

Gericht:	BAG 2. Senat
Entscheidungsdatum:	22.04.2010
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 AZR 491/09
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 2 KSchG, § 106 GewO, § 99 Abs 1 BetrVG, § 99 Abs 2 BetrVG, § 275 Abs 1 BGB
Zitiervorschlag:	BAG, Urteil vom 22. April 2010 – 2 AZR 491/09 –, BAGE 134, 154-159

Änderungskündigung - Versetzung

Leitsatz

Durch die rechtskräftige Abweisung eines Antrags auf Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung wird die Ausführung der mit der Änderungskündigung beabsichtigten Vertragsänderung nicht dauernd unmöglich iSv. § 275 Abs. 1 BGB.(Rn.16)

Orientierungssatz

Die vom Arbeitgeber ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats ausgesprochene Versetzung ist auch individualrechtlich unwirksam. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Versetzung dient neben dem Schutz der Belegschaft dem Schutz des von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer hat beim Fehlen der Zustimmung des Betriebsrats das Recht, die Arbeit zu den geänderten Bedingungen zu verweigern.(Rn.13)

Fundstellen

BAGE 134, 154-159 (Leitsatz und Gründe)

DB 2010, 2285-2287 (Leitsatz und Gründe)

NZA 2010, 1235-1237 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)

EzA § 2 KSchG Nr 77 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)

EBE/BAG 2011, 18-19 (Leitsatz und Gründe)

ZBVR online 2011, Nr 1, 2-4 (red. Leitsatz und Gründe)

MDR 2011, 172-173 (Leitsatz und Gründe)

AP Nr 145 zu § 2 KSchG 1969 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)

EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Betriebsbedingte Änderungskündigung Nr 6 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Duisburg, 24. Juli 2008, 1 Ca 671/08, Urteil

vorgehend Landesarbeitsgericht Düsseldorf 12. Kammer, 21. Januar 2009, 12 Sa 1590/08, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 5. Kammer, 13. Juni 2013, 5 Sa 367/12

Literaturnachweise

XX, AA 2011, 33 (Anmerkung)
Doris-Maria Schuster, ArbR 2010, 578 (Anmerkung)
Ulrich Boudon, ArbRB 2010, 330 (Anmerkung)
Günter Schmitt-Rolfes, AuA 2011, 135 (Entscheidungsbesprechung)
Roland Gastell, Friederike Hubrich, AuA 2012, 212-215 (Aufsatz)
... mehr

Tenor

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 21. Januar 2009 - 12 Sa 1590/08 - wird zurückgewiesen, soweit dieses die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 24. Juli 2008 - 1 Ca 671/08 - zu Ziff. 2 zurückgewiesen hat.
2. Im Übrigen wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Klägerin macht die Unwirksamkeit einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung und einer Versetzung geltend.
- 2 Die Klägerin trat im Jahre 1995 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Als Dienstorte wurden Duisburg und ggf. Köln vereinbart. Seit dem 1. Januar 2002 arbeitete die Klägerin in häuslicher Telearbeit an ihrem Wohnort (zuletzt in L) und fuhr hin und wieder zum Büro der Beklagten nach Duisburg, manchmal auch nach Frankfurt am Main. Die Fahrzeiten nach Frankfurt wurden vergütet.
- 3 Am 12. Februar 2008 hörte die Beklagte im Rahmen einer Neuordnung ihres Geschäftsbetriebs den für die Betriebe Köln und Duisburg gebildeten Betriebsrat zu einer beabsichtigten Änderungskündigung an und beantragte zugleich, der Versetzung der Klägerin nach Frankfurt am Main zuzustimmen. Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Änderungskündigung.
- 4 Mit Schreiben vom 29. Februar 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 30. September 2008 und bot der Klägerin gleichzeitig an, es ab dem 1. Oktober 2008 zu ansonsten gleichen Arbeitsbedingungen mit dem Arbeitsort Frankfurt am Main fortzusetzen. Die Klägerin nahm das Angebot unter Vorbehalt an.
- 5 Am 30. Mai 2008 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Versetzung nach Frankfurt am Main mit Wirkung zum 1. Oktober 2008 aus.
- 6 Da der Betriebsrat auch die Zustimmung zur Versetzung der Klägerin verweigert hatte, beantragte die Beklagte beim Arbeitsgericht Duisburg festzustellen, dass die Zustimmung als erteilt gelte, hilfsweise, die Zustimmung zu ersetzen. Durch Beschluss vom 11. September 2009 wurden die Anträge vom Arbeitsgericht Duisburg zurückgewiesen

(- 1 BV 56/08 -). Die von der Beklagten hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Landesarbeitsgericht Düsseldorf durch mittlerweile rechtskräftigen Beschluss vom 14. Januar 2009 zurück.

