
Datum: 10.12.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 Sa 604/10
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2012:1210.5SA604.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 16 Ca 4013/09
Schlagworte: Beweislast für die Erforderlichkeit einer Änderungskündigung
Normen: § 2 KSchG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1 In früheren Entscheidungen haben der Erste und der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, eine nicht erforderliche Änderungskündigung sei unverhältnismäßig. Da die Verhältnismäßigkeit Teil des Kündigungsgrundes ist, ergäbe sich daraus, dass der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet ist. Dies hätte zu Folge, dass der Arbeitgeber Umstände darlegen und beweisen müsste, an deren Vorliegen er kein Interesse hat. Denn Arbeitgeber sehen es regelmäßig als einfacher an, wenn sie eine Änderung im Wege des Direktionsrechts durchsetzen können. Zudem führt die Annahme, dass die Änderungskündigung nicht erforderlich ist, nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Klageabweisung.

2 In der Entscheidung vom 19. Juli 2012 – 2 AZR 25/11 - hat der 2. Senat nicht mehr ausgeführt, eine nicht erforderliche Änderungskündigung sei unverhältnismäßig (ebenso BAG 26. Januar 2012 – 2 AZR 102/11 –). Er hat vielmehr darauf hingewiesen, dass in Wirklichkeit kein Änderungsangebotsv. § 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG vorliege. Nach dieser Rechtsauffassung ist die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer anzusiedeln. Denn er muss im Rahmen einer Kündigungsschutzklage nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen, dass der Arbeitgeber überhaupt eine Kündigung ausgesprochen hat.

Tenor:

- I Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 03. November 2009– 16 Ca 4013/09 – wird zurückgewiesen.
- II Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.
- III Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung mit Auslauffrist. | 2 |
| 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 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. Als Arbeitszeiten für die Tage von Montag bis Freitag waren 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. | 3 |
| In den Jahren 2008 und 2009 nahm die Klägerin als Ersatzmitglied an mehreren Sitzungen des Betriebsrats teil. Die Klägerin hat eine „Anwesenheitsliste“ für eine Sitzung des Betriebsrats am 23. April 2009 in Kopie vorgelegt (Bl. 122 d.A.). Diese weist aus, dass sie an der Sitzung vom 23. April 2009 teilgenommen habe. In der Zeit vom 3. bis zum 20. April 2009 hatte die Klägerin Urlaub. | 4 |
| 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. | 5 |
| Mit Schreiben vom 9. April 2009 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen Änderungskündigung an. Er widersprach dieser Maßnahme. | 6 |
| 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 | 7 |

nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an.

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. 8

Die Klägerin hat - soweit für das Berufungsverfahren noch von Bedeutung - beantragt 9

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingung durch die Änderungskündigung vom 21. April 2009 sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist. 10

Die Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Sie hat die Auffassung vertreten, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Sie habe ihm alle maßgeblichen Kündigungsgründe mitgeteilt. Mit der Klägerin sei keine feste Arbeitszeit vertraglich vereinbart gewesen; diese ergebe sich aus den geltenden Betriebsvereinbarungen, die dem Betriebsrat bekannt seien. 13

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat das Bundesarbeitsgericht das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Entscheidung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. 14

Die Beklagte trägt vor, die Parteien hätten sich nicht vertraglich auf eine bestimmte Lage der Arbeitszeit verständigt. Das Schreiben vom 13. Oktober 1994 sei an den Betriebsrat gerichtet gewesen. Die Klägerin habe in der Preisauszeichnung zu anderen Zeiten eingesetzt werden sollen als es die damals gültige Betriebsvereinbarung „Arbeitszeiten“ vorgesehen habe. Daher habe es der Zustimmung des Betriebsrats bedurft, die mit dem damals verwandten Formblatt eingeholt worden sei. Sie bestreitet, dass die Klägerin eine ordnungsgemäße schriftliche Ladung zur Betriebsratssitzung vom 23. April 2009 erhalten habe. Jedenfalls sei ihr die Ladung nicht während ihres Urlaubs am 20. April 2009 übergeben worden. Sie bestreitet mit Nichtwissen, dass die Klägerin an der Sitzung vom 23. April 2009 teilgenommen hat. Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich nicht, warum sie und nicht Herr P für Herrn R nachgerückt sei. 15

Die Beklagte beantragt, 16

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 03.11.2009 die Klage abzuweisen. 17

