
Datum: 15.08.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 165/12
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2012:0815.7SA165.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Oberhausen, 4 Ca 1269/11
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

Die einer betriebsbedingten Änderungskündigung zugrunde liegende Unternehmerentscheidung, die Nachtschicht in einem Senioren- und Pflegeheim nicht mehr mit nur für diese Schicht arbeitsvertraglich angestellte Mitarbeiter zu besetzen, sondern mit Mitarbeitern, die in allen Schichten eingesetzt werden können, um einen flexiblen Einsatz - insbesondere zur Sicherstellung der Versorgung der Heimbewohner - sowohl in der Tag- als auch in der Nachtschicht zu erzielen, ist nicht deshalb willkürlich, weil der Arbeitgeber die Betriebsratsmitglieder von der Regelung ausgenommen hat. Es kann nicht als willkürlich oder missbräuchlich angesehen werden, unter Sonderkündigungsschutz stehenden Arbeitnehmern gegenüber keine Änderungskündigung auszusprechen.

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 30.12.2011, 4 Ca 1269/11, abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

III.

Die Revision wird zugelassen.

T A T B E S T A N D :	1
Mit ihrer Klage wehrt die Klägerin sich gegen eine seitens der Beklagten ausgesprochene ordentliche Änderungskündigung.	2
Die am 07.04.1969 geborene, verheiratete Klägerin, die zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist, ist seit dem 01.10.1994 bei der Beklagten, die ein Seniorenwohn- und pflegeheim betreibt, beschäftigt, und zwar zuletzt als examinierte Altenpflegerin im Nachtdienst. Ausweislich des Arbeitsvertrages vom 20.12.1994 ist sie als Altenpflegerin in der Nachtwache eingestellt. Seit dem 01.12.2004 ist sie als Dauernachtwache bei der Beklagten tätig.	3
Die Mitarbeiter G., B. O. und H. sind ebenfalls aufgrund einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausschließlich im Nachtdienst tätig. Die Mitarbeiter G. und B. O. sind Betriebsratsmitglieder, die Mitarbeiterin H. ist Ersatzbetriebsratsmitglied.	4
Die Mitarbeiter T. und I., die ebenfalls einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Einsatz in der Nachtschicht haben, sind schwerbehindert. Hinsichtlich dieser Mitarbeiter hat die Beklagte die Zustimmung zur Änderungskündigung beim Integrationsamt beantragt.	5
Ausweislich eines zur Akte gereichten Beschlusses vom 20.06.2011 (Bl. 47 der Akte) hat die Geschäftsleitung der Beklagten beschlossen, dass im Unternehmen keine Mitarbeiter mehr beschäftigt werden sollen, die nach ihren arbeitsvertraglichen Bestimmungen als examinierte Fachkräfte ausschließlich im Nachtdienst tätig sein können, es sei denn, dass sie lediglich außerordentlich kündbar sind.	6
Mit Schreiben vom 30.03.2011 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Änderungskündigung zum 30.9.2011 aus. Die von der Klägerin dagegen erhobene Kündigungsschutzklage ist rechtskräftig zu Gunsten der Klägerin entschieden.	7
Nach Anhörung des bei der Beklagten bestehenden Betriebsrats mit Anhörungsschreiben vom 22.06.2011 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 30.06.2011 eine erneute Änderungskündigung zum 31.12.2011 aus. Sie bot der Klägerin an, das Arbeitsverhältnis zu im Übrigen unveränderten Konditionen mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,50 Stunden gemäß den Festlegungen des Dienstplanes fortzusetzen. Dies bedeute, dass die Klägerin zu einer unveränderten monatlichen Bruttovergütung sowohl im Tag- als auch im Nachtdienst eingesetzt werden könne.	8
Die Klägerin hat das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen. Sie hat eine ärztliche Bescheinigung mit Datum vom 11.07.2011 zur Akte gereicht, nach der sich aus ärztlicher Sicht eine Wechselschicht sehr negativ auf das Krankheitsbild der Klägerin auswirken würde. Infolge dessen solle die Klägerin keine Wechselschicht durchführen.	9
Die Beklagte hatte mit dem Betriebsrat im September 1995 eine Betriebsvereinbarung geschlossen, nach der unter anderem auf die Arbeitsverhältnisse der BAT mit Ausnahme der im Einzelnen aufgeführten Vorschriften Anwendung finden sollte. Wegen des Inhalts der Betriebsvereinbarung im Einzelnen wird auf Bl. 221 - 224 der Akte Bezug genommen. Diese	10

Betriebsvereinbarung ist im Jahr 2001 gekündigt worden. Sie ist durch Abschluss der Betriebsvereinbarung vom 19.12.2011 abgelöst worden. Wegen des Inhalts dieser Betriebsvereinbarung wird auf Bl. 264 - 266 der Akte Bezug genommen.

