

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 22. Oktober 2015
- 2 AZR 550/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:221015.U.2AZR550.14.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 10. Mai 2012
- 5 Ca 9/12 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 1. Juli 2014
- 13 Sa 925/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Änderungskündigung - krankheitsbedingte Leistungsminde-
rung

Bestimmungen:

KSchG § 1 Abs. 2, § 2; GewO § 106 Satz 1; ArbGG § 64 Abs. 6 Satz 1;
ZPO § 238 Abs. 3, § 525; Tronc- und Gehaltstarifvertrag für die Arbeit-
nehmer der Gruppe A der Spielbank Wiesbaden vom 8. Januar 2001,
gültig ab 1. Januar 2000 § 5 I Nr. 7 bis 9, § 6 Abs. 1, Abs. 2, § 7

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer Parallelsache

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 550/14
13 Sa 925/12
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Oktober 2015

URTEIL

Radtke, 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 22. Oktober 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter

am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Krichel und Eulen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 1. Juli 2014 - 13 Sa 925/12 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 10. Mai 2012 - 5 Ca 9/12 - abgeändert:
Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers gemäß der Kündigung vom 20. Dezember 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. In ihrem Betrieb besteht ein Betriebsrat. Der 1955 geborene Kläger ist bei ihr seit August 1980 als Croupier tätig. Er ist mit einem Grad der Behinderung von 40 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. 2

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die bei der Beklagten geltenden Haustarifverträge Anwendung. Im Tronc- und Gehaltstarifvertrag für die Arbeitnehmer der Gruppe A (TG-TV) in seiner hier maßgeblichen, seit dem 1. Januar 2000 geltenden Fassung ist - auszugsweise - geregelt: 3

„§ 5 Stellenbeschreibung und Stellenbegrenzung

Die nachfolgend beschriebenen Tätigkeiten sind in der Regel in den Räumlichkeiten der Spielbank auszuüben. ...

Die nachfolgenden Tätigkeitsbeschreibungen sind nicht abschließend, sondern zeigen lediglich die Hauptaufgaben der jeweiligen Position.

Die in [] angegebenen Zahlen geben die maximal zu besetzenden Stellen an. Die Gesamtzahl aller Stellen wird auf maximal 110 begrenzt. ...

...

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.
- 9. Croupier-Anfänger I - III:** Wird am Spieltisch eingearbeitet.

...

§ 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. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, können spieltechnische Mitarbeiter bis zum Erreichen der Croupierstufe I ... in der Regel nach einem Jahr in die nächsthöhere Besoldungsstufe gemäß § 7 befördert werden.
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.“

Klammerzusätze mit festen Zahlen zur Stellenbegrenzung iSv. § 5 4
Abs. 3 TG-TV sind den Positionen Croupier I bis X nicht beigefügt.

§ 7 TG-TV („Anteilstabelle und Mindestabschläge“) ordnet den in § 5 I 5
TG-TV beschriebenen Positionen tabellarisch eine unterschiedlich hohe Punktzahl zu. Diese bestimmt darüber, mit welchem Anteil die Mitarbeiter der Spielbank an der Verteilung des Tronc-Aufkommens beteiligt sind. Für den auf Position 7 geführten Croupier I sind 204 und für den auf Position 9 geführten Croupier III 180 jährliche Anteile festgelegt. In den Tronc fließen die Trinkgelder spielender Gäste. Eigene Mittel setzt die Beklagte nur ein, wenn das Aufkommen dieser Zuwendungen unter eine bestimmte Garantiegrenze fällt.

Die Regelungen in §§ 5 bis 7 TG-TV wurden mehrfach geändert. In 6
Protokollnotizen zu § 7 TG-TV idF vom 11. April 1996 heißt es unter Nr. 10:

„Zwischen den Tarifvertragsparteien besteht eine grundsätzliche Übereinstimmung hinsichtlich der Einführung eines Zuschlags wegen der tatsächlichen Mitarbeit bei folgenden Angeboten der Spielbank:

Am Roul, Black Jack, Poker

Über Einzelheiten einer entsprechenden Regelung werden die Tarifvertragsparteien zu gegebener Zeit verhandeln.“

Am 6. Oktober 2003 schlossen die Tarifvertragsparteien einen Tarifvertrag 7
zur Einführung leistungs- und anwesenheitsorientierter Vergütung (TV Leistung). Dieser sieht „zur Erhöhung der Leistungsbereitschaft und zur Verminderung von Ausfalltagen“ neben der Vergütung nach dem TG-TV zusätzliche Leistungen vor, deren Höhe sich nach „Einsetzbarkeit“, „Arbeitsqualität“, „Serviceorientierung“ und „Führungsverhalten“ der Mitarbeiter richtet. Ausschlaggebend ist ein - tariflich näher festgelegter - „Erreichungsgrad“ dieser Kriterien.