7 Mit der Klage macht die Klägerin die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung geltend. Außerdem stehe der Wirksamkeit der Änderungskündigung entgegen, dass sie auf eine Maßnahme (Versetzung) gerichtet sei, von der rechtskräftig feststehe, dass sie nicht mehr umgesetzt werden könne.

8

Die Klägerin hat beantragt

1. festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß Änderungskündigung vom 29. Februar 2008 sozial ungerechtfertigt ist und das Arbeitsverhältnis unverändert fortbesteht,
2. festzustellen, dass die Versetzung vom 30. Mai 2008 unwirksam ist.

9 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Versetzung sei durch ihr Direktionsrecht gedeckt, jedenfalls aber sei die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt. Dass die Zustimmung zur Versetzung vom Betriebsrat verweigert und die Ersetzung der Zustimmung rechtskräftig abgelehnt worden sei, stehe der Wirksamkeit der Änderungskündigung ebenso wenig im Wege wie der individualrechtlichen Wirksamkeit der Versetzung.

10 Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

11

Nach Zurückweisung der Berufung hat die Beklagte erneut die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung der Klägerin nach Frankfurt am Main beantragt. Der Betriebsrat hat die Zustimmung verweigert. Daraufhin hat die Beklagte die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht beantragt. Der Antrag wurde zurückgewiesen. Über die dagegen von der Beklagten eingelegte Beschwerde ist noch nicht entschieden.

Entscheidungsgründe

12 Die Revision ist unbegründet, soweit es die Entscheidung über die Versetzung betrifft (I.). Im Übrigen ist sie begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (II.).

13 I. Die gegen die Versetzung gerichtete Klage ist begründet. Das haben die Vorinstanzen zu Recht erkannt. Die von der Beklagten ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats ausgesprochene Versetzung ist auch individualrechtlich unwirksam (vgl. Senat 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - zu II 2 c cc (2) der Gründe mwN, BAGE 97, 276). Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Versetzung dient neben dem Schutz der Belegschaft dem Schutz des von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers (Senat

5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - aaO). Der Arbeitnehmer hat beim Fehlen der Zustimmung des Betriebsrats das Recht, die Arbeit zu den geänderten Bedingungen zu verweigern (BAG 29. September 2004 - 1 AZR 473/03 - zu II 4 b der Gründe mwN).

