

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 20. März 2014
- 2 AZR 840/12 -

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 15. September 2011
- 5 Ca 916/11 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 26. April 2012
- 5 Sa 1632/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Änderungskündigung zur Herabgruppierung

Bestimmungen:

KSchG § 1 Abs. 2, § 2; BetrVG § 99 Abs. 4

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 840/12
5 Sa 1632/11
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 26. April 2012 - 5 Sa 1632/11 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 15. September 2011 - 5 Ca 916/11 - abgeändert:
Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß der Kündigung der Beklagten vom 29. März 2011 sozial ungerechtfertigt 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. Sie beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. 2
- Der 1962 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit August 1987 als Croupier gegen ein Bruttomonatsentgelt von zuletzt 4.000,00 Euro 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 ab dem 1. Januar 2000 geltenden Fassung. 3
- Mit Schreiben vom 2. Juli 2003 beförderte die Beklagte den Kläger mit Wirkung zum 1. Juli 2003 in Croupierstufe I TG-TV. Am 26. August 2003 legte 4

der Kläger der Beklagten eine „fachorthopädische Bescheinigung“ vom 21. August 2003 vor, nach der er „Vorbeuge- und Rotationspositionen für die Gesamtwirbelsäule“ während seiner vornehmlich sitzenden Tätigkeit, insbesondere am Pokertisch, zu vermeiden habe. Die Beklagte setzte den Kläger seither nicht mehr am Pokertisch ein.

Im September 2003 beantragte die Beklagte beim Betriebsrat die Zustimmung zur Versetzung des Klägers in den Tätigkeitsbereich der Croupierstufe III und zu seiner entsprechenden Umgruppierung. Nachdem der Betriebsrat die Zustimmung verweigert hatte, beantragte die Beklagte deren gerichtliche Ersetzung. Durch - rechtskräftigen - Beschluss vom 26. April 2005 wies das Landesarbeitsgericht die Anträge ab. Es hat angenommen, der Betriebsrat habe seine Zustimmung zu den beabsichtigten Maßnahmen zu Recht verweigert. Die beabsichtigte Versetzung stelle eine unberechtigte Benachteiligung des Klägers dar. Sie sei durch seine beschränkte Einsetzbarkeit nicht gerechtfertigt. Für die Tätigkeit und Eingruppierung als Croupier in der Croupierstufe I komme es auf einen Einsatz oder die Einsetzbarkeit am Pokertisch nicht an. Dafür sei nach den tariflichen Bestimmungen vielmehr ausreichend, dass der Croupier erfolgreich an einer Grundausbildung teilgenommen habe. 5

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. Juni 2004. Zugleich bot sie dem Kläger an, ihn ab dem 1. Juli 2004 als Croupier III - ohne Einsatz am Pokertisch - weiter zu beschäftigen. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung an. Seine Änderungsschutzklage hatte Erfolg. Mit Urteil vom 28. August 2008 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß der Änderungskündigung vom 19. Dezember 2003 sozial ungerechtfertigt war. 6

Mit Schreiben vom 30. September 2010 fragte die Beklagte beim Kläger an, ob sich sein Gesundheitszustand mittlerweile verändert habe. Im Oktober 2010 teilte der Kläger mit, die fachorthopädische Bescheinigung sei zeitlich nicht begrenzt. Sobald sich sein Gesundheitszustand verbessere, werde er sich melden. 7

Mit Schreiben vom 29. März 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2011, erneut verbunden mit dem Angebot, den Kläger ab dem 1. November 2011 zu veränderten Arbeitsbedingungen als Croupier der Croupierstufe III weiter zu beschäftigen. Der Kläger nahm das Angebot unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung an und hat rechtzeitig die vorliegende Änderungsschutzklage erhoben. Er hat gemeint, bei der Kündigung handele es sich um eine unzulässige Wiederholungskündigung. Die Ausgangsbedingungen seien unverändert. Seine Gesundheit habe sich weder verbessert noch verschlechtert. 8