Die Beklagte und der Betriebsrat haben darüber hinaus unter dem Datum vom 26.10.2011 eine "Betriebsvereinbarung über Dienstplangestaltung und Regelung der Arbeitszeit" abgeschlossen. Wegen des Inhalts der Betriebsvereinbarung wird auf Bl. 70 - 82 der Akte Bezug genommen. 11

Die Klägerin hat vorgetragen, ein betrieblicher Grund für die Änderungskündigung liege nicht vor, denn der Nachtdienst sei regelmäßig unterbesetzt. Von den examinieren Kräften stünden lediglich 6,5 Kräfte zur Verfügung. Dies liege unter anderem daran, dass die Betriebsratsmitglieder deutlich weniger Schichten ableisteten als die anderen examinieren Vollzeitkräfte, so dass allenfalls von drei examinieren Vollzeitkräften in der Nachtschicht ausgegangen werden könne. Im 2. Halbjahr 2011 seien sämtliche Dienstpläne bemängelt worden, weil unzureichend Nachtkräfte eingeplant gewesen seien. Ein Konzept, wonach eine gleichmäßigere Versorgung in der Einrichtung gewährleistet werden könne, liege nicht vor. Die Klägerin hat gerügt, dass im Hinblick auf die betriebsverfassungsrechtlich besonders geschützten Mitarbeiter keine Sozialauswahl stattgefunden habe. Außerdem sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt. Eine Weiterbeschäftigung der Klägerin zu den bisherigen Bedingungen sei möglich. Zudem sei das Änderungsangebot unklar. 12

Die Klägerin hat beantragt, 13

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 30.05.2011 unwirksam ist. 14

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe erhebliche Schwierigkeiten, die Dienste im Tagdienst mit examinieren Fachkräften zu besetzen. Dies liege zum einen am hohen Krankenstand, zum anderen daran, dass im Bereich des Nachtdienstes überproportional viele Fachkräfte mit arbeitsvertraglichem Anspruch, ausschließlich in der Nacht tätig zu sein, beschäftigt würden. Zur Sicherstellung der Versorgung der Heimbewohner sei die Änderungskündigung unausweichlich. 17

Nach Ablauf der Änderungskündigungsfrist sollten im Rahmen der Dienstplangestaltung die Einsatzwünsche von Mitarbeitern, die ehemals einen Anspruch auf Beschäftigung in der Nacht hatten, besonders berücksichtigt werden. Aufgrund des Sonderkündigungsschutzes seien die Betriebsratsmitglieder nicht in die Sozialauswahl einbezogen worden. 18

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die unternehmerische Entscheidung der Beklagten sei willkürlich, weil sie die Betriebsratsmitglieder aus dem Konzept, die Arbeitsverträge der Mitarbeiter zu ändern, die arbeitsvertraglich ausschließlich als Nachtwachen eingestellt worden seien, herausgenommen habe. Hierin sehe die Kammer eine unzulässige Bevorzugung der Betriebsratsmitglieder gegenüber der Klägerin. Die Beklagte hätte auch gegenüber den Betriebsratsmitgliedern eine außerordentliche Änderungskündigung mit sozialer Auslaufzeit aussprechen müssen. Hiermit hätte sie eine Gleichbehandlung aller Mitarbeiter erreicht und niemanden ohne sachlichen Grund besser oder schlechter gestellt. 19

Gegen das ihr am 04.01.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 09.02.2012 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung verbunden mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingelegt und diese mit einem am 05.03.2012 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 20

Hinsichtlich des Antrags auf Wiedereinsetzung trägt die Beklagte unter Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung vor, die erfahrene und seit dem Jahr 2001 in der Sozietät des Beklagtenvertreters fehlerlos tätige Frau T.-E. sei angewiesen gewesen, während des Urlaubs des Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 30.01. bis 03.02.2012 sämtliche Posteingänge sowie Emails dem Urlaubsvertreter vorzulegen. Mit Email vom 02.02.2012, die 73 Seiten Anlagen enthielt, habe sie - die Beklagte - ihren Prozessbevollmächtigten mit der Berufungseinlegung beauftragt. Aus der Email nebst Anlagen habe sich das Zustellungsdatum des Urteils vom 04.01.2012 ergeben. Frau T.-E. habe es sodann jedoch versäumt, den Eingang auf das Vorhandensein einer Frist zu überprüfen und habe die Email, die selbst keinen Hinweis auf den unmittelbar bevorstehenden Fristablauf enthalten habe, auch der Urlaubsvertretung nicht vorgelegt. Nach der in der Kanzlei bestehenden Organisationsanweisung "Fristen und Termine" hätte auch in diesem Fall der Unklarheit über das Bestehen von Fristen eine Meldung an den zuständigen Rechtsanwalt erfolgen müssen. Hätte Frau T.-E. die Email auftragsgemäß auf eine Frist hin geprüft, was ihr aufgrund ihrer Ausbildung möglich sei, und diese nebst Anlagen vorgelegt, hätte die Urlaubsvertretung fristgerecht Berufung einlegen können. Nach Rückkehr aus dem Urlaub seien dem Beklagtenvertreter zunächst die als fristgebunden gekennzeichneten Eingänge vorgelegt worden. Erst am 07.02.2012 sei ihm die Email der Beklagten vorgelegt worden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände scheide ein zurechenbares Verschulden des Beklagtenvertreters aus, da er sich auf die Arbeit seiner Sekretärin habe verlassen dürfen. 21