Bereits zum 1. April 1991 war der Kläger in die Croupierstufe I „übernommen“ worden. In der Folgezeit teilte er der Beklagten mit, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, in stehender Position am Tisch des American Roulette zu arbeiten. Daraufhin wurde er - über Jahre hinweg - nicht bei diesem Spiel eingesetzt. In einem ärztlichen Attest vom 11. Oktober 2010, das er der Beklagten auf Bitte vorlegte, heißt es: 8

„O. g. Patient ist nicht in der Lage aufgrund der anerkannten Behinderung in stehender Position am American Roulette/Roulette Tisch bis auf weiteres zu arbeiten.“

Mit Schreiben vom 21. März 2011 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu ihrer Absicht an, gegenüber dem Kläger eine Änderungskündigung mit dem Ziel zu erklären, ihn künftig als Croupier III zu beschäftigen und entsprechend zu vergüten. Außerdem bat sie um Zustimmung zur Versetzung und Umgruppierung des Klägers. Der Betriebsrat meldete gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen Bedenken an. Der „Versetzung“ des Klägers „zur Croupierstufe III“ widersprach er. 9

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien - mit Zustimmung des Integrationsamts und nach neuerlicher Anhörung des Betriebsrats - ordentlich zum 31. Juli 2012. Die Kündigung verband sie mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis ab dem 1. August 2012 wie folgt fortzusetzen: 10

- „- Tätigkeit gemäß dem Aufgabengebiet der Tarifstufe Croupier III (kein Einsatz am American Roulette)
- Vergütung gemäß der Tarifstufe Croupier III mit 15 Anteilen pro Monat
- Die übrigen Arbeitsbedingungen bleiben unverändert fortbestehen.“

Der Kläger nahm das Angebot unter dem Vorbehalt seiner sozialen Rechtfertigung an. Mit der vorliegenden Klage hat er sich rechtzeitig gegen die Änderung seiner Vertragsbedingungen gewandt. Der Kläger hat gemeint, die Änderung sei sozial ungerechtfertigt und auch aus anderen Gründen unwirksam. Er sei lediglich vorübergehend nicht in der Lage gewesen, im Stehen am Tisch des American Roulette zu arbeiten. Im Übrigen habe seine Tätigkeit jederzeit den Anforderungen der Croupierstufe I entsprochen. Auf seine krankheitsbedingt eingeschränkte Leistungsfähigkeit komme es nicht an. Die Änderung seiner Vertragsbedingungen sei auch unverhältnismäßig. Möglichkeiten, das Leistungshindernis auszuräumen, hätten durchaus bestanden. Insoweit treffe die Beklagte, die - unstreitig - ein bEM nicht durchgeführt habe, eine ver- 11

schärfte Darlegungslast, der sie nicht nachgekommen sei. Auch habe sie ein etwaiges Recht zur „Umgruppierung“ verwirkt und es versäumt, den Betriebsrat ordnungsgemäß anzuhören.

Der Kläger hat - wörtlich - beantragt 12
festzustellen, dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 20. Dezember 2011 weder sozial gerechtfertigt noch aus anderen Gründen rechtswirksam sind.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, 13
die Änderung der Vertragsbedingungen sei durch Gründe in der Person des Klägers bedingt. Sie habe den Kläger seit vielen Jahren nicht mehr - wie tarifvertraglich vorausgesetzt - an allen angebotenen Spielen einsetzen können. Eine Besserung seines Gesundheitszustands sei nicht absehbar gewesen. Aufgrund seiner nur eingeschränkten Einsatzfähigkeit stehe ihm die Tarifstufe Croupier I nicht mehr zu. Die Möglichkeit, ihn als Aufsicht zu beschäftigen, sei nicht „relevant“. Abgesehen davon sei er in dieser Funktion mangels positiver Beurteilung nicht einsetzbar und seit dem Jahr 2005 auch nicht eingesetzt worden. Die Beibehaltung der bisherigen Vertragsbedingungen führe zu nicht mehr tragbaren Ungerechtigkeiten im Verhältnis zu Mitarbeitern, die an allen Tischen arbeiten könnten. Eines Präventionsverfahrens oder eines bEM habe es nicht bedurft. Abgesehen davon sei die Änderung der Vertragsbedingungen unvermeidbar gewesen. Den Betriebsrat habe sie ordnungsgemäß unterrichtet.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision ver- 14
folgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben die Fest- 15
stellungsklage zu Unrecht abgewiesen.