- 14 II. Ob die Änderungskündigung unwirksam ist, steht dagegen noch nicht fest. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Änderungskündigung nicht schon deshalb unwirksam, weil die Versetzung nicht die Zustimmung des Betriebsrats fand und diese auch nicht ersetzt wurde.
- 15 1. Für eine Änderungskündigung zum Zwecke der Versetzung ist die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung oder ihre gerichtliche Ersetzung als solche keine Wirksamkeitsvoraussetzung (Senat 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 - BAGE 74, 291; zur Umgruppierung: Senat 28. August 2008 - 2 AZR 967/06 - BAGE 127, 342; zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG: Senat 17. Juni 1998 - 2 AZR 336/97 - BAGE 89, 149). Die §§ 99 ff. BetrVG enthalten im Unterschied zu § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass eine mitbestimmungswidrig durchgeführte Versetzung mit der Unwirksamkeit der zu ihrer Durchsetzung ausgesprochenen Änderungskündigung einherginge. Würde man dies anders beurteilen, so würden außerdem Änderungskündigungen in einem vom Gesetz nicht angeordneten Ausmaß erschwert und wären schon wegen der möglichen Dauer eines Zustimmungsersetzungsverfahrens keine angemessene Gestaltungsmöglichkeit zur Anpassung von Arbeitsverhältnissen an geänderte betriebliche Gegebenheiten. Die Regelung des § 2 KSchG zeigt jedoch, dass dem Arbeitgeber vom Gesetz eine realisierbare Möglichkeit der Änderungskündigung gegeben werden sollte. Schließlich kann die Änderungskündigung auch nicht als schwebend unwirksam angesehen werden. Die Kündigung als einseitige Gestaltungserklärung verträgt einen solchen Zustand der rechtlichen Ungewissheit nicht (Senat 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 - aaO; Preis *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen* S. 344 f.).
- 16 2. Entgegen einer in Rechtsprechung und Schrifttum mit unterschiedlichen Ansätzen vertretenen Auffassung (vgl. *Hessisches LAG* 1. Juni 2006 - 9 Sa 1743/05 -; *KR/Rost* 9. Aufl. § 2 KSchG Rn. 141; *ähnlich KDZ/Zwanziger* 7. Aufl. Rn. 188 zu § 2 KSchG; *DKK/Bachner BetrVG* 12. Aufl. § 99 Rn. 219; *APS/Künzl* 3. Aufl. § 2 KSchG Rn. 158f.; *Löwisch-Spinner* 9. Aufl. Rn. 112 zu § 2 KSchG; *HaKo-Pfeiffer* 3. Aufl. § 2 Rn. 70; v. *Hoyningen-Huene/Linck* 14. Aufl. § 2 Rn. 203; *Berkowsky NZA* 2010, 250) ist an der Trennung zwischen dem betriebsverfassungsrechtlichen Schicksal der Versetzung und den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung auch für den hier gegebenen Fall festzuhalten, dass die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zu der Versetzung, deren Ermöglichung Gegenstand der Änderungskündigung ist, gerichtlich nicht ersetzt worden und die entsprechende Entscheidung rechtskräftig ist. Durch die rechtskräftige Abweisung eines Antrags auf Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung wird die Ausführung der mit der Änderungskündigung beabsichtigten Vertragsänderung nicht dauernd unmöglich iSv. § 275 Abs. 1 BGB (*dies noch in Betracht ziehend* Senat 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 - zu B I 3 e ff der Gründe, BAGE 74, 291; *offen gelassen von* Senat 28. August 2008 - 2 AZR 967/06 - BAGE 127, 342).
- 17 a) Gegenstand eines Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung zu einer Einstellung oder Versetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist die Frage, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme aufgrund eines konkreten, an den Betriebsrat gerichteten Zustimmungersuchens des Arbeitgebers angesichts der vom Betriebsrat vorgebrachten Verweigerungs-

gründe gegenwärtig und zukünftig als endgültige Maßnahme zulässig ist. Verfahrensgegenstand ist nicht, ob die Maßnahme im Zeitpunkt der Antragstellung durch den Arbeitgeber zulässig war (28. Februar 2006 - 1 ABR 1/05 - Rn. 23, BAGE 117, 123; 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 113, 218; 14. Dezember 2004 - 1 ABR 55/03 - zu B III 3 der Gründe, BAGE 113, 109). Diese gegenwarts- und zukunftsbezogene Frage ist nach Maßgabe der Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung zu beantworten (25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - aaO; 12. November 2002 - 1 ABR 1/02 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 103, 304). Auch Veränderungen tatsächlicher Art sind dementsprechend jedenfalls bis zum Schluss der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen (BAG 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 - Rn. 18, 19, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 52 = EzA BetrVG 2001 § 99 Versetzung Nr. 3).