Mit der Berufung rügt die Beklagte unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, das Arbeitsgericht sei zu Unrecht zu der Auffassung gelangt, dass die von ihr - der Beklagten - getroffene Organisationsentscheidung willkürlich sei. Es sei sachlich gerechtfertigt, ordentlich unkündbare Arbeitnehmer von der getroffenen Entscheidung auszunehmen. Dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG unterfalle auch die ordentliche Änderungskündigung. Eine außerordentliche Änderungskündigung gegenüber den Mitgliedern des Betriebsrats wäre mangels Vorliegen eines wichtigen Grundes mit hoher Wahrscheinlichkeit unwirksam. Zudem laufe die Organisationsentscheidung trotz Weiterbeschäftigung der Betriebsratsmitglieder ausschließlich in der Nachtschicht nicht leer, denn bereits die bessere Verplanbarkeit hinsichtlich der übrigen Mitarbeiter sei geeignet, den beabsichtigten Zweck zu fördern. Die Änderungskündigung sei auch nicht unbestimmt. Die monatliche Bruttovergütung bleibe gleich. Lediglich soweit die Klägerin für die Einsätze im Nachtdienst steuerfreien Aufwendersersatz erlangt habe, könne sie diesen nicht für Einsätze am Tag fortgezahlt verlangen. Die Klägerin sei auch nicht ordentlich unkündbar. Eine ordentliche Unkündbarkeit ergebe sich weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus der zum Ende des Jahres 2001 gekündigten Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995. Mit Ablauf der Kündigungsfrist dieser Betriebsvereinbarung hätten nur solche Regelungen fortgegolten, die dem Mitbestimmungsrecht unterlegen hätten. Bei der Frage nach einer ordentlichen Unkündbarkeit handele es sich jedoch nicht um eine Angelegenheit der zwingenden Mitbestimmung, denn die Einräumung einer solchen Privilegierung sei rein freiwillig erfolgt. Die Klägerin hätte sich also erst mit Fortgeltung der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 bis in das Jahr 2009 auf die ordentliche Unkündbarkeit berufen können. Selbst wenn die Regelung zur ordentlichen Unkündbarkeit fortwähren sollte und die Klägerin eine ordentliche Unkündbarkeit im Jahr 2009 begründet hätte, wäre der Anspruch durch die Regelung der Betriebsvereinbarung vom 19.12.2011 entfallen. Die Klägerin habe kein schutzwürdiges 22

Vertrauen bilden können, denn sie habe gewusst, dass seit Jahren Rechtsstreite über die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 geführt worden seien.	
Die Beklagte beantragt,	23
1. unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 30.12.2011, 4 Ca 1269/11, die Klage abzuweisen.	24
2. der Beklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.	25
Die Klägerin beantragt,	26
die Berufung zurückzuweisen.	27
Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgericht unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und weist ergänzend darauf hin, dass die Beklagte auch gegenüber Ersatzmitgliedern des Betriebsrats die Änderungskündigung zurückgenommen habe, so dass von den insgesamt zu kündigenden Mitarbeitern etwa 1/3 nicht unter die Maßnahme falle. Die Beklagte habe bisher nicht in zureichender Weise dargetan, inwiefern denn überhaupt eine Änderungskündigung betrieblich notwendig sei. Letztlich beziehe sich die unternehmerische Entscheidung nur auf sie, die Klägerin, da vier Mitarbeiter dem Schutz des Betriebsratsmandats unterfielen und zwei Mitarbeiter schwerbehindert seien. Wenn somit lediglich ein Arbeitnehmer für die Umsetzung des unternehmerischen Konzeptes zur Verfügung stehe, reduziere sich die Unternehmerentscheidung auf eine Individualentscheidung. Zudem sei sie, die Klägerin, aus gesundheitlichen Gründen auf eine Erholungsphase von sieben Tagen angewiesen, die der Nachtschichtphase von sieben Tagen folge. Der Einsatz in Wechselschichten sei insofern unklar, als nach der zugrunde liegenden Dienstplanvereinbarung verschiedene Früh- und Spätdienste möglich seien, und zwar mit unterschiedlicher Dauer und Anfangszeit. Das Änderungsangebot sei insoweit auch nicht hinreichend klar. Abgesehen davon hätte ihr im Hinblick auf die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 nur außerordentlich gekündigt werden können, da sie den besonderen Kündigungsschutz nach dem BAT erworben habe. Dass die Betriebsvereinbarung zwischenzeitlich abgelöst worden sei, ändere nichts an der seinerzeitigen Position.	28
Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien wird auf ihre in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.	29
ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE :	30
I.	31
Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig.	32
Der Beklagten war wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 233 ZPO i.V.m. § 525 ZPO, § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG zu gewähren, da der Antrag zulässig und begründet ist.	33
Gemäß § 233 ZPO i.V.m. § 525 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG kann ein Antrag auf Wiedereinsetzung unter anderem - wie vorliegend - dann gestellt werden, wenn eine Partei die Frist zur Einlegung der Berufung versäumt hat.	34
	35