- A. Die von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzungen für die Fortsetzung des Prozesses liegen vor. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger durch Zwischenurteil Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Berufungsbegründung gewährt. Die Wiedereinsetzung ist gemäß § 238 Abs. 3, § 525 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG unanfechtbar und für den Senat bindend (*BAG 24. Januar 2012 - 9 AZR 440/10 - Rn. 11; 25. April 2006 - 3 AZR 50/05 - Rn. 17*). 16
- B. Die Klage ist begründet. Die Änderung der Vertragsbedingungen des Klägers durch die Kündigung vom 20. Dezember 2011 ist sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2, § 2 Satz 1 KSchG. 17
- I. Die dem Kläger angetragene Änderung der Arbeitsbedingungen zielte auf eine Änderung seines Aufgabenbereichs und damit einhergehend auf eine Änderung der Vergütung. Statt der bisher zugewiesenen Tätigkeit gemäß der Croupierstufe I sollte er künftig eine Tätigkeit verrichten, die - aus Sicht der Beklagten - der tariflich niedriger bewerteten Croupierstufe III entspricht. Dabei nahm das Änderungsangebot für den Inhalt der Tätigkeit - konkludent - auf die „Stellenbeschreibung“ in § 5 I Nr. 8 TG-TV Bezug, die den Aufgabenbereich dahin definiert, dass der Arbeitnehmer „am Spieltisch“ arbeitet. Die Vergütung sollte sich nach der Croupierstufe III richten und insoweit der geänderten Tätigkeit angepasst werden. Die im Angebot genannten 15 Anteile entsprechen - auf den Monat umgerechnet - der in § 7 TG-TV für die Position Croupier III festgelegten Punktzahl, nach der sich die Beteiligung am Tronc bemisst. Im Übrigen sollte der Vertragsinhalt unverändert bestehen bleiben. Das schloss - für den Kläger erkennbar - die Geltung der jeweiligen Haustarifverträge ein. 18
- II. Die angestrebte Änderung der Tätigkeit erforderte eine Vertragsänderung iSv. § 2 Satz 1 KSchG. Die Beklagte war nicht schon aufgrund ihres Direktionsrechts (§ 106 Satz 1 GewO) berechtigt, dem Kläger eine der Croupierstufe III TG-TV entsprechende Tätigkeit zu übertragen. Ein „überflüssiges“ Änderungsangebot liegt damit nicht vor (*zur Problematik vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 124/14 - Rn. 30 ff.; 25. April 2013 - 2 AZR 960/11 - Rn. 29 mwN*). 19

1. Die Änderungskündigung zielte nicht nur auf die Zuweisung einer anderen Arbeitsaufgabe im Rahmen der durch die bisherigen Vertragsregelungen eröffneten Einsatzmöglichkeiten eines Croupiers der Stufe I. Mit dem unterbreiteten Angebot wollte die Beklagte vielmehr eine dauerhafte Zuweisung einer der Croupierstufe III entsprechenden Tätigkeit mit entsprechend geringerer Vergütung erreichen (*für eine auf das gleiche Ziel gerichtete außerordentliche Änderungskündigung vgl. BAG 20. März 2014 - 2 AZR 825/12 - Rn. 15*). 20

2. Mit der Beförderung des Klägers zum Croupier I im Jahr 1991 auf der Grundlage der Beförderungsregelungen des § 6 TG-TV waren seine Beschäftigung im Aufgabenbereich eines Croupiers dieser Stufe und der Anspruch auf die entsprechende Vergütung Inhalt der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien geworden. Damit war der Beklagten eine Rückstufung des Klägers verbunden mit der Herabsetzung seines Vergütungsanspruchs nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts, sondern nur unter Änderung der vertraglichen Vereinbarungen möglich (*vgl. BAG 20. März 2014 - 2 AZR 825/12 - Rn. 15; 28. August 2008 - 2 AZR 967/06 - Rn. 26, BAGE 127, 342*). 21

- III. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet gemäß § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 seiner Bestimmungen das KSchG Anwendung. Die Änderung der vereinbarten Vertragsbedingungen ist nicht durch Gründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt und deshalb sozial ungerechtfertigt. 22

1. Eine Änderung der Arbeitsbedingungen iSv. § 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe iSd. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist und das Änderungsangebot des Arbeitgebers sich darauf beschränkt, solche Änderungen vorzusehen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (*BAG 5. Juni 2014 - 2 AZR 615/13 - Rn. 22, BAGE 148, 227; 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 24 mwN*). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 163/11 - Rn. 13; 23. Februar 2012 - 2 AZR 45/11 - Rn. 11*). Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise akzeptieren muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beurteilen. Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den In-

halt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle angebotenen Vertragsänderungen vorliegen. Keine von ihnen darf sich weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist (*BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - aaO; 13. Juni 2012 - 10 AZR 296/11 - Rn. 35*).

