

## Unwirksame Änderungskündigung

Der Containerumschlag im Hamburger Hafen erfolgt rund um die Uhr teamweise wochentags in einem Drei-Schicht-System und am Wochenende in einem Vier-Schicht-System. Eine als Großgerätefahrerin angestellte schwerbehinderte Mitarbeiterin war zunächst Vollzeit im Schichtbetrieb eingesetzt, wobei sie betriebsärztlich von der Verpflichtung zur Nacharbeit befreit war. Nach der Geburt ihres Kindes vereinbarten die Parteien einen Einsatz in Teilzeit an den Tagen Montag, Dienstag, Donnerstag und Freitag jeweils von 6:30 bis 12:30 Uhr an der Tankstelle zum Betanken von Van-Carriern. Wegen schwacher Auslastung war diese Tankstelle in Eigenregie mit eigenen Mitarbeitern betrieben, um betriebsbedingte Kündigungen vermeiden zu können (Insourcing). Später sollte der Betrieb wieder fremdvergeben werden. Für die Zeit nach der Teilzeit während der Elternzeit klagte die Mitarbeiterin auf unbefristete Verringerung ihrer Arbeitszeit auf 24 Wochenstunden verteilt auf die Tage Montag, Dienstag, Donnerstag und Freitag jeweils 6:30 bis 12:30 Uhr.

Die Beklagte wurde dazu durch Urteil des LAG Hamburg rechtskräftig verurteilt (Urt. v. 15.3.2021 – 5 Sa 67/20, rk.). Mit Wirkung zum 31.10.2019 stellte das Unternehmen den Eigenbetrieb der Tankstelle für Van-Carrier ein und vergab die Arbeiten wieder fremd. Die Beklagte sprach daraufhin eine betriebsbedingte Änderungskündigung aus, wonach künftig folgende Arbeitszeiten gelten sollten: Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt 25,5 Stunden und wird verteilt auf die Tage von Montag bis Freitag in Früh- und Spätschichten und an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen in der ersten und zweiten Schicht. Sie rechtfertigte dies mit dem Wegfall der Tätigkeit an der Tankstelle und dem betrieblichen Organisationskonzept eines teamweisen Einsatzes der Mitarbeiter in Wechselschichten.

Diese Änderungskündigung erwies sich als unwirksam, weil sich das Unternehmen nicht darauf beschränkt hatte, solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Mit dem Änderungsangebot erstrebt die Beklagte eine Tätigkeit der Klägerin auch am Mittwoch sowie in der Spätschicht und an Wochenenden bei einer um 1,5 Wochenstunden verlängerten Arbeitszeit. Das Gericht ging davon aus, dass das Beschäftigungsbedürfnis für die Klägerin zu den bisherigen, rechtskräftig ausgerichteten Vertragsbedingungen entfallen sein dürfte. Sie müsse aber bereits die erstrebte Änderung zur Arbeit an Wochenenden billigerweise nicht hinnehmen. Weil schon eine überflüssige Änderung das gesamte Änderungsangebot unwirksam macht, ließ das Gericht dahinstehen, ob die weiteren erstrebten Änderungen billigerweise hinzunehmen wären.

Dringende betriebliche Erfordernisse für die erstrebte Änderung zur Arbeit an Wochenenden hatte die Beklagte nicht dargelegt. Das Organisationskonzept eines 24/7-Betriebs reicht dafür nicht aus. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Nichterbringung von Arbeitsleistungen als Großgerätefahrerin an Wochenenden – als Einzelfall der Klägerin – mit den betrieblichen Notwendigkeiten nicht in Einklang zu bringen wäre. So müsste die Beklagte auch sonst auf den Ausfall von Arbeitskräften, etwa durch Umverteilung oder Mehrbelastung anderer Arbeitnehmer, reagieren.

## Krankheitsbedingte Kündigung und BEM-Verfahren

Immer wieder scheitern krankheitsbedingte Kündigen daran, dass der Arbeitgeber zuvor kein sog. BEM-Verfahren (vgl. hierzu ausführlich u. a. in dieser Ausgabe Stück/Schmidt, S. 20 ff., sowie Wetzling/Habel, S. 26 ff.) angeboten hat, um zu eruieren, wie die Fehlzeiten in der Zukunft zu reduzieren sind und welche Einsatzmöglichkeiten bestehen.

Ein kaufmännischer Angestellter war mit seiner Kündigungsschutzklage vor dem LAG Rheinland-Pfalz erfolgreich (Urt. v. 13.4.2021 – 8 Sa 240/20, rk.). Er fehlte im Jahr 2016 an 20 Tagen, in 2017 an 52 Tagen, in 2018 an 191 Tagen und war ab dem 3.7.2018 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Im Mai und im August 2019 führten die Parteien Fehlzeitengespräche. Dabei teilte der Kläger mit, dass er sich einer Knie-OP unterziehen müsse, für die ein Termin noch nicht feststehe. Im August teilte er dann den bekannt gegebenen OP-Termin mit und die Parteien erwogen eine Eingliederung nach der Behandlung. Am 19.9.2019 sprach der Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Kündigung aus. Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung prüfte das Gericht diese in drei Stufen:

1. zunächst die negative Prognose hinsichtlich des Gesundheitszustands, sodann
2. die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und
3. als dritte Stufe die Abwägung der gegenseitigen Interessen.

Bereits die erste Stufe sah das Gericht als nicht gegeben an. Bei einer lang anhaltenden Erkrankung kann diese nur dann einer Dauererkrankung gleichgestellt werden, wenn der Arbeitnehmer etwa 1,5 Jahre arbeitsunfähig und ein Ende der Erkrankung nicht abzusehen ist. Diese Zeitspanne war im Vorfeld der Kündigung noch nicht abgelaufen, da der Kläger durchgehend nur 14 Monate fehlte. Es gibt zwar keine „festen Abwartezeiten“. Das Gericht ließ die Feststellung der negativen Prognose jedoch offen, weil sich die Kün-

digung angesichts der Unterlassung eines BEM-Verfahrens als nicht rechtswirksam erwies. Zwar führt das Unterlassen der Durchführung eines BEM-Verfahrens nicht per se zur Unwirksamkeit der Kündigung, jedoch zu einer Erweiterung der Darlegungslast des Arbeitgebers. Will der Arbeitgeber sich darauf berufen, dass auch im Rahmen eines BEM-Verfahrens keine leistungsgerechte Weiterbeschäftigung hätte gefunden werden können, muss er die objektive Nutzlosigkeit des BEM darlegen und beweisen. Er darf sich nicht auf den pauschalen Vortrag beschränken, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer.

Das Gericht entschied ferner, dass die Fehlzeitengespräche kein BEM ersetzen können. Zum einen ist ein Fehlzeitengespräch eine mit dem gesetzlich geregelten BEM-Verfahren nicht vergleichbare Maßnahme. Das BEM ist wesentlich umfangreicher. Hierin geht es um die Zukunft des Arbeitsverhältnisses und nicht um das Fehlen in der Vergangenheit.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliks Francer

**Dr. Claudia Rid**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
CMS Hasche Sigle, München