Der Antrag ist zulässig, denn er wurde form- und fristgerecht (§§ 234 Abs. 1 S. 2 ZPO i.V.m. § 525 S. 1 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) mit dem am 09.02.2012 beim Landesarbeitsgericht per Fax eingegangenen Schriftsatz gestellt, nachdem der Beklagtenvertreter durch Vorlage der Email der Beklagten vom 02.02.2012 am 07.02.2012 erfahren hatte, dass die Frist zur Einlegung der Berufung am 06.02.2012 abgelaufen war.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist auch begründet. 36

Wiedereinsetzung gemäß § 233 ZPO i.V.m. § 525 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG kann nur dann 37
gewährt werden, wenn fehlendes Verschulden der Partei an der Fristversäumnis dargelegt
und glaubhaft gemacht ist (§ 236 Abs. 2 ZPO). Dabei ist ein Verschulden ihres
Prozessbevollmächtigten der Partei zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

Die Partei muss im Rahmen ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist die 38
Tatsachen vortragen und glaubhaft machen, die die Wiedereinsetzung begründen sollen.
Hierzu gehört eine aus sich heraus verständliche, geschlossene Schilderung der
tatsächlichen Abläufe, aus denen sich ergibt, auf welchen konkreten Umständen die
Fristversäumnis beruht (st. Rspr. des BGH, u.a. BGH, Beschluss vom 03.07.2008, IX ZB
22/03, zitiert nach juris). Dabei sind regelmäßig Ausführungen zur Organisation der
Fristenkontrolle im Allgemeinen und zur Ausgangskontrolle im Besonderen erforderlich (BGH,
Beschluss vom 23.05.2006, VI ZB 77/05, zitiert nach juris). Der Prozessbevollmächtigte hat
durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass Fristen zuverlässig
festgehalten und kontrolliert werden; unverzichtbar sind insoweit eindeutige Anweisungen an
das Büropersonal.

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen ist der Beklagten Wiedereinsetzung in 39
den vorigen Stand zu gewähren, denn nach dem durch eidesstattliche Versicherung
glaubhaft gemachten Vorbringen der Beklagten ist weder ein Verschulden der Partei noch ein
zurechenbares Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten gegeben.

Im Büro des Beklagtenvertreters besteht eine Organisationsanweisung für die Behandlung 40
von Fristen und Terminen, die der Mitarbeiterin Frau T.-E. nach ihrer eidesstattlichen
Versicherung auch bekannt ist. Diese Mitarbeiterin hatte zudem die eindeutige Anweisung,
während der Urlaubsabwesenheit des Beklagtenvertreters sämtlichen eingehenden
Schriftverkehr der Urlaubsvertretung vorzulegen. Sie hat die Email der Beklagten zwar
ausgedruckt, sodann allerdings vergessen, diesen Ausdruck dem Urlaubsvertreter
vorzulegen. Angesichts der ansonsten zuverlässigen und in der Vergangenheit fehlerfrei
arbeitenden Mitarbeiterin durfte der Beklagtenvertreter darauf vertrauen, dass die
Mitarbeiterin die eindeutig erteilte Anweisung in jedem Fall auch ausführt. Letztlich ist auch
nicht ersichtlich, welche weiteren Anweisungen oder Maßnahmen der Beklagtenvertreter
hätte veranlassen können oder müssen, um einen solchen Fehler der Mitarbeiterin zu
verhindern. Ein der Beklagten zuzurechnendes Verschulden des Prozessbevollmächtigten
liegt danach nicht vor.

Mithin ist festzustellen, dass die Beklagte bzw. ihre Prozessbevollmächtigte, dessen 41
Verschulden der Beklagten gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen wäre, ohne Verschulden
verhindert war, die Berufungseinlegungsfrist einzuhalten (vgl. §§ 233, 236 Abs. 2 ZPO), so
dass dem Wiedereinsetzungsantrag stattzugeben war.