2. Eine Änderung der Vertragsbedingungen kann auch durch eine krankheitsbedingte Leistungsminderung bedingt sein. In einem solchen Fall ist ihre soziale Rechtfertigung - wie bei einer Beendigungskündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen oder wegen langanhaltender Erkrankung - in drei Stufen zu prüfen. Innerhalb der einzelnen Prüfungsschritte können sich mit Blick auf die Eigenart des Kündigungsgrundes gewisse Unterschiede ergeben (*BAG 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - zu 4 b der Gründe; 26. September 1991 - 2 AZR 132/91 - zu III 3 c der Gründe; KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 379*). Danach ist zunächst - erste Stufe - eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustands erforderlich. Die bisherigen und nach der Prognose zu erwartenden Auswirkungen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit müssen zudem - zweite Stufe - zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Liegen diese im wirtschaftlichen Bereich, kommt es darauf an, ob die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass ihm das Festhalten am bisherigen Arbeitsvertrag unzumutbar wird; eine lediglich geringfügige - qualitative oder quantitative - Minderleistung reicht dafür nicht aus (*vgl. BAG 20. März 2014 - 2 AZR 825/12 - Rn. 20; 26. September 1991 - 2 AZR 132/91 - aaO*). Im Rahmen einer abschließenden Interessenabwägung - dritte Stufe - ist schließlich zu prüfen, ob die erheblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Erkrankungen auf betrieblichen Ursachen beruhen, ferner ist auf das Alter des Arbeitnehmers und darauf Bedacht zu nehmen, wie lange das Arbeitsverhältnis ungestört verlaufen ist (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 13, 52; 26. September 1991 - 2 AZR 132/91 - aaO*).

24

3. Diesen Maßstäben wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht. 25
Zwar war der Kläger im Kündigungszeitpunkt nicht in der Lage, unter den gegebenen Bedingungen im Stehen am Tisch des American Roulette zu arbeiten, und seine gesundheitliche Prognose war insoweit negativ. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung trägt aber nicht das Ergebnis, die eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Klägers habe zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen geführt.

a) Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Prognose 26
der weiteren gesundheitlichen Entwicklung des Klägers sei negativ. Die damit verbundene Würdigung, eine Besserung des Zustands sei in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, liegt auf tatsächlichem Gebiet. Sie ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin zu überprüfen, ob sie vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (*vgl. BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 40; 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 28*). Einen solchen Rechtsfehler zeigt der Kläger nicht auf. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war er schon vor der Kündigung über Jahre hinweg in seinem Leistungsvermögen eingeschränkt, ohne dass erkennbar eine Besserung eingetreten wäre. Diesem Umstand kam Indizwirkung für die weitere Entwicklung zu (*vgl. dazu BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 17; 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - Rn. 24 mwN*). Die Einschätzung des Landesarbeitsgerichts, die ärztliche Bescheinigung vom 11. Oktober 2010 lasse offen, ob und in welchem Rahmen eine Genesung zu erwarten sei, und das Attest sei deshalb ungeeignet, die aus der bisherigen Leistungseinschränkung resultierende Vermutung zu entkräften, hält sich im Beurteilungsspielraum des Tatsachengerichts. Soweit der Kläger nunmehr geltend macht, sein körperliches Leiden sei zwischenzeitlich geheilt, ist dies schon deshalb unbeachtlich, weil es sich um neuen, in der Revisionsinstanz grundsätzlich ausgeschlossenen (§ 559 Abs. 1 ZPO) Tatsachenvortrag handelt.

b) Demgegenüber wird die weitergehende Annahme des Landesarbeits- 27
gerichts, die gesundheitlich bedingte Einschränkung habe „auf Dauer“ bestanden, von den bisherigen Feststellungen nicht getragen. Zwar steht die völlige

Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit einer dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn jedenfalls in den auf die Kündigung folgenden 24 Monaten mit einer Genesung nicht gerechnet werden konnte (*BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 18; 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 14 mwN*). Eine solche Vermutung kann auch bei krankheitsbedingt verminderter Leistungsfähigkeit eingreifen. Das Landesarbeitsgericht hat aber zur Basis für eine solche Vermutung keine hinreichenden Feststellungen getroffen. Es hat sich auf die Überlegung beschränkt, ein Ende der „gegenwärtigen“ Beeinträchtigung sei nicht absehbar. Das reicht - auch wegen des unklaren zeitlichen Bezugspunkts - nicht aus. Aus der bloßen Ungewissheit einer Genesung folgt nicht, dass für eine Dauer von 24 Monaten nach Kündigungszugang das Ausbleiben einer Gesundung nach medizinischen Erkenntnissen gewiss gewesen wäre (*BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 20; 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 14*).

