


Gericht:	LArbG Berlin-Brandenburg 7. Kammer
Entscheidungsdatum:	08.05.2018
Aktenzeichen:	7 Sa 1588/17
ECLI:	ECLI:DE:LAGBEBB:2018:0508.7SA1588.17.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Norm:	§ 2 KSchG
Zitiervorschlag:	LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 08. Mai 2018 - 7 Sa 1588/17 -, juris

Leitsatz

Zu einer krankheitsbedingten Änderungskündigung zur Herabsetzung der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer einzelne Tätigkeiten nicht mehr ausüben kann (im Anschluss an BAG 22.10.2015 - 2 ABR 550/14)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Berlin, 26. Oktober 2017, 11 Ca 13446/16, Urteil

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 26.10.2017 - 11 Ca 13446/16, WK 10101/17 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer personenbedingten Änderungskündigung zur Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit.
- 2 Der mit einem Grad von 60 als schwerbehindert anerkannte Kläger ist bei der Beklagten, die in Berlin vier Einrichtungen der vollstationären Pflege betreibt, auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages (Bl. 28 - 34 d.A.) als Hausmeister mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrages beträgt die vereinbarte Vergütung 1.500 Euro brutto zuzüglich 200 Euro brutto Zuschläge für erforderliche Bereitschaftsdienste und Wochenendeinsätze.
- 3 Mit Schreiben vom 26.09.2016 sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger eine personenbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.11.2016 aus, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis mit einer wöchentlichen Stundenzahl von 27,25 Stunden und einer monatlichen Vergütung von 1.158,13 EUR fortzusetzen.
- 4 Zuvor hatte die Beklagte beim Integrationsamt die Zustimmung zu dieser Kündigung beantragt, die zunächst mit Bescheid vom 13.09.2016 (Bl. 37 d.A.) erteilt, im Rahmen des

Widerspruchsverfahrens mit Bescheid vom 04.07.2017 allerdings wieder aufgehoben wurde. Die Beklagte hat gegen den Widerspruchsbescheid Klage vor dem Verwaltungsgericht Berlin erhoben. Über diese Klage ist bisher noch nicht entschieden.

- 5 Die Beklagte begründet die Kündigung damit, der Kläger sei aufgrund der ihm bereits im Jahr 2013 ärztlich attestierten gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr in der Lage bestimmte Arbeiten, die in seiner Stellenbeschreibung aufgeführt seien, auszuführen. U.a. dürfe er nicht mehr als 5 kg heben, könne nicht über Kopf arbeiten und müsse längere, d.h. über 5 Minuten hinausgehende Belastungen der Gelenke vermeiden. Diese, vom Kläger nicht mehr zu verrichtenden Arbeiten würden arbeitstäglich 2,55 Stunden ausmachen. Die Einrichtungsleiterin habe den zeitlichen Umfang der vom Kläger zu erledigenden Arbeiten mehrfach selbst ausgeführt, den dafür erforderlichen zeitlichen Umfang gemessen und so einen realistischen Mittelwert des zeitlichen Umfangs ermittelt. Entsprechend dieser ermittelten Werte für die Tätigkeiten, die der Kläger eben nicht mehr ausführen könne, müsse seine Arbeitszeit reduziert und die Vergütung entsprechend angepasst werden. Einen anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz habe sie dem Kläger nicht zuweisen können. Ein BEM, zu dem sie den Kläger am 16.10.2015 eingeladen habe (Bl. 123 d.A.), habe am 10.11.2015 ohne Ergebnis stattgefunden (vgl. Protokoll vom 12.11.2015, Bl. 126 d.A.).
- 6 Der Kläger hat das Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen mit Schreiben vom 13.10.2016 unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen und dann später seinerseits das Arbeitsverhältnis zum 31.08.2017 gekündigt. Er hält die Änderungskündigung für sozial ungerechtfertigt und im Hinblick auf die Aufhebung der Zustimmung des Integrationsamtes durch den Widerspruchsausschuss für rechtsunwirksam.
- 7 Das Arbeitsgericht hat - soweit für das Berufungsverfahren relevant - mit Urteil vom 26.10.2017, auf dessen Tatbestand wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen des Klägers durch die Änderungskündigung der Beklagten vom 26.09.2016, zugegangen am 28.09.2016, sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung erweise sich bereits deshalb als rechtsunwirksam, weil im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung nicht mehr vorgelegen habe. Wegen der weiteren Einzelheiten der erstinstanzlichen Entscheidung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.
- 8 Gegen dieses der Beklagten am 08.11.2017 zugestellte Urteil richtet sich ihre Berufung, die sie mit einem beim Landesarbeitsgericht am 04.12.2017 eingegangenen Schriftsatz eingelegt und mit einem beim Landesarbeitsgericht - nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 08.02.2018 - am 08.02.2018 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.
- 9 Die Beklagte hält das arbeitsgerichtliche Urteil bereits deshalb für fehlerhaft, weil das Arbeitsgericht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.05.2013 - 2 AZR 991/11 nicht hinreichend berücksichtigt habe. Danach gelte die Zustimmung des Integrationsamtes im Hinblick auf die fehlende aufschiebende Wirkung des Widerspruchsbescheids solange als erteilt, bis sie rechtskräftig aufgehoben worden sei.