II. 42

43

Die Berufung ist auch begründet. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts war daher auf die Berufung der Beklagten abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die streitgegenständliche Änderungskündigung hat das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.12.2011 im Umfang des Änderungsangebotes abgeändert. Sie ist durch ein dringendes betriebliches Erfordernis gerechtfertigt, verhältnismäßig und hinreichend bestimmt. 44

Bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist das Änderungsangebot des Arbeitgebers daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 2 KSchG es bedingen und ob der Arbeitgeber sich darauf beschränkt hat, solche Vertragsänderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Im Rahmen des § 1 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 2 KSchG ist dabei zunächst zu prüfen, ob ein Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist. Dies kann auf einer unternehmerischen Entscheidung zur Umstrukturierung des gesamten oder von Teilen eines Betriebs oder einzelner Arbeitsplätze beruhen, von der auch das Anforderungsprofil der im Betrieb nach Umstrukturierung verbleibenden Arbeitsplätze erfasst werden kann. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, das heißt, die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist (vgl. BAG, Urteil vom 23.02.2012, 2 AZR 45/11, m.w.N., zitiert nach juris). Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist sodann nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln (vgl. BAG, Urteil vom 23.06.2005, 2 AZR 642/04, zitiert nach juris). Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, das heißt, die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist (vgl. BAG, Urteil vom 02.03.2006, 2 AZR 64/05, m.w.N., zitiert nach juris). 45

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen ist festzustellen, dass im Rahmen der streitgegenständlichen Änderungskündigung für eine Beschäftigung der Klägerin nach den bisherigen Arbeitsbedingungen - ausschließliche Tätigkeit in der Nachtschicht - nach Ablauf der Kündigungsfrist kein Bedarf besteht, aber für die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen. Der dringende betriebliche Grund für den Ausspruch der Änderungskündigung ist vorliegend in der von der Beklagten gefassten und durch Vorlage des Beschlusses nachgewiesenen unternehmerischen Entscheidung zu sehen, die Nachtschicht nicht mehr mit nur für diese Schicht arbeitsvertraglich angestellten Mitarbeitern zu besetzen, sondern mit Mitarbeitern, die in allen Schichten eingesetzt werden können, um einen flexiblen Einsatz zur Überbrückung von Krankheits- oder Urlaubsausfällen der examinierten Mitarbeiter - insbesondere zur Sicherstellung der Versorgung der Heimbewohner - sowohl in der Tag- als auch in der Nachtschicht zu erzielen. 46

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterliegt auch die einer betriebsbedingten Änderungskündigung zugrunde liegende Unternehmerentscheidung im Kündigungsschutzprozess nur einer Missbrauchskontrolle. Sie ist nicht auf Zweckmäßigkeit, sondern lediglich dahingehend zu überprüfen, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist und ob sie ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Änderungsbedarf ist. (vgl. z.B. BAG, Urteil vom 02.03.2006, 2 AZR 64/05, m.w.N., zitiert nach juris). In Anerkennung der Freiheit der Unternehmerentscheidung wird von den Arbeitsgerichten auch nicht geprüft, ob 47

der Entschluss des Arbeitgebers wirtschaftlich sinnvoll ist.

Danach ist vorliegend zunächst festzustellen, dass für die ausgesprochene Änderungskündigung ein ohne weiteres nachvollziehbarer und anerkennenswerter Anlass besteht. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten fehlen im Tagdienst immer wieder gerade examinierte Fachkräfte, die zu einem großen Teil aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Regelungen nur in der Nachtschicht eingesetzt werden können. Dabei kann dahinstehen, ob die von der Beklagten zur Akte gereichten Dienstpläne und Berechnungen - wie die Klägerin behauptet - nicht hinreichend zwischen einfachen Pflegekräften und examinierten Fachkräften unterscheiden. Fakt ist, dass im Tagdienst regelmäßig aufgrund Krankheit oder Urlaub Fachkräfte fehlen. Da die Beklagte unstreitig über die vorzuhaltende Anzahl an examinierten Fachkräften verfügt, kann die Klägerin die Beklagte nicht darauf verweisen, mehr Personal einzustellen. Der Vortrag der Klägerin, auch in der Nachtschicht fehle es regelmäßig an examiniertem Fachpersonal und sie sei gerade aus diesem Grund zur examinierten Altenpflegerin auf Kosten der Beklagten ausgebildet worden, führt ebenfalls nicht zu der Annahme, dass die unternehmerische Entscheidung offenbar unvernünftig sein soll. Vielmehr spricht dieser Umstand eher dafür, dass gerade eine flexible Personaleinsatzmöglichkeit geeignet ist, einem etwaigen Missstand - sei es in der Tag- oder der Nachtschicht - zu begegnen.