c) Die Dauerhaftigkeit der Leistungseinschränkung kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden. Auch unter dieser Prämisse ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht berechtigt, die Einschränkung der Verwendungsmöglichkeiten des Klägers führe zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. 28

aa) Eine solche Beeinträchtigung liegt nicht etwa auf der Hand. Der Sachverhalt ist nicht mit dem einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit vergleichbar, die den Arbeitnehmer außerstande setzte, die vertraglich festgelegte Arbeitsleistung überhaupt zu erbringen. Bei dieser Sachlage sind die betrieblichen Interessen regelmäßig schon dann erheblich beeinträchtigt, wenn der Arbeitgeber - prognostisch - zumindest für die nächsten 24 Monate gehindert ist, sein Direktionsrecht auszuüben und Arbeitsleistungen abzurufen; näherer Darlegungen von seiner Seite bedarf es dazu nicht (*vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 14; 30. September 2010 - 2 AZR 88/09 - Rn. 11 mwN, BAGE 135, 361*). Dagegen war der Kläger im vorliegenden Fall nur nicht mehr in der Lage, in der gesamten Bandbreite der von einem Croupier I zu betreuenden Spiele eingesetzt zu werden. Er fiel aufgrund seiner Beschwerden nicht 29

etwa bei jedem Spiel teilweise aus, er konnte vielmehr sämtliche Spiele umfassend selbständig betreuen, lediglich das Spiel American Roulette nicht. Ob auch darin eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen liegt, bedarf näherer Prüfung.

bb) 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 Rückschu-
fung 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, die überdies durch ihren verstärkten Einsatz beim Spiel American Roulette beeinträchtigt seien. Auch sei die Planungs- und Organisationsfreiheit der Beklagten - insbesondere im Zusammenhang mit Urlaubs- und Krankheitszeiten anderer Arbeitnehmer - über das Maß des Notwendigen hinaus eingeschränkt. 30

cc) Diese Würdigung ist nicht ohne Rechtsfehler. 31

(1) Der Kläger hat kein „übertarifliches“ Gehalt bezogen. Die Vergütung eines spieltechnischen Mitarbeiters hängt nach der einschlägigen tariflichen Vergütungsordnung nicht davon ab, ob seine Tätigkeit bestimmten „Merkmale“ der tariflichen „Stellenbeschreibung“ (§ 5 I TG-TV) gerecht wird. Maßgeblich ist vielmehr die dem Mitarbeiter aufgrund seiner „Beförderung“ übertragene Position (§ 7 iVm. § 6 TG-TV). Fallen die Voraussetzungen für eine „Übernahme“ des Mitarbeiters in die ihm übertragene Position später weg und wird seine tatsächliche Einsetzbarkeit geringer, hat allein dies auf seine tarifliche Position keinen Einfluss. Die Einsatzfähigkeit des spieltechnischen Mitarbeiters ist - auch soweit §§ 5, 6 TG-TV die Einsetzbarkeit voraussetzen - kein für seine Eingruppierung relevantes Kriterium. Das ergibt die Auslegung. 32

(a) Tarifverträge sind wegen ihres normativen Charakters wie Gesetze auszulegen. Auszugehen ist danach vom Wortlaut der Bestimmungen und dem durch ihn vermittelten Wortsinn. Insbesondere bei unbestimmtem Wortsinn ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien und der von ihnen beabsichtigte Zweck zu berücksichtigen, sofern und soweit sie im Text ihren Niederschlag gefunden haben. Abzustellen ist ferner auf den Gesamtzusammenhang und die Systematik der Regelungen. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einem sachgerechten, zweckorientierten, praktisch brauchbaren und gesetzeskonformen Verständnis der Bestimmung führt (*BAG 13. Oktober 2015 - 1 AZR 853/13 - Rn. 22; 15. Mai 2013 - 7 AZR 665/11 - Rn. 44 mwN, BAGE 145, 142*). 33

(b) Die Tabelle des § 7 TG-TV knüpft den jeweiligen Vergütungsanspruch an eine bestimmte Position - hier Croupier I - und legt fest, mit welcher Punktzahl diese an der Verteilung des Tronc teilnimmt. Die in der Tarifvorschrift bezeichneten Positionen sind in § 5 TG-TV hinsichtlich ihrer „Hauptaufgaben“ näher beschrieben. Weder dem Wortlaut der Bestimmungen noch dem tariflichen Zusammenhang ist dabei zu entnehmen, dass es für den Anspruch auf die Vergütung bzw. das Innehaben der Position darauf ankäme, ob die Tätigkeit des Arbeitnehmers das tarifliche Stellenprofil in jeder Hinsicht und in vollem Umfang ausfüllt. Maßgebend ist nach Wortlaut und Gesamtzusammenhang der Regelungen allein die in § 6 TG-TV geregelte „Übernahme“ bzw. „Beförderung“ des Mitarbeiters. Ihr kommt hinsichtlich der Stellenbesetzung konstitutive Wirkung zu. 34

(c) Für die „Übernahme“ bzw. „Beförderung“ verlangt § 6 TG-TV - neben der Erfüllung bestimmter Eignungs- bzw. Befähigungsvoraussetzungen und ggf. dem Verstreichen einer einjährigen Wartezeit - das Vorhandensein einer freien „Planstelle“. Dieses Erfordernis korrespondiert mit § 5 Abs. 3 TG-TV und trägt, ebenso wie die dort vorgegebene Begrenzung der Stellenanzahl, der Vergütung nach dem Tronc-Prinzip Rechnung. Auch die „Übernahme“ oder „Beförderung“ in eine bestimmte Position hängt nicht davon ab, dass der Arbeitnehmer Aufgaben verrichtet, die für die fragliche Stelle charakteristisch sind. Vielmehr be- 35

stimmt sich - umgekehrt - durch die Übertragung der betreffenden Position der tariflich vorgegebene Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung.