- 10 Die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Der Kläger sei aus krankheitsbedingten Gründen nicht mehr in der Lage, die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit im Umfang von wöchentlich 12,75 Stunden zu erbringen. Dieser Zeitanteil entfalle auf diejenigen Tätigkeiten, die der Kläger aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr leisten könne. Unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens trägt die Beklagte im Einzelnen vor, welche Arbeiten aus ihrer Sicht in welchem zeitlichen Umfang an einem Arbeitstag anfallen und welche Arbeiten in welchem Umfang aus ihrer Sicht vom Kläger aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr erbracht werden können. Für diese Darstellungen im Einzelnen wird auf die Berufungsbegründung vom 08.02.2018, Seite 9 - 13 (Bl. 411 - 415 d.A.). Mit ihrer Änderungskündigung stelle sie dem Kläger einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung. Sie weise dem Kläger dann keine Arbeiten mehr zu, die dieser aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben könne. Mildere Mittel seien nicht gegeben. Der Einsatz von Hilfsmitteln sei ebenso wenig möglich wie Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet zur Vermeidung der Änderungskündigung. Ein anderer freier und geeigneter, leidensgerechter Arbeitsplatz sei nicht vorhanden. Die Reduzierung der Vergütung entspreche dem Maß der Reduzierung der Arbeitszeit und halte sich damit innerhalb der Grenzen der Rechtsprechung.
- 11 Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt,
- 12 das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin zum Aktenzeichen 11 Ca 13446/16 (WK 11 Ca 10101/17) vom 16.10.2018 insoweit aufzuheben und abzuändern als der Klage stattgegeben wurde und die Klage abzuweisen.
- 13 Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt,
- 14 die Berufung zurückzuweisen.
- 15 Der Kläger und Berufungsbeklagte verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil unter Hinweis darauf, dass nach der Entscheidung des Widerspruchsausschusses eine Zustimmung des Integrationsamtes nicht (mehr) vorliegen würde. Auch sei die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt, weil der Kläger nicht bzw. nicht in dem von der Beklagten behaupteten Maß in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt sei. Soweit in dem ärztlichen Attest angemerkt worden sei, er solle nicht mehr als 5 kg heben, beziehe sich dies auf einen längeren Zeitraum. Die Beklagte habe die entsprechenden Zeiten unzutreffend ermittelt und dabei z. B. außer Acht gelassen, dass die Wäschesäcke von den Pflegekräften eingesammelt würden und außerdem Hilfsmittel herangezogen werden könnten.
- 16 Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Vorbringen in dem mündlichen Verhandlungstermin Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 17 1. Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 ArbGG, § 511 ZPO statthafte Berufung ist form- und fristgerecht im Sinne von § 66 Abs. 1 ArbGG, § 519 ZPO eingelegt und begründet worden.
- 18 Die Berufung der Beklagten ist daher zulässig.