48

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts ist die Unternehmerentscheidung nicht etwa deshalb willkürlich, weil die Beklagte Betriebsratsmitglieder sowie die unter gleichem Schutz stehenden Ersatzbetriebsratsmitglieder von der Regelung ausgenommen hat. Es kann nicht als willkürlich oder missbräuchlich angesehen werden, wenn Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz, die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen sind, in die neue Regelung nicht einbezogen werden, solange sie dem besonderen Kündigungsschutz unterfallen. Zutreffend weist die Beklagte zudem darauf hin, dass im Hinblick auf den Sonderkündigungsschutz für den Ausspruch einer außerordentlichen Änderungskündigung mit sozialer Auslaufzeit das Vorliegen eines wichtigen Grundes erforderlich wäre. Dies kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts etwa dann der Fall sein, wenn ohne die Änderung der Arbeitsbedingungen ein sinnlos gewordenes Arbeitsverhältnis über einen erheblichen Zeitraum nur durch Gehaltszahlungen fortgesetzt werden müsste (vgl. BAG, Urteil vom 07.10.2004, 2 AZR 81/04, zitiert nach juris).

49

Ein derartiger Fall ist vorliegend gerade nicht gegeben, denn die Betriebsratsmitglieder können durchaus sinnvoll - und zwar bis zum Ende des Sonderkündigungsschutzes - dauerhaft in der Nachtschicht eingesetzt werden. Darin eine unzulässige Begünstigung der unter Sonderkündigungsschutz stehenden Mitarbeiter nach § 78 BetrVG zu sehen, hat das Bundesarbeitsgericht in seiner vorbezeichneten Entscheidung ausdrücklich abgelehnt.

50

Auch die von der Klägerrin zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Beschluss vom 21.06.1995, 2 ABR 81/04, zitiert nach juris) führt zu keinem anderen Ergebnis, denn auch in dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht darauf abgestellt, dass ein wichtiger Grund zum Ausspruch einer außerordentlichen Änderungskündigung nur dann gegeben ist, wenn für den Arbeitgeber ein unabweisbares Bedürfnis besteht. Dies ist vorliegend nicht der Fall, und zwar selbst dann nicht, wenn berücksichtigt wird, dass nach dem Vortrag der Klägerin zur Umsetzung des unternehmerischen Konzeptes nur vier bzw. zwei Mitarbeiter zur Verfügung stehen, weil hinsichtlich der schwerbehinderten Mitarbeiter die Zustimmung des Integrationsamtes noch nicht erteilt ist. Die Unternehmerentscheidung wird dadurch nicht offensichtlich unvernünftig, denn die Beklagte kann sukzessive die zur Verfügung stehende,

51

flexibel einsetzbare Mitarbeiteranzahl erhöhen, sobald der Sonderkündigungsschutz endet bzw. die Zustimmung des Integrationsamtes erteilt ist.

Es kann auch nicht von einer verdeckten und damit missbräuchlichen Entgeltreduzierung ausgegangen werden, denn die Beklagte beabsichtigt nicht, die Anzahl der zu zahlenden Nachtzuschläge zu reduzieren, sondern diese werden nur - ggf. - auf unterschiedliche Personen verteilt. 52

Danach ist das dringende betriebliche Erfordernis zum Ausspruch der betriebsbedingten Änderungskündigung gegenüber der Klägerin gegeben. 53

Das Änderungsangebot ist auch verhältnismäßig, denn es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte der Klägerin ein für sie weniger einschneidendes Angebot hätte unterbreiten können. Das hat die Klägerin selbst auch nicht behauptet. Soweit die Klägerin sich in diesem Zusammenhang darauf berufen hat, die Beklagte könne ihr Konzept zum flexiblen Einsatz examinierter Mitarbeiter nur für die Zukunft in der Weise umsetzen, dass das Konzept bei Neueinstellungen zu berücksichtigen sei, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Es ist der Beklagten unbenommen, Änderungskündigungen auszusprechen. 54

Auch das von der Klägerin vorgelegte ärztliche Attest ist nicht geeignet, die Wirksamkeit der Änderungskündigung zu beeinflussen. Zum einen geht aus dem Attest gerade nicht hervor, dass die Klägerin aus gesundheitlichen Gründen ausschließlich in der Nachtschicht eingesetzt werden soll. Ausweislich des Attestes soll die Klägerin keine "Wechselschichten" durchführen. Diese gesundheitlichen Bedürfnisse der Klägerin hat die Beklagte - ebenso wie andere persönliche Interessen der Klägerin - bei der Dienstplangestaltung nach § 3 Abs. 1 der "Betriebsvereinbarung über Dienstplangestaltung und Regelung der Arbeitszeit" mit den betrieblichen Interessen nach billigem Ermessen abzuwägen. 55