Der Kläger hat beantragt 9
festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 29. März 2011 gewünschten Änderungen der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam sind.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die 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 Vergütungsgefüge zu verzerren. 10

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß der Kündigung der Beklagten vom 29. März 2011 ist sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Dies folgt bereits daraus, dass es sich bei der Kündigung um eine unzulässige Wiederholungskündigung handelt. 12

- I. Eine Kündigung kann nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem über diese geführten Prozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie eine solche Kündigung nicht tragen. Mit einer Wiederholung der früheren Kündigung ist der Arbeitgeber in diesem Fall ausgeschlossen. Eine Präklusionswirkung entfaltet die Entscheidung über die frühere Kündigung allerdings nur bei identischem Kündigungssachverhalt. Hat sich dieser wesentlich geändert, darf der Arbeitgeber ein weiteres Mal kündigen (*BAG 11. Juli 2013 - 2 AZR 994/12 - Rn. 37; 20. Dezember 2012 - 2 AZR 867/11 - Rn. 26*). Das gilt auch bei einem sog. Dauertatbestand (*BAG 20. Dezember 2012 - 2 AZR 867/11 - Rn. 26; 6. September 2012 - 2 AZR 372/11 - Rn. 13*). Ein anderer Kündigungssachverhalt liegt auch in diesem Fall nur vor, wenn sich die tatsächlichen Umstände, aus denen der Arbeitgeber den Kündigungsgrund ableitet, wesentlich verändert haben (*BAG 6. September 2012 - 2 AZR 372/11 - Rn. 13*). Die Präklusionswirkung tritt ferner dann nicht ein, wenn die frühere Kündigung bereits aus formellen Gründen, also etwa wegen der nicht ordnungsgemäßen Beteiligung der Mitarbeitervertretung für unwirksam erklärt worden ist (*BAG 20. Dezember 2012 - 2 AZR 867/11 - Rn. 26; 25. März 2004 - 2 AZR 399/03 - zu C I der Gründe*). 13
- II. In Anwendung dieser Grundsätze stellt die Änderungskündigung vom 29. März 2011 eine unzulässige Wiederholungskündigung dar. Die Beklagte stützt sie auf dieselben Gründe, die sie schon zur Begründung der Kündigung vom 19. Dezember 2003 vorgebracht hat. In dem über diese geführten Prozess sind die Gründe mit dem Ergebnis materiell geprüft worden, dass sie die Kündigung nicht tragen. 14
1. Nach der Entscheidung des Senats vom 28. August 2008 im Vorverfahren (- 2 AZR 967/06 - *BAGE 127, 342*) steht rechtskräftig fest, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen gemäß der Kündigung der Beklagten vom 19. Dezember 2003 iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt war. Der Senat hat angenommen, die mit dem Ziel einer Versetzung und Umgruppierung des Klägers erklärte Änderungskündigung sei unverhältnismäßig. Auch wenn 15

dieser nicht am Pokertisch eingesetzt werden könne, sei für seine Vergütung weiterhin die Croupierstufe I maßgeblich. Dies folge aus der rechtskräftigen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts in dem Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung zur beabsichtigten Umgruppierung. Die Beklagte sei an dessen Ergebnis gebunden. Es sei ihr gegenüber dem Kläger verwehrt, sich zur Rechtfertigung einer Änderungskündigung auf die Maßgeblichkeit der Croupierstufe III zu berufen.