(d) Richtet sich demnach die „Einreihung“ in das tarifliche Vergütungsschema nicht nach einer bestimmten ausgeübten oder auszuübenden Tätigkeit, sondern ausschließlich nach der übertragenen Position, so hat es auf die Vergütung jedenfalls keinen unmittelbaren Einfluss, wenn nach der Übernahme auf eine bestimmte Position ein für diese Bewertung charakteristisches Merkmal nicht mehr erfüllt wird (*ähnlich für die Eingruppierung von Lehrkräften: BAG 29. September 2011 - 2 AZR 451/10 - Rn. 21; 12. März 2008 - 4 AZR 93/07 - Rn. 19 ff., BAGE 126, 149*). 36

(e) Im Übrigen ist es auch nach der Tätigkeitsbeschreibung für den Croupier in § 5 I Nr. 7 TG-TV nicht erforderlich, dass dieser jederzeit der gesamten Bandbreite der möglichen Aufgaben gerecht wird. 37

(aa) § 5 I Nr. 7 TG-TV beschreibt iVm. § 5 Abs. 2 TG-TV die „Hauptaufgaben“ eines Croupiers der Stufen I und II dahin, dass dieser „am Spieltisch bei allen angebotenen Spielen (arbeitet)“. Mit diesem Merkmal hebt sich die Tätigkeit aus den „Hauptaufgaben“ eines Croupiers der Stufen III bis X heraus, die in § 5 I Nr. 8 TG-TV dahin umschrieben sind, dass er „am Spieltisch (arbeitet)“. 38

(bb) § 5 I Nr. 7 TG-TV setzt erkennbar nicht voraus, dass der Arbeitnehmer bei „allen angebotenen Spielen“ auch tatsächlich zum Einsatz kommt. Andernfalls wäre die Bestimmung schwer verständlich und kaum handhabbar, zumal eine gleichzeitige Beschäftigung an mehreren Spieltischen praktisch ausscheidet und die Tarifvertragsparteien keine Zeitspanne vorgegeben haben, binnen derer die Arbeit rollierend bei allen Spielen erfolgen müsste. Sachgerecht kann die Regelung nur als Rahmen für das Direktionsrecht des Arbeitgebers verstanden werden. Sie beschreibt die Verpflichtung des Arbeitnehmers, auf Anforderung des Arbeitgebers - ggf. im Wechsel - an jedem beliebigen Spiel Arbeit zu leisten. Die Konkretisierung der Arbeitsleistung im Hinblick auf Spiel und Spieltisch bleibt dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO überlassen. Charakteristisches Merkmal der „Tätigkeit“ eines Croupiers der Stu- 39

fen I und II ist ein gegenüber den niedriger bewerteten Positionen erweitertes Aufgabenspektrum.

(cc) Soweit allerdings der Kläger mit Blick auf § 6 Abs. 2 TG-TV gemeint hat, eine Tätigkeit genüge schon dann dem Anforderungsprofil des Croupier I und II, wenn der betreffende Mitarbeiter in allen angebotenen Spielen an einer Grundausbildung teilgenommen habe und darüber hinaus überhaupt am Spieltisch arbeite, überzeugt das nicht. Die Bestimmung des § 6 Abs. 2 TG-TV beschreibt die Qualifikation, über die ein spieltechnischer Mitarbeiter verfügen muss, um in die entsprechenden Stufen übernommen werden zu können. Sie ergänzt § 6 Abs. 1 TG-TV, der als „Grundvoraussetzung“ der Beförderung die „Eignung im Hinblick auf die zu besetzende Position“ nennt. Von der „Eignung“ ist die „Einsetzbarkeit“ im Rahmen der fraglichen Aufgabenbeschreibung mit umfasst. Schon für die Übernahme eines Mitarbeiters in die geringer bewerteten Croupierstufen X und V ist seine „Einsetzbarkeit“ an bestimmten Spielen - am Kessel des französischen Roulette und am Black Jack bzw. zusätzlich am American Roulette - erforderlich. Aus dem Umstand, dass es für die Croupierstufen I und II an einer ausdrücklichen Aufzählung der Spiele, an denen er „einsetzbar“ sein muss, fehlt, kann nicht geschlossen werden, dass es auf dieses Erfordernis im Rahmen des weiteren Aufstiegs nicht mehr ankäme. Die Tarifvertragsparteien gehen vielmehr erkennbar davon aus, dass es sich ohne Weiteres aus der in § 5 I Nr. 7 TG-TV beschriebenen Aufgabenstellung ergibt. 40