Abgesehen davon hat die Klägerin auf entsprechendes Befragen im Kammertermin, worin ihr Krankheitsbild besteht, auf das sich Wechselschichten negativ auswirken, allgemein auf Kreislaufbeschwerden hingewiesen. Auf derartige Beschwerden - so sie entsprechend nachgewiesen werden - hat der Arbeitgeber sodann in Abwägung mit den betrieblichen Interessen bei der Erstellung des Dienstplangentwurfs Rücksicht zu nehmen. 56

Die streitgegenständliche Änderungskündigung ist danach auch verhältnis-mäßig. 57

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist das Änderungsangebot auch hinreichend bestimmt, wobei die Bestimmbarkeit des Angebotes ausreicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss für den Empfänger bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung das Änderungsangebot hinreichend klar bestimmt sein bzw. sich dessen Inhalt eindeutig bestimmen lassen. Es reicht weder aus, dass es der Arbeitgeber später klarstellt noch sich der gekündigte Arbeitnehmer die jeweils für ihn günstigsten Teile "heraussuchen" kann. Der gekündigte Arbeitnehmer muss vielmehr bereits zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung wissen bzw. hinreichend deutlich erkennen können, welchen konkreten Inhalt das Angebot hat. Er muss zweifelsfrei erkennen können, auf welcher Basis das Arbeitsverhältnis zukünftig fortgesetzt werden soll. Denn er muss in einem begrenzten Zeitraum auf das Vertragsangebot reagieren und sich entscheiden. Gerade deshalb muss der Erklärende das Änderungsangebot klar und eindeutig formulieren (vgl. BAG, Urteil vom 17.05.2001, 2 AZR 460/00, zitiert nach juris). 58

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die "unveränderte monatliche Bruttovergütung" ergibt sich daraus, dass die Beklagte die Gehaltszahlung nach der Eingruppierung der Beschäftigten entsprechend den Eingruppierungsvorschriften des TVöDL 59

und der dazu gehörigen Entgeltordnung entrichtet und der Klägerin ihre Vergütungsgruppe bekannt ist. In diesem Fall ist die Mitteilung im Änderungsangebot "zu einer unveränderten monatlichen Bruttovergütung" bestimmbar und damit hinreichend bestimmt. Gleiches gilt für die Erklärung, dass die Klägerin "sowohl im Tag- als auch im Nachtdienst eingesetzt werden" könne. Diese Formulierung umfasst alle Schichten, die bei der Beklagten im Hinblick darauf, dass bei der Beklagten "rund um die Uhr" gearbeitet werden muss, zu leisten sind. Den konkreten Einsatz erfährt die Klägerin - wie zuvor auch - aus den Dienstplänen.

Die Berufungskammer vermag sodann der Auffassung der Klägerin, sie sei nur noch außerordentlich kündbar, nicht zu folgen. Ein derartiger Anspruch folgt weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus einer der Betriebsvereinbarungen. 60

Keiner der mit der Klägerin im Laufe der Zeit abgeschlossenen Arbeitsverträge enthält eine eigenständige Zusage der Unkündbarkeit bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen. Eine derartige Regelung ist in § 5 des Arbeitsvertrages, überschrieben mit "Beendigung des Arbeitsverhältnisses", gerade nicht enthalten. 61

Eine solche ergibt sich auch nicht aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995. Zwar sieht die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 unter § 5 vor: 62

"Die Bestimmungen dieser Betriebsvereinbarung werden automatisch Bestandteil von Arbeitsverträgen, die vor dem Abschlussdatum dieser Vereinbarung geschlossen worden sind." 63

Damit wird allerdings lediglich die in § 77 Abs. 4 BetrVG enthaltene Regelung konkretisiert, dass Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis wirken, ohne dass es einer besonderen Umsetzung bedarf. 64

Abgesehen davon ist der Arbeitsvertrag der Klägerin gemäß § 7 betriebsvereinbarungsoffen gestaltet, das heißt, günstigere Betriebsvereinbarungen verdrängen die arbeitsvertragliche Vereinbarung lediglich für die Dauer ihrer Wirkung einschließlich des Nachwirkungszeitraums. Läuft die Betriebsvereinbarung ab, lebt die frühere arbeitsvertragliche Vereinbarung wieder auf (vgl. BAG, Urteil vom 28.03.2000, 1 AZR 366/99, zitiert nach juris). 65

Unter § 3 Ziffer 1. der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 ist der Anwendungsbereich des Rahmentarifvertrages geregelt, mit Ausnahme der im Einzelnen dort aufgeführten Vorschriften des BAT. Da § 53 Abs. 3 BAT, der die Voraussetzungen der ordentlichen Unkündbarkeit regelt, nicht in den Ausnahmenvorschriften aufgeführt ist, muss davon ausgegangen werden, dass diese Vorschrift auf die Arbeitsverträge Anwendung finden sollte. 66