- 19 2. Die Berufung der Beklagten hat im Ergebnis keinen Erfolg. Die zwischen den Parteien im Streit stehende Änderungskündigung der Beklagten vom 26.09.2016 zum 30.11.2016 erweist sich als sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam.
- 20 2.1 Die Kündigung erweist sich nicht bereits nach § 134 BGB als nichtig, weil die Beklagte sie ohne die gemäß § 85 SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochen hätte. Bei Zugang der Kündigung an den Kläger lag die Zustimmung des Integrationsamtes vor. Diese wurde erst im Rahmen des Widerspruchsverfahrens mit Bescheid des Widerspruchsausschusses vom 04.07.2017 aufgehoben. Da gemäß § 88 Abs. 4 SGB IX Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Zustimmung des Integrationsamtes jedoch keine aufschiebende Wirkung haben, entfaltet die durch das Integrationsamt einmal erteilte Zustimmung zur Kündigung – vorbehaltlich ihrer Nichtigkeit (für die hier von keiner der Parteien Anhaltspunkte vorgetragen wurde) – solange Wirksamkeit, wie sie nicht rechtskräftig aufgehoben ist (vgl. BAG 23.05.2013 – 2 AZR 991/11 – BAGE 145, 199 – 204). Für die Berechtigung des Arbeitgebers, auf der Grundlage des Zustimmungsbescheids die Kündigung zunächst zu erklären, ist es ohne Bedeutung, ob die Zustimmung vom Widerspruchsausschuss oder einem Gericht aufgehoben wird, solange die betreffende Entscheidung nicht bestands- bzw. rechtskräftig ist (vgl. BAG 23.05.2013 – 2 AZR 991/11 – Rz. 23).
- 21 Dies gilt auch für den vorliegenden Fall. Bei Zugang der Kündigung lag die Zustimmung des Integrationsamtes vor. Zwar wurde die Zustimmung aufgrund des Widerspruchs des Klägers aufgehoben, diese Entscheidung ist indes – da die Beklagte dagegen Klage erhoben hat – noch nicht rechtskräftig. Mithin entfaltet die einmal erteilte Zustimmung nach wie vor ihre Wirkung.
- 22 2.2 Die Änderungskündigung erweist sich indes als sozial ungerechtfertigt, weil die geänderten Arbeitsbedingungen nicht durch Gründe in der Person des Klägers bedingt sind.
- 23 2.2.1 Eine Änderung der Arbeitsbedingungen im Sinne von § 2 KSchG ist sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist und das Änderungsangebot des Arbeitgebers sich darauf beschränkt, solche Änderungen vorzusehen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (st. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts vgl. z.B. BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14 – EzA § 2 KSchG Nr. 95; BAG 05.06.2014 – 2 AZR 615/13 – Rnr. 22 – BAGE 148, 227). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 163/11 – Rnr. 13 – EzA § 2 KSchG Nr 87). Ob der Arbeitnehmer eine ihn vorgeschlagene Änderung billigerweise akzeptieren muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beurteilen. Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt 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 22.10.2015 – 2 AZR 550/14 – Rz. 23 m.w.N.).
- 24 Eine Änderung der Vertragsbedingungen kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14 – Rnr. 24; 20.03.2014 – 2 AZR 825/12 – EzA § 626 BGB 2002 Krankheit Nr. 4 Rz. 20) auch durch eine krankheitsbedingte Leistungsminderung bedingt sein. In einem solchen Fall ist ihre soziale Rechtfertigung – wie bei einer Bedingungskündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen oder wegen lang an-

haltender Erkrankung – in drei Stufen zu prüfen. Danach ist zunächst – 1. Stufe – eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustands erforderlich. Die bisherigen und nach der Prognose zu erwartenden Auswirkungen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit müssen zudem – 2. 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 Maß unterschreitet, dass ihm das Festhalten am bisherigen Arbeitsvertrag unzumutbar wird; eine lediglich geringfügige – qualitative oder quantitative – Minderleistung reicht dafür nicht aus. Im Rahmen einer abschließenden Interessenabwägung – 3. 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 das Alter des Arbeitnehmers zu berücksichtigen und weiter darauf abzustellen, wie lange das Arbeitsverhältnis ungestört verlaufen ist (*BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14 – Rz. 24*).