Die Klägerin beantragt, 18

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 19

20

Die Klägerin ist der Meinung, die Parteien hätten sich im Oktober 1994 vertraglich auf eine bestimmte Lage der Arbeitszeit geeinigt. Hierzu behauptet sie, die Beklagte habe sich von einer Mitarbeiterin in der Preisauszeichnung getrennt. Daher sei eine Vollzeitstelle in der Preisauszeichnung frei geworden; ihre Arbeitszeit habe zu dieser Zeit aber nur 107 Stunden monatlich betragen. Die Beklagte habe sie gebeten, in Zukunft in Vollzeit zu arbeiten. Sie sei unter der Bedingung einverstanden gewesen, dass gleichzeitig Verteilung und Lage der Arbeitszeit schriftlich fixiert und vertraglich festgehalten würden. Dieser Bitte habe die Beklagte mit der Urkunde vom 13. Oktober 1994 entsprochen. 2009 sei die Lage der Arbeitszeit einvernehmlich geändert worden. Sie habe die Einladung zur Betriebsratssitzung vom 23. April 2009 am 20. April 2009 von der damaligen Betriebsratsvorsitzenden S erhalten.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und die eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 21

Entscheidungsgründe: 22

I. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage der Klägerin zu Recht stattgegeben. Die Klage ist nicht deswegen unbegründet, weil die Beklagte die angestrebte Änderung der Arbeitsbedingungen auch ohne Änderungskündigung erreichen könnte. Eine Änderungskündigung ist vielmehr erforderlich. Die Klage ist begründet, weil die Beklagte die nach § 15 Abs. 1 KSchG iVm. § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur Änderungskündigung nicht eingeholt hat. Dieser hat es bedurft, weil die Klägerin bei Erhalt der Kündigung als Ersatzmitglied in den Betriebsrat nachgerückt war (§ 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). 23

1. Das Bundesarbeitsgericht hat der Kammer in der Entscheidung vom 19. Juli 2012 eine bestimmte Prüfungsreihenfolge aufgegeben. 24

a) Zunächst sei zu klären, ob die von der Beklagten ausgesprochene Änderungskündigung erforderlich gewesen sei. Dies sei nur der Fall, wenn die Parteien eine vertragliche Vereinbarung zur Lage der Arbeitszeit getroffen hätten. 25

Liege eine derartige vertragliche Vereinbarung nicht vor, sei die Änderungskündigung unwirksam. Wenn kein weiterer Unwirksamkeitsgrund vorliege, sei die Änderungskündigungsschutzklage gleichwohl unbegründet. Es könne in diesem Fall schlechterdings nicht festgestellt werden, der Änderung der Vertragsbedingungen fehle es an einem wichtigen Grund oder sie sei aus anderen Gründen rechtsunwirksam. 26

Das Bundesarbeitsgericht hat in der genannten Entscheidung nicht ausgeführt, welche Seite für die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Erforderlichkeit ergibt, darlegungs- und beweispflichtig ist. In früheren Entscheidungen haben der Erste und der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, eine nicht erforderliche Änderungskündigung sei unverhältnismäßig (*BAG 23. Februar 2012 – 2 AZR 44/11 – DB 2012, 2104; 29. September 2011 – 2 AZR 523/10 – NZA 2012, 628; 28. Mai 2009 – 2 AZR 844/07 – NZA 2009, 954; 26. August 2008 – 1 AZR 353/07 – AP § 2 KSchG 1969 Nr. 139; 24. August 2004 – 1 AZR 419/03 – NZA 2005, 51*). Da die Verhältnismäßigkeit Teil des Kündigungsgrundes ist, ergäbe sich daraus, dass der Arbeitgeber darlegungs- und beweibelastet ist. Dies hätte zu Folge, dass der Arbeitgeber Umstände darlegen und beweisen müsste, an deren Vorliegen er kein Interesse hat. Denn Arbeitgeber sehen es regelmäßig als einfacher an, wenn sie eine Änderung im Wege des Direktionsrechts durchsetzen können. Zudem führt die Annahme, dass die Änderungskündigung nicht erforderlich ist, nach der Rechtsprechung des 27

