privater Arbeitgeber berufen und dies eine Änderungskündigung zur Rückgruppierung auch aus wichtigem Grund rechtfertigen könnte (*vgl. BAG 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 28 f.; 15. März 1991 - 2 AZR 579/90 - zu B III 1 der Gründe*). Der Umstand, dass ein Einsatz des Klägers beim Poker-Spiel nachträglich aus gesundheitli- chen Gründen entfiel, machte es der Beklagten nicht unzumutbar, ihn weiter als Croupier der Tarifstufe I zu beschäftigen und zu vergüten. Für eine Rückstufung ist selbst dann kein wichtiger Grund gegeben, wenn der Kläger wegen seiner gesundheitlichen Einschränkungen die tarifvertraglichen Anforderungen für die erstmalige Übertragung einer Stelle der Tarifstufe I (oder II) nicht mehr erfüllen sollte.

23

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die krankheitsbedingte Beeinträchtigung des Klägers führe bei Beibehaltung der bisherigen Vergütung zu einer übertariflichen Bezahlung und damit zu einer Verletzung der Ausgewogenheit des betrieblichen Vergütungssystems. Die Beklagte sei ohne Rückstufung gehalten, den Kläger auf unabsehbare Zeit höher zu vergüten, als es nach der Tariflage geboten sei. Hinzu komme, dass die Mittel zur Vergütung der Croupiers allein aus dem Tronc aufgebracht und nach einem Punktesystem verteilt würden. Die übertarifliche Vergütung wirke sich auf diese Weise nachteilig auf die Vergütung der übrigen Mitarbeiter aus. 24

(2) In diesen Umständen liegt keine Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen, die eine Änderungskündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen könnte. Die Beklagte hat schon nicht dargelegt, in welchem Maße die Arbeitsleistung des Klägers infolge seiner Befreiung vom Einsatz beim Poker-Spiel die Normalleistung eines Croupiers der Tarifstufe I unterschreite. Ebenso wenig hat sie dargetan, in welchem Umfang sie üblicherweise die bei ihr beschäftigten Croupiers der Tarifstufe I am Pokertisch einsetzt. Es ist deshalb nicht ersichtlich, dass die tatsächliche Arbeitsleistung des Klägers die von einem Croupier I zu erwartende Leistung in einem Maße unterschritte, das der Beklagten ein Festhalten an dem bestehenden Arbeitsvertrag unzumutbar machen würde. Die von ihr ins Feld geführte Beeinträchtigung der Ausgewogenheit des betrieblichen Vergütungssystems ändert daran nichts. Ein sich aus unterschiedlicher Leistungsfähigkeit ergebendes Ungleichgewicht haben Arbeitgeber und Mitarbeiter in gewissem Rahmen hinzunehmen. Nicht jede Minderleistung verlangt nach einer Reduzierung der Vergütung. 25

III. Die Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen in eine ordentliche Änderungskündigung nach § 140 BGB ist nicht möglich. Die ordentliche Kündigung ist im Streitfall gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausgeschlossen. 26

IV. Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die 27
Beklagte zu tragen.

Kreft

Berger

Rachor

Perreng

Wolf