- 18 Der Arbeitgeber kann den Betriebsrat ggf. mehrmals hintereinander um Zustimmung zur Versetzung desselben Arbeitnehmers auf denselben (*neuen*) Arbeitsplatz ersuchen. Er kann dementsprechend mehrere Zustimmungsersetzungsverfahren - nacheinander oder auch zeitlich parallel, also schon vor dem rechtskräftigen Abschluss des zunächst eingeleiteten - bei Gericht anhängig machen. Diese haben trotz des gleichen Rechtsschutzziels prozessual unterschiedliche Gegenstände. Durch die rechtskräftige Ablehnung der Zustimmungsersetzung in einem vorangegangenen Verfahren ist der Ausgang eines weiteren Ersetzungsverfahrens nicht präjudiziert (BAG 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 52 = EzA BetrVG 2001 § 99 Versetzung Nr. 3).
- 19 b) Gegenstand des Verfahrens über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung ist im Falle der Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt - wie sie hier vorliegt - der Inhalt der für das Arbeitsverhältnis der Parteien geltenden Arbeitsbedingungen (BAG 26. August 2008 - 1 AZR 353/07 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 139 = EzA KSchG § 2 Nr. 72). Gegenstand der Klage gegen eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Versetzung - hier an einen anderen Arbeitsort - ist deshalb nicht die Wirksamkeit der beabsichtigten Versetzung als solcher. Verfahrensgegenstand ist vielmehr die soziale Rechtfertigung des dem Arbeitnehmer unterbreiteten Angebots, den bestehenden Arbeitsvertrag dahin zu ändern, dass er - regelmäßig an Stelle der bisherigen und nicht zusätzlich - die mit der Versetzung erstrebten Arbeitsbedingungen enthält. Ob die dem Arbeitnehmer angesonnene Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist, ist grundsätzlich unabhängig davon zu beurteilen, ob und wann der Arbeitgeber von der gewünschten Änderung der Vertragsbedingungen tatsächlich - durch eine dann von diesen gedeckte Ausübung seines Weisungsrechts - Gebrauch machen kann (Senat 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 - zu B I 3 e cc, III der Gründe, BAGE 74, 291).
- 20 Demnach unterscheiden sich die Streitgegenstände und gerichtlichen „Prüfprogramme“ von Zustimmungsersetzungs- und Änderungsschutzverfahren maßgeblich. Hinzu kommt, dass die Wirksamkeit der Änderungskündigung nach der Lage im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, die Berechtigung der Zustimmungsverweigerung dagegen nach der Rechts- und Tatsachenlage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung zu beurteilen ist. Dies zeigt, dass unterschiedliche Entscheidungen über die Versetzung auf der einen und die Änderungskündigung auf der anderen Seite ohne weiteres möglich sind.
- 21 c) Die rechtskräftige Abweisung des Zustimmungsersetzungsantrags des Arbeitgebers führt nicht dazu, dass die Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer nach Maßgabe der geänderten Arbeitsbedingungen iSv. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich würde - unbeschadet der Frage, ob dies die Wirksamkeit der Änderungskündigung als solche in Frage stel-

len oder allenfalls einen Anspruch des Arbeitnehmers darauf begründen könnte, die Änderung der Vertragsbedingungen wegen der Unmöglichkeit ihrer Realisierung rückgängig zu machen. § 275 Abs. 1 BGB verlangt nicht nur eine vorübergehende, sondern setzt die dauernde Unmöglichkeit zur Leistung voraus (BGH 19. Oktober 2007 - V ZR 211/06 - Rn. 15, 24, BGHZ 174, 61; Palandt/Grüneberg BGB 69. Aufl. § 275 Rn. 10 mwN). Demgegenüber hat die rechtskräftige Abweisung eines Antrags des Arbeitgebers, die vom Betriebsrat auf ein bestimmtes Ersuchen hin verweigerte Zustimmung zur Versetzung zu ersetzen, gerade nicht zur Folge, dass der Arbeitgeber rechtlich dauerhaft gehindert, der Arbeitnehmer dauerhaft außer Stande wäre, eine Versetzung wirksam anzuordnen bzw. einer entsprechenden Anordnung betriebsverfassungsrechtlich zulässigerweise nachzukommen. Es ist dem Arbeitgeber unbenommen, nach erfolglosem Zustimmungersuchen und erfolglosem Antrag auf Zustimmungersetzung ein neues Ersuchen um Zustimmung an den Betriebsrat zu richten und bei dessen abermaliger Ablehnung erneut deren gerichtliche Ersetzung zu beantragen. Der Arbeitgeber ist damit für die Zukunft durchaus in der Lage, die kollektivrechtliche Sperre zu beseitigen, die ihn zunächst daran hindert, die Erfüllung einer durch die Änderungskündigung herbeigeführten neuen individualrechtlichen Leistungspflicht des Arbeitnehmers von diesem tatsächlich verlangen zu können; von dieser Möglichkeit hat die Beklagte im Übrigen auch Gebrauch gemacht. Eine dauernde Unmöglichkeit wäre angesichts dessen allenfalls dann anzunehmen, wenn ein weiteres Zustimmungersetzungsbeglehen - etwa wegen Rechtsmissbrauchs - schlechterdings keinen Erfolg haben könnte.

22 d) Der Arbeitnehmer ist ausreichend geschützt. Wie ausgeführt, bleibt die Versetzung auch individualrechtlich unwirksam, solange die Zustimmung des Betriebsrats nicht erteilt oder ersetzt ist. Der Arbeitnehmer muss trotz deren Wirksamkeit nicht zu den geänderten Bedingungen arbeiten.

23

III. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zu den weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Änderungskündigung getroffen. Um dies nachzuholen, war die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 ZPO).

Kreft

Eylert

Schmitz-Scholemann

Söller

A. Claes