2. Verglichen mit den der Änderungskündigung vom 19. Dezember 2003 zugrunde liegenden Umständen ist der Kündigungssachverhalt unverändert. Dies gilt sowohl für die beschränkte Einsetzbarkeit des Klägers als auch für die Bindung der Beklagten an das Ergebnis des Zustimmungsersetzungsverfahrens. 16

a) Die Beklagte stützt die Änderungskündigung vom 29. März 2011 erneut auf die - unverändert gebliebenen - gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers, die einen Einsatz am Pokertisch nicht erlaubten und eine Beschäftigung und Vergütung lediglich als Croupier III rechtfertigten. Es ist jedoch weder dargelegt noch objektiv ersichtlich, dass sich die für die zutreffende Eingruppierung des Klägers maßgeblichen Umstände durch den bloßen Fortbestand seiner gesundheitlichen Einschränkungen geändert hätten. 17

b) Die aus der rechtskräftigen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts in dem Zustimmungsersetzungsverfahren folgende Bindungswirkung besteht fort. Die Beklagte kann sich zur Begründung der Änderungskündigung vom 29. März 2011 weiterhin nicht darauf berufen, der Kläger sei richtigerweise als Croupier III zu vergüten. 18

aa) Das Landesarbeitsgericht hatte den Antrag der Beklagten auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Umgruppierung des Klägers in die Croupierstufe III zurückgewiesen. Die Eingruppierung in die Croupierstufen I und II sei nicht von der Einsetzbarkeit des Croupiers beim Poker abhängig. Unter Beachtung der von ihm erworbenen Grundausbildung im Bereich des 19

Poker-Spiels erfülle der Kläger weiterhin die Tätigkeitsmerkmale der bisherigen Croupierstufe. Dies ergebe die Auslegung der §§ 5, 6 TG-TV.

bb) Der für die Eingruppierung des Klägers sowohl bei Kündigungszugang als auch bei Ablauf der Kündigungsfrist maßgebliche Tarifvertrag ist derselbe wie der, welcher der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom 26. April 2005 zugrunde lag. Die Bestimmungen der §§ 5, 6 TG-TV galten unverändert fort. 20

cc) Die Bewertungsgrundlagen in der Person des Klägers hatten sich nicht geändert. 21

dd) Der Umstand, dass die Beklagte den Betriebsrat erneut um Zustimmung zur Umgruppierung des Klägers ersucht und nach Zustimmungsverweigerung ein weiteres Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung eingeleitet hat, welches derzeit beim Bundesarbeitsgericht anhängig ist (- 1 ABR 1/13 -), führt nicht dazu, dass die Bindungswirkung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom 26. April 2005 für die vorliegende Änderungskündigung entfallen wäre. 22

(1) Bei Einstellungen und Versetzungen ist es dem Arbeitgeber zwar grundsätzlich unbenommen, nach rechtskräftigem Unterliegen im Zustimmungsersetzungsverfahren die auf das gleiche Ziel gerichtete personelle Maßnahme erneut nach Maßgabe von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG einzuleiten und erforderlichenfalls gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu beantragen (*BAG 22. April 2010 - 2 AZR 491/09 - Rn. 18, BAGE 134, 154; 18. März 2008 - 1 ABR 81/06 - Rn. 20, BAGE 126, 176*). Durch die rechtskräftige Ablehnung der Zustimmungsersetzung in einem vorangegangenen Verfahren ist der Ausgang eines weiteren Ersetzungsverfahrens auch nicht präjudiziert (*BAG 22. April 2010 - 2 AZR 491/09 - Rn. 18, aaO; 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 -*). Bei den erneuten Anträgen handelt es sich um neue, prozessual eigenständige Gegenstände (*BAG 18. März 2008 - 1 ABR 81/06 - Rn. 20, aaO*). 23