- In der Entscheidung vom 19. Juli 2012 hat der 2. Senat nicht mehr ausgeführt, eine nicht erforderliche Änderungskündigung sei unverhältnismäßig (*ebenso BAG 26. Januar 2012 – 2 AZR 102/11 – NZA 2012, 856*). Er hat vielmehr darauf hingewiesen, dass in Wirklichkeit kein Änderungsangebotsv. § 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG vorliege. Die Kammer hat nach § 563 Abs. 2 ZPO nicht darüber zu befinden, ob diese Annahme angesichts des Umstands, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der Änderungskündigung ein Änderungsangebot unterbreiten wollte und unterbreitet hat, überzeugend ist. Sie beschränkt sich daher auf die Schlussfolgerung, dass nach dieser Rechtsauffassung die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer anzusiedeln wäre. Denn er muss im Rahmen einer Kündigungsschutzklage nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen, dass der Arbeitgeber überhaupt eine Kündigung ausgesprochen hat. 28
- b) Für den Fall, dass die Kammer zu dem Ergebnis kommen sollte, dass es zur Änderung der Lage der Arbeitszeit einer Änderungskündigung bedurfte, sei – so das Bundesarbeitsgericht - zu prüfen, ob eine solche Kündigung wegen § 15 Abs. 1 KSchG unwirksam war, weil die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG nicht vorgelegen hat. 29
2. Danach war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen, weil eine Änderungskündigung erforderlich war und die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats nicht vorlag. 30
- a) Die Änderungskündigung war erforderlich, weil sich die Parteien vertraglich auf eine Festlegung der Arbeitszeit verständigt haben. Dabei kommt es nicht darauf an, welche Partei die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände trägt, aus denen auf eine Erforderlichkeit der Änderungskündigung zu schließen ist. Denn die für die Auslegung der Erklärungen der Parteien maßgeblichen Tatsachen sind unstreitig. 31
- Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die „Arbeitszeitänderung“ vom 18. Oktober 1994 eine Auslegung in beide Richtungen erlaubt. Für den Willen, die Lage der Arbeitszeit vertraglich bindend festzulegen, spricht, dass es sich um eine von beiden Parteien unterschriebene Erklärung handelt, welche detaillierte Regelungen zur Lage der Arbeitszeit enthält. Gegen eine derartige Annahme spricht, dass das Schreiben zur Vorlage an den Betriebsrat bestimmt war. Die Beklagte konnte davon ausgehen, dass er die Zustimmung zu der Arbeitszeitänderung, die eine Abweichung von der maßgeblichen Betriebsvereinbarung beinhaltete, nicht erteilen würde, wenn er sich nicht sicher sein konnte, dass die Klägerin mit der Änderung einverstanden war. 32
- Der Schluss, dass die Parteien die Lage der Arbeitszeit vertraglich fest vereinbart haben, ist zu ziehen, weil die vor der Unterzeichnung der Urkunde geführten Gespräche in die Betrachtung einzubeziehen sind. Der diesbezügliche Vortrag der Klägerin in dem Schriftsatz vom 11. Oktober 2012 ist nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen. Denn die Beklagte hat die in dem Schriftsatz aufgeführten Tatsachen in ihrer Erwiderung vom 31. Oktober 2012 nicht ausdrücklich bestritten. Sie ist nur auf das Schriftstück vom 13. Oktober 1994 eingegangen. Wenn sie den Vortrag der Klägerin bestreiten wollte, bestand hierzu nicht nur wegen der konkreten Ausführungen der Klägerin in dem Schriftsatz vom 11. Oktober 2012 Anlass, sondern auch deswegen, weil das Gericht beiden Parteien am 23. August 2012 aufgegeben hatte, konkret unter Beweisantritt darzulegen, wann die Klägerin welche Absprache mit wem über die Lage der Arbeitszeit getroffen hat. 33

Danach ist es als unstreitig anzusehen, dass sich die Klägerin mit einer Vollzeittätigkeit nur unter der von der Beklagten akzeptierten Bedingung einverstanden erklärt hat, dass die Lage ihrer Arbeitszeit schriftlich fixiert und vertraglich festgehalten wird. Diese Erklärung kann im Zusammenspiel mit der schriftlichen Fixierung vom 13. Oktober 1994 nur dahingehend verstanden werden, dass eine vertragliche Festlegung der Lage der Arbeitszeit erfolgen sollte.

Die später erfolgte formlose Änderung dieser Vereinbarung war mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nur dazu bestimmt, den vertraglichen Anspruch der Klägerin zu modifizieren, nicht aber dazu, ihn aufzuheben. 35

b) Die danach erforderliche Änderungskündigung ist schon deswegen unwirksam, weil die Beklagte die nach § 15 Abs. 1 iVm. § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur Änderungskündigung nicht eingeholt hat. Dieser hat es bedurft, weil die Klägerin bei Erhalt der Kündigung als Ersatzmitglied in den Betriebsrat nachgerückt war (§ 25 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). 36

aa) Ersatzmitglieder vertreten ordentliche Mitglieder des Betriebsrats nicht nur in einzelnen Amtsgeschäften, wie etwa in der Teilnahme an Betriebsratssitzungen. Sie rücken vielmehr gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für die Dauer der Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds in den Betriebsrat nach. Der Eintritt des Ersatzmitglieds vollzieht sich automatisch mit Beginn des Verhinderungsfalls. Er hängt nicht davon ab, dass die Verhinderung des ordentlichen Mitglieds dem Ersatzmitglied bekannt ist. 37