(dd) Auch wenn die tarifvertraglichen Regelungen auf die „Einsetzbarkeit“ abstellen, kann ihnen nicht entnommen werden, dass Voraussetzung für die Übertragung der Position eines Croupier I und seine Einreihung in die entsprechende Vergütungsstufe des § 7 TG-TV die gesundheitliche Fähigkeit des Mitarbeiters wäre, stets Arbeit bei allen angebotenen Spielen zu leisten. 41

(aaa) § 5 TG-TV enthält Stellenbeschreibungen. Die Regelung legt die Bandbreite möglicher Arbeitsleistungen fest. Bestimmte Konsequenzen für den Fall einer Leistungsminderung lassen sich hieraus nicht ableiten. Das gilt umso mehr, als Einschränkungen des gesundheitlichen Leistungsvermögens, die dazu führen, dass der Arbeitnehmer nicht mehr alle Aufgaben innerhalb der mög- 42

lichen Bandbreite erledigen kann, nicht das Weisungsrecht als solches tangieren, sondern allenfalls dessen Ausübung im Einzelfall begrenzen.

(bbb) Soweit § 6 TG-TV als Grundvoraussetzung für eine Beförderung „die Eignung im Hinblick auf die zu besetzende Position“ nennt, fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass die Tarifvertragsparteien damit auch auf die gesundheitliche Leistungsfähigkeit abstellen wollten. Dagegen spricht vielmehr, dass bei diesem Verständnis der Tarifbestimmung jede noch so kurzfristige Herabsetzung des Leistungsvermögens die Voraussetzungen für die Beförderung bzw. Eingruppierung entfallen ließe. Dagegen sprechen ferner die Regelungen im TG-TV, die mit Blick auf den jeweiligen „Erreichungsgrad“ der „Einsetzbarkeit“ die Zahlung eines Zuschlags vorsehen. Ob die gegenteilige Lesart nicht zu entgeltfortzahlungs- und diskriminierungsrechtlichen Problemen führen würde, kann deshalb dahinstehen. 43

(2) Eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen liegt auch mit Blick auf die weiteren vom Landesarbeitsgericht angeführten Umstände nicht vor. 44

(a) Dessen Annahme, die Vergütung des Klägers als Croupier I wirke sich nachteilig auf die anderen aus dem Tronc bezahlten Arbeitnehmer aus, beruht auf der fehlerhaften Auffassung, der Kläger beziehe ein übertarifliches Gehalt bzw. sei übertariflich eingruppiert. Das Landesarbeitsgericht lässt zudem unberücksichtigt, dass der Anspruch auf die Vergütung nach der Croupierstufe I nicht davon abhängt, ob der Arbeitgeber per Direktionsrecht das sich aus § 5 I Nr. 7 TG-TV ergebende Einsatzspektrum voll ausschöpft und der Mitarbeiter - rollierend - an allen oder doch einer Mindestanzahl von Spielen zum Einsatz kommt. 45

(b) Eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen folgt nicht daraus, dass die Einsatzbeschränkung des Klägers womöglich einen verstärkten Einsatz der übrigen Mitarbeiter beim American Roulette zur Folge hatte (*vgl. BAG 20. März 2014 - 2 AZR 825/12 - Rn. 22*). Die Beklagte hat nicht dargelegt, welche konkrete, auf Dauer unzumutbare Mehrbelastung sich daraus im Ver- 46

gleich zum Einsatz bei anderen Spielen, etwa Black Jack oder Poker, ergeben soll. Ebenso wenig hat sie dargetan, dass infolge der verstärkten Heranziehung anderer Mitarbeiter zum Spiel American Roulette eine konkrete Störung des Betriebsfriedens eingetreten sei. Auf sonstige schutzwürdige Belange anderer Arbeitnehmer, denen sie im Rahmen der Ausübung ihres Direktionsrechts Rechnung zu tragen hätte, hat sich die Beklagte nicht berufen.

(c) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte werde durch die Leistungseinschränkung des Klägers „über das Maß des Notwendigen“ in ihrer Planungs- und Organisationsfreiheit beeinträchtigt, ist mit Tatsachen nicht belegt. Konkrete, durch den Ausfall des Klägers beim American Roulette bedingte Störungen im Betriebsablauf sind weder festgestellt noch hat die Beklagte dazu vorgetragen. Der Umstand, dass sie mit Blick auf die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers in der Ausübung ihres Direktionsrechts entsprechend einschränkt ist, stellt für sich allein keine Beeinträchtigung der betrieblichen Belange dar, die im Rahmen von § 1 Abs. 2 KSchG erheblich wäre (*vgl. BAG 20. März 2014 - 2 AZR 825/12 - Rn. 22*). 47

4. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ergibt sich im Streitfall nicht daraus, dass das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung mehr als nur geringfügig gestört wäre. Dies vermag der Senat abschließend zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). 48

a) Die Beklagte hat dem Kläger mit seiner „Übernahme“ in die Position Croupier I Arbeitsaufgaben übertragen, die der tariflichen Tätigkeitsbeschreibung (§ 5 I Nr. 7 TG-TV) entsprechen. Aufgrund seiner krankheitsbedingten Unfähigkeit, am Tisch des American Roulette im Stehen zu arbeiten, konnte sie den Kläger in einem Teilbereich des vereinbarten Leistungsspektrums nicht mehr einsetzen. Die sich daraus ergebende Beschränkung ihres Direktionsrechts ist nicht deshalb unbeachtlich, weil sie keinen unmittelbaren Einfluss auf die tarifliche „Eingruppierung“ hatte. Die Tarifvertragsparteien bewerten - wie gezeigt - eine Tätigkeit, die der Croupierstufe I entspricht, gegenüber derjenigen eines Croupiers der Stufe III unter anderem deshalb höher, weil der Mitarbeiter 49

„bei allen angebotenen Spielen (arbeitet)“. Die Verwendungsbreite des Croupiers ist damit nach der tariflichen Vergütungsordnung ein wertbestimmender Faktor.

b) Für die Beurteilung, ob die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, der nicht mehr innerhalb der gesamten Bandbreite der geschuldeten Aufgaben eingesetzt werden kann, die berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass diesem das Festhalten an den bisherigen Vertragsbedingungen unzumutbar wird, kann die Bewertung der Tarifvertragsparteien in einer dem Arbeitsvertrag zugrunde liegenden tariflichen Vergütungsordnung maßgebende Bedeutung gewinnen. Ist ein Arbeitnehmer mit seinem Restleistungsvermögen voraussichtlich auf Dauer oder doch für zumindest 24 Monate nach der Kündigung nicht mehr in der Lage, überhaupt eine der charakteristischen Tätigkeiten der betreffenden tariflichen Stellenbeschreibung ohne Einschränkung zu verrichten, spricht viel dafür, dass wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers dadurch erheblich beeinträchtigt sind (*vgl. dazu BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - zu B III 2 d der Gründe, BAGE 109, 87; 26. September 1991 - 2 AZR 132/91 - zu III 3 c cc der Gründe; KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 386; Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 131 Rn. 45; Greiner RdA 2007, 22, 30 ff.*). So verhält es sich im vorliegenden Fall aber nicht. Die Leistungsminderung des Klägers wirkt sich nur auf eine der mehreren in § 5 I Nr. 7 TG-TV beschriebenen „Hauptaufgaben“ aus, die dort im Übrigen nicht einmal abschließend aufgeführt sind (§ 5 Abs. 2 TG-TV). Der Kläger konnte mit seinem verbliebenen Leistungsvermögen an einer Vielzahl von angebotenen Spielen weiterhin tätig werden. Selbst beim American Roulette war er lediglich auf einer bestimmten Position nicht mehr einsetzbar. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass er damit hinter der „Normalleistung“ eines uneingeschränkt einsatzfähigen Croupiers I mehr als nur geringfügig zurückgeblieben wäre. Dies ist angesichts der Vielzahl der angebotenen Spiele und der weiteren sich aus § 5 TG-TV ergebenden möglichen Verwendungen auch objektiv nicht ersichtlich.

50

IV. Angesichts dessen bedarf es keiner Entscheidung, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers aus anderen Gründen sozial ungerechtfertigt oder unwirksam ist. Auf die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Versetzung und - wohl auch - zur Umgruppierung in die Croupierstufe III, deren Ersetzung die Beklagte in einem parallel geführten Beschlussverfahren begehrt, kam es nicht an. Ohnehin ist die Zustimmung des Betriebsrats nach §§ 99 ff. BetrVG keine Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Änderungskündigung, die die vertraglichen Voraussetzungen für die fraglichen personellen Maßnahmen schaffen will (zur Versetzung vgl. BAG 12. August 2010 - 2 AZR 104/09 - Rn. 30; 22. April 2010 - 2 AZR 491/09 - Rn. 15 ff., BAGE 134, 154; zur Umgruppierung vgl. BAG 20. März 2014 - 2 AZR 840/12 - Rn. 24; 28. August 2008 - 2 AZR 967/06 - Rn. 33, BAGE 127, 342). Eine Aussetzung (§ 148 ZPO) des vorliegenden Rechtsstreits bis zur Erledigung des mittlerweile beim Bundesarbeitsgericht anhängigen Zustimmungsersetzungsverfahrens (- 1 ABR 48/14 -) war damit nicht angezeigt.

C. Die Beklagte hat nach § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 52

Der Vorsitzende Richter
am Bundesarbeitsgericht
Kreft ist infolge seiner
Versetzung in den
Ruhestand mit Ablauf
des 31. Januar 2016 an
der Unterschriftsleistung
verhindert.

Rachor

Rachor

Niemann

Krichel

Jan Eulen