(2) Im Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer Ein- oder Umgruppierung entfaltet aber die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung bei gleichbleibendem Sachverhalt Bindungswirkung auch für nachfolgende Verfahren. Die gerichtliche Zustimmungsersetzung ist solange bindend, wie keine neue Eingruppierung erforderlich wird, die das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG auslöst (*BAG 11. November 1997 - 1 ABR 29/97 - zu B II 1 b der Gründe*). Dies gilt im umgekehrten Fall entsprechend. Hat das Gericht die Zustimmung des Betriebsrats rechtskräftig nicht ersetzt und dabei die Richtigkeit der beabsichtigten Eingruppierung materiell geprüft, ist der Arbeitgeber auch daran materiell gebunden. Das Mitbestimmungsrecht bei Ein- und Umgruppierungen ist ein Mitbeurteilungs-, nicht ein Mitgestaltungsrecht. Die Eingruppierung des Arbeitnehmers in eine im Betrieb angewandte Lohn- und Gehaltsgruppenordnung ist keine konstitutive Maßnahme, sondern Rechtsanwendung oder Kundgabe einer Rechtsansicht (*BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 10/10 - Rn. 17, BAGE 138, 39; 11. November 2008 - 1 ABR 68/07 - Rn. 23, BAGE 128, 265*). Die Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG soll dazu beitragen, rechtlich möglichst zutreffende Ergebnisse zu erzielen (*BAG 19. Oktober 2011 - 4 ABR 119/09 - Rn. 19; 11. November 2008 - 1 ABR 68/07 - Rn. 24, aaO*). Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Beurteilung eine Eingruppierung oder eine Umgruppierung zum Gegenstand hat (*BAG 11. November 1997 - 1 ABR 29/97 - zu B III 1 der Gründe; 2. April 1996 - 1 ABR 50/95 - zu B II 1 a der Gründe*). Umgruppierung iSd. § 99 BetrVG ist die Neu-Einreihung des Beschäftigten in eine im Betrieb geltende Vergütungsordnung. Sie besteht in der Feststellung des Arbeitgebers, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht - oder nicht mehr - die Merkmale erfüllt, die der bisherigen Beurteilung zugrunde liegen. Anlass für eine solche Feststellung kann eine Änderung der Tätigkeit sein, aber auch eine Änderung des Entgeltschemas (*BAG 12. Januar 2011 - 7 ABR 15/09 - Rn. 23; 11. November 1997 - 1 ABR 29/97 - zu B III 1 der Gründe*) oder - sofern ein vorhergegangenes Zustimmungsersetzungsverfahren keine Bindungswirkung entfaltet - eine nach Ansicht des Arbeitgebers bisher fehlerhafte Eingruppierung (*vgl. BAG 2. April 1996 - 1 ABR 50/95 - zu B II 1 a der Gründe; 20. März 1990 - 1 ABR 20/89 - zu*

24

B II 2 b der Gründe, BAGE 64, 254). Hat ein Gericht im Rahmen des Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG rechtskräftig die Richtigkeit der bisherigen Eingruppierung festgestellt und haben sich seitdem weder die Tätigkeit des Arbeitnehmers noch das Entgeltschema geändert, ist diese Entscheidung bindend (*vgl. zur Unzulässigkeit schon eines neuerlichen Ersuchens um Zustimmung zur Eingruppierung bei unveränderter Tätigkeit BAG 1. Juli 2009 - 4 ABR 18/08 - Rn. 14, BAGE 131, 197*).

(3) Das neuerliche, beim Bundesarbeitsgericht anhängige Zustimmungsersetzungsverfahren ist für den vorliegenden Rechtsstreit nicht vorgreiflich. Selbst wenn die Beklagte mit ihrem dortigen Begehren wegen einer späteren Tarifänderung oder sonstigen Änderung der Umstände Erfolg haben sollte, wäre dies unbeachtlich. In dem hier maßgeblichen Zeitraum bis zum Zugang der Änderungskündigung vom 29. März 2011 hat sich die Sach- und Rechtslage - verglichen mit den dem Beschluss des Landesarbeitsgerichts vom 26. April 2005 zugrunde liegenden Umständen - nicht geändert. 25

III. Die Kosten des Rechtsstreits hat gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Beklagte zu tragen. 26

Kreft

Berger

Rachor

Perreng

Wolf