Das Ersatzmitglied erwirbt den Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG für die Dauer der Verhinderung des Betriebsratsmitglieds. Der Schutz hängt nicht davon ab, dass das Ersatzmitglied während der Vertretungszeit tatsächlich Betriebsratsaufgaben erledigt. Er setzt im Urlaubsfall regelmäßig mit dem üblichen Arbeitsbeginn am ersten Urlaubstag des verhinderten Betriebsratsmitglieds ein. 38

Die zeitweilige Verhinderung des ordentlichen Mitglieds erfasst die Wahrnehmung des Betriebsratsamts als solches. Der während dieser Zeit gewährleistete - volle - Sonderkündigungsschutz des Ersatzmitglieds ist dementsprechend nicht auf Zeiten beschränkt, in denen es konkrete Betriebsratstätigkeit entfaltet. Der besondere Schutz steht ihm selbst dann zu, wenn während der Vertretungszeit keine Betriebsratstätigkeit anfällt. Es genügt insoweit die Möglichkeit, dass dem Ersatzmitglied Betriebsratsaufgaben zufallen könnten. 39

Der Gefahr eines Rechtsmissbrauchs auf Seiten des Ersatzmitglieds kann mit Hilfe von § 242 BGB sachgerecht begegnet werden. Danach kann die Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz im Einzelfall ausgeschlossen sein. Davon ist etwa auszugehen, wenn ein Verhinderungsfall kollusiv zu dem Zweck herbeigeführt wurde, dem Ersatzmitglied den besonderen Kündigungsschutz zu verschaffen (*BAG 8. September 2011 – 2 AZR 388/10 – NZA 2012, 400*). 40

Der Sonderkündigungsschutz hängt allerdings davon ab, dass das Ersatzmitglied in der Vertretungszeit konkrete Betriebsratsaufgaben auch tatsächlich wahrgenommen hat. Bloße fiktive, in Wirklichkeit unterbliebene Aktivitäten des Ersatzmitglieds lösen den Kündigungsschutz grundsätzlich nicht aus (*BAG 19. April 2012 – 2 AZR 233/11 – NZA 2012, 1449*). 41

bb)	Danach ist die Änderungskündigung vom 21. April 2009 unwirksam, weil die Beklagte die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung nicht eingeholt hat. Dieser hätte es bedurft, weil der Klägerin am 21. April 2009 der besondere Kündigungsschutz des Betriebsratsmitglieds zukam. Sie war spätestens am 21. April 2009 in den Betriebsrat nachgerückt (§ 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Dies ergibt sich aus dem unstreitigen Vorbringen der Parteien.		
	Zunächst ist davon auszugehen, dass die Klägerin das jedenfalls in der Zeit vom 21. bis zum 23. April 2009 erkrankte Betriebsratsmitglied R vertreten hat. Soweit die Beklagte geltend macht, es sei nicht erkennbar, warum die Klägerin und nicht Herr P für Herrn R nachgerückt sei, ist darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin in Kopie vorgelegte Anwesenheitsliste des Betriebsrats vom 23. April 2009 erkennen lässt, dass Herr P Urlaub hatte. Die Beklagte hat zu diesem Umstand, zu dem sie Angaben aus eigener Wahrnehmung hätte machen können, nicht ausgeführt, Herr P sei nicht urlaubsbedingt verhindert gewesen.	43	
	Nicht maßgeblich ist, ob die Klägerin die Einladung zur Betriebsratssitzung bereits am 20. April 2009 erhalten hat. Die Beklagte hat nicht bestritten, dass die damalige Betriebsratsvorsitzende der Klägerin die Einladung spätestens am 21. April 2009 übergeben hat. Dies genügt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für den Eintritt des besonderen Kündigungsschutzes.	44	
	Von einem insoweit unstreitigen Sachverhalt ist im Übrigen auch das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 19. Juli 2012 ausgegangen. Es hat im Tatbestand wörtlich ausgeführt: „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.“	45	
III.	Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 97 Abs. 1 ZPO.	46	
	Die Revision war nicht gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, weil die Entscheidung auf den besonderen Umständen des Einzelfalls beruht.	47	
	<u>Rechtsmittelbelehrung:</u>	48	
	Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben.	49	
	Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.	50	
Dr. Sievers	Mehren	Stulgies	51