Ob eine ordentliche Kündigung nach dieser tariflichen Vorschrift in Verbindung mit der Betriebsvereinbarung und dem Arbeitsvertrag unzulässig ist, richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der nahezu einhelligen Meinung im Schrifttum für die Beurteilung maßgebend, ob eine Kündigung sozialwidrig ist, ob eine außerordentliche Kündigung wirksam ist, ob die Kündigung der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf oder ob eine Kündigung gegen das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot verstößt. Der sachliche Grund hierfür liegt darin, dass die Kündigungserklärung gemäß § 130 BGB erst mit ihrem Zugang wirksam wird. Dann aber ist es gerechtfertigt, grundsätzlich alle materiellen und damit auch tariflichen 67

Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zu beurteilen (vgl. BAG, Urteil vom 10.03.1982, 4 AZR 158/79, zitiert nach juris).

Das bedeutet vorliegend: zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung stand der Klägerin ein Anspruch auf ordentliche Unkündbarkeit mangels Nachwirkung der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 nicht zu. 68

Nach § 77 Abs. 6 BetrVG gelten die Regelungen einer Betriebsvereinbarung in Angelegenheiten, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Dies betrifft die Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung. Betriebsvereinbarungen über Gegenstände, die nicht der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, entfalten kraft Gesetzes keine Nachwirkung. Betriebsvereinbarungen mit teils erzwingbaren, teils freiwilligen Regelungen wirken grundsätzlich nur hinsichtlich der Gegenstände nach, die der zwingenden Mitbestimmung unterfallen. Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Betriebsvereinbarung sinnvoll in einen nachwirkenden und einen nachwirkungslosen Teil aufspalten lässt. Andernfalls entfaltet zur Sicherung der Mitbestimmung die gesamte Betriebsvereinbarung Nachwirkung (vgl. BAG, Urteil vom 26.08.2008, 1 AZR 354/07, zitiert nach juris). 69

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen handelt es sich bei der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 - wie dies auch das Bundesarbeitsgericht in der vorbezeichneten Entscheidung festgestellt hat - lediglich um eine teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsverhältnis ordentlich unkündbar sein soll, unterliegt nicht dem zwingenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Dieser Teil der Betriebsvereinbarung gehört daher zum nachwirkungslosen Teil der Betriebsvereinbarung. Da die Betriebsvereinbarung bereits im Jahr 2001 gekündigt wurde, kann die Klägerin ein Recht auf ordentliche Unkündbarkeit aus der zum Zeitpunkt des Zugangs der Änderungskündigung am 30.06.2011 gekündigten Betriebsvereinbarung nicht herleiten. 70

Ein derartiger Anspruch ergibt sich auch nicht aus der ablösenden Betriebsvereinbarung aus Dezember 2011. Zwar weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass nach § 3 Abs. 2 dieser Betriebsvereinbarung von der Ablösung arbeitsvertraglich begründete Ansprüche infolge einer Inbezugnahme auf die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 oder sonstige individualrechtliche Ansprüche unberührt bleiben sollen. Allerdings hat die Klägerin - wie vorstehend ausgeführt - keinen Anspruch auf ordentliche Unkündbarkeit aus der Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1995 erworben, weil diese Betriebsvereinbarung ohne Nachwirkung zum Zeitpunkt des Zugangs der Änderungskündigung gekündigt war. Zudem hat die Klägerin die Anspruchsvoraussetzungen für eine ordentliche Unkündbarkeit im Jahr 2001 noch nicht erfüllt. Zutreffend hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass diese Voraussetzungen bezogen auf die Klägerin erst im Jahr 2009 erfüllt waren. 71

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass nach dem Willen der Betriebsparteien mit ihrer Regelung in § 3 Abs. 2 der Betriebsvereinbarung aus Dezember 2011 bereits ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen rückwirkend dadurch die Grundlage entzogen werden sollte, dass den Mitarbeitern rückwirkend ein besonderer Schutz gegen eine ordentliche Kündigung zugesprochen werden sollte. Eine derartige Regelung wäre nicht praktikabel und kann daher nur - wenn überhaupt - für nach Abschluss der Betriebsvereinbarung ausgesprochene Kündigungen einen besonderen Kündigungsschutz entfalten. 72

Die Berufung ist daher begründet. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts war abzuändern.	
III.	74
Als unterliegende Partei hat die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91 ZPO).	75
IV.	76
Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.	77
RECHTSMITTELBELEHRUNG	78
Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei	79
REVISION	80
eingelegt werden.	81
Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	82
Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim	83
Bundesarbeitsgericht	84
Hugo-Preuß-Platz 1	85
99084 Erfurt	86
Fax: 0361-2636 2000	87
eingelegt werden.	88
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	89
Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	90
1.Rechtsanwälte,	91
2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	92
3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	93
In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	94

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	95
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	96
PaßlickWindfuhrRinklake	97