- 25 2.2.2 Diesen Grundsätzen wird die streitgegenständliche Änderungskündigung nicht gerecht. Den Vortrag der Beklagten als zutreffend unterstellt, der Kläger könne nicht mehr als 5 kg heben und müsse es vermeiden, seine Gelenke länger als 5 Minuten zu belasten, bedingen diese gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers nicht die von der Beklagten angestrebten Änderungen des Arbeitsverhältnisses, nämlich die Reduzierung der Arbeitszeit um 12,25 Stunden. Diese Einschränkungen haben keinen Einfluss auf die Dauer der vom Kläger zu erbringenden Arbeitsleistung. Der Kläger ist grundsätzlich in der Lage, in Vollzeit zu arbeiten, etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vorgelegten Attest.
- 26 Bereits auf der erste Stufe der genannten Prüfungsfolge ist zwar festzustellen, dass die gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers dauerhaft sind und dass diesbezüglich eine „negative Zukunftsprognose“ (wohl) gestellt werden kann. Diese Einschränkung stellt jedoch nicht die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung des Klägers grundsätzlich in Frage. Denn der Kläger schuldet nicht exakt diese Arbeiten, sondern die Tätigkeit eines Hausmeisters. Dass er diese Tätigkeit teilweise nicht mehr erbringen können soll, ergibt sich aus den genannten Einschränkungen nicht automatisch. Zum einen steht nicht fest und ist von der Beklagten auch nicht vorgetragen, dass dem Kläger nicht anderweitige Aufgaben aus dem Tätigkeitsprofil des Hausmeisters übertragen werden könnten, die in seiner Person zu einer „Vollzeittätigkeit“ führen würden. Zum anderen steht mit der genannten Einschränkung auch nicht das zeitliche Maß dessen fest, was der Kläger bezogen auf die einzelnen Tätigkeit auf einer Vollzeitstelle zu erbringen hat. Denn es steht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*vgl. BAG, Urteil vom 17. Januar 2008 – 2 AZR 536/06 –, BAGE 125, 257-266*) fest, dass der Kläger dasjenige zu leisten hat, was er muss und dies so gut wie er es – in seiner Person – kann. Insofern ist bereits der Ansatzpunkt der Überlegungen der Beklagten nicht zutreffend, wenn sie die Gesamttätigkeit des Klägers schematisch in abgegrenzte Einzeltätigkeiten mit entsprechenden Zeitanteilen aufspalten will. Der Kläger schuldet entsprechend seinem Arbeitsvertrag die Tätigkeit eines Hausmeisters, nicht aber eine aus Mosaiksteinen zusammengesetzte Summe von Einzeltätigkeiten, die ihrerseits mit einer jeweiligen Teilvergütung verknüpft wäre. Dies spiegelt sich im übrigen auch in dem Änderungsangebot der Beklagten wieder, das selbst nicht auf den Wegfall einzelner Tätigkeiten gerichtet ist, sondern auf eine Arbeitszeit- und Vergütungsreduzierung. Der Kläger kann jedoch mit den verbleibenden – leidensgerechten – Tätigkeiten eines Hausmeisters auch in einem zeit-

lich größerem Umfang und auch Vollzeitig beschäftigt werden. Weder haben die Arbeitsvertragsparteien für die vom Kläger zu erbringenden einzelnen Tätigkeiten einen bestimmten zeitlichen Umfang vorgesehen, noch ist es zwingend, dass der Kläger die verbleibenden Arbeiten in der von der Beklagten gemessenen und von ihr dann als durchschnittlich angesehenen Arbeitszeit zukünftig zu erbringen hat und erbringt. Vielmehr könnte die Beklagte dem Kläger für die aus ihrer Sicht noch leistungsgerechten Arbeiten mehr Zeit einräumen, um die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit auszufüllen. Dies zeigt zugleich, dass sich allein aus Messungen einzelner Arbeiten nicht unmittelbar ableiten lässt, in welchem Umfang eine Reduzierung der Arbeitszeit aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers bedingt wäre.

- 27 Auch einer Prüfung auf der zweiten Prüfungsstufe hält die streitgegenständliche Änderungskündigung nicht stand. Zwar ist der Beklagten zuzugestehen, dass sich eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen daraus ergeben könnte, dass das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung mehr als nur geringfügig gestört wäre (vgl. BAG vom 22.10.2015 – 2 AZR 550/14 – Rnr. 24). Dies steht aber bereits grundsätzlich angesichts der obigen Ausführungen zur Stufe eins in Frage. Dass sich eine Beeinträchtigung gerade in dem von der Beklagten vorgetragenen Umfang von 12,25 Stunden pro Woche ergebe, mit dem sie das Arbeitsverhältnis mit Änderungskündigung anpassen will, lässt sich bereits wegen der obigen Ausführungen, aber auch ihrem Vortrag jedoch nicht entnehmen. Denn auch dafür wäre es erforderlich gewesen, bestimmen zu können, welche „Normalleistung“ im Rahmen der vom Kläger noch zu erbringenden Tätigkeiten der vertraglich vereinbarten Vergütung gegenüberstünde. Dies lässt sich für das vorliegende Arbeitsverhältnis, das von einem Tarifvertrag nicht geregelt ist, indes nicht ohne weiteres bestimmen. Insofern können erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen der Beklagten nicht festgestellt werden.
- 28 2.2.3 Darüber hinaus erweist sich die Änderungskündigung auch in der dritten Prüfungsstufe als nicht verhältnismäßig. Denn die Beklagte hat dem Kläger nicht nur die Änderungen angeboten, die sich aus dem von ihr vorgetragenen personenbedingten Erfordernis ergeben, sondern ist in Bezug auf die Vergütung darüber hinausgegangen. Auch wenn die von der Beklagten dem Kläger angebotene Minderung des Arbeitsentgelts prozentual bezogen auf eine Gesamtbruttovergütung von 1.700,00 EUR kongruent zu der angebotenen reduzierten Arbeitszeit ist, rechtfertigt dies nicht die von der Beklagten an den Kläger herangetragene Änderung der Vergütung. Der Arbeitsvertrag regelt nämlich – worauf das Arbeitsgericht bereits in seinem Tatbestand hingewiesen hat – unter § 5 „Vergütung“ ein vereinbartes Gehalt in Höhe von 1.500,00 EUR sowie einen weiteren Betrag von 200,00 EUR „Zuschläge für erforderliche Bereitschaftsdienste und Wochenendeinsätze“. Die vom Kläger für Februar 2016 eingereichte Abrechnung der Brutto/Nettobezüge (Bl. 13 d.A.) weist ebenfalls diese beiden Gehaltsbestandteile aus. Dass die Reduzierung der Zuschläge für Bereitschaftszeiten und Wochenendeinsätze aufgrund der behaupteten gesundheitlichen Einschränkungen in gleichem Maße erforderlich ist, wie die Reduzierung der Arbeitszeit ist nicht erkennbar. Damit fehlt es aber an der Begründung eines Elementes der Änderungskündigung. Tarifverträge, aus denen sich eine entsprechende Absenkung unmittelbar ergeben hätte, finden auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung.
- 29 Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich auch Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Reduzierung des Gehaltes deshalb ergeben, weil § 5 Abs. 3 eine Abgeltung von bis zu 10 Überstunden im Monat mit der Zahlung des monatlichen Grundge-

haltes, also ursprünglich 1.500,00 EUR vorsieht. Auch hier verändert sich bei der Reduzierung des Entgelts auf 1.158,13 EUR das Verhältnis zwischen Arbeitsentgelt und Überstundenvergütung, ohne dass dies durch das personenbedingte Erfordernis bedingt wäre.

- 30 2.3 Eine Erklärungsfrist musste der Beklagten nicht eingeräumt werden.
- 31 Nach § 139 Abs. 2 ZPO darf das Gericht seine Entscheidung auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat oder den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien, nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt vor, wenn eine Entscheidung ohne entsprechenden Hinweis auf einen Gesichtspunkt gestützt wird, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter unter Berücksichtigung der Vielzahl von vertretbaren Rechtsauffassungen nach den bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (vgl. BAG vom 17.05.2017 - 7 ABR 21/15 - NZA 2017, 1282 ff.; BVerfG vom 17.02.2004 - 1 BvR 2341/00).
- 32 Eines solchen Hinweises bedurfte es vorliegend nicht. Der von der Kammer für die Änderungskündigung herangezogene Prüfungsmaßstab entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und musste daher von der Beklagten in ihrer Erwägung einbezogen werden. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass eine Änderungskündigung nur dann verhältnismäßig ist, wenn die angebotenen Änderungen durch den Kündigungsgrund bedingt sind, also nicht darüber hinausgehen. Auch entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass bei einer Änderungskündigung, bei der mehrere Bestandteile des Vertrages abgeändert werden, sämtliche Änderungen durch den Kündigungsgrund bedingt sein müssen. Zu beiden Aspekten nimmt die Beklagte sowohl erstinstanzlich als auch in ihrer Berufungs begründung Stellung. Sie sind für die anwaltlich vertretene Beklagte nicht überraschend. Dass die Kammer im Ergebnis der mündlichen Verhandlung zu einer anderen Auffassung gelangt als die Beklagte, ist ein normaler Prozess und bedarf nicht eines vorherigen Hinweises. Soweit die Kammer bei der Prüfung des zweiten Elements der Änderungskündigung die Differenzierung zwischen Grundvergütung und Zuschlag herangezogen hat, findet dieser Sachverhalt bereits seinen Niederschlag in dem Tatbestand der erstinstanzlichen Entscheidung.
- 33 3. Erweist sich die streitgegenständliche Änderungskündigung als sozial ungerechtfertigt war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen mit der Folge, dass sie gemäß § 97 ZPO die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen hat. Die Zulassung der Revision kam nicht in Betracht, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen.