

2 Sa 643/11
4 Ca 1200/10
(Arbeitsgericht Bamberg - Kammer Coburg -)

Verkündet am: 06.08.2012

...
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

M... S...

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwältin F... L...

gegen

Firma K... Ko... AG
vertreten durch den Vorstand Herrn Dipl.-Wirtsch.-Ing. T... K... (Vorsitzender) und Frau
Dipl.-Wirtsch.-Ing. T...-M... V...-K...

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

Syndizi R...

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Steindl und die ehrenamtlichen Richter Dr. Schmölz und Friedel

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 26.07.2011, Az.: 4 Ca 1200/10, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die beiden ordentlichen Kündigungen der Beklagten vom 30.11.2010 sozial ungerechtfertigt ist.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
- III. Die Beklagte trägt 3/4, der Kläger 1/4 der Kosten des Berufungsverfahrens. Von den Kosten des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht trägt die Beklagte 3/5, der Kläger 2/5.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Änderung der Arbeitsbedingungen aufgrund zweier ordentlicher Änderungskündigungen der Beklagten vom 30.11.2010 zum 30.06.2011 sowie um Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen.

Die Beklagte ist Hersteller von Ko... und einer der führenden und größten D...-Systemanbieter weltweit. Sie beschäftigt an ihrem Sitz in C... mehr als 1.600 Mitarbeiter. Ein Betriebsrat besteht.

Der am 21.11.1966 geborene, verheiratete und für drei Kinder unterhaltspflichtige Kläger ist seit dem 01.09.1982 bei der Beklagten beschäftigt. Er wurde zunächst zum Energieanlagenelektroniker ausgebildet. Seit ca. 1993 ist der Kläger im Bereich Messebau tätig und seit 01.01.2004 Gruppenleiter bzw. Leiter dieses Bereichs. Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses richten sich nach dem Arbeitsvertrag vom 12.12.2003 (Bl. 30 – 32 d.A.). Danach ist der Kläger außertariflicher Mitarbeiter. Er erhielt zuletzt ein Bruttojahresgehalt von 58.608,-- € bzw. ein Bruttomonatsgehalt von 4.884,-- €. Wegen der weiteren Einzelheiten des Arbeitsvertrags wird auf Bl. 30 – 33 d.A. verwiesen.

Das Aufgabengebiet des Klägers umfasste die Planung, Koordination und Umsetzung der erforderlichen messebaulichen Aktivitäten. Hierzu gehörte auch, dass der Kläger wie auch seine Mitarbeiter vor Beginn der in ganz Europa stattfindenden Messen die Messestände vor Ort errichteten und nach Ende der Messe wieder abbauten. Für die dem Kläger unterstellten Mitarbeiter wurden – ebenso wie für alle tariflichen Mitarbeiter der Beklagten – Arbeitszeitkonten geführt. Der Kläger unterlag als außertariflicher Mitarbeiter nicht der Zeiterfassung. Mit E-Mail an alle Mitarbeiter vom 12.12.2006 machte die Beklagte ihre neue Reiserichtlinie bekannt. Die Reiserichtlinie lautet auszugsweise wie folgt:

„...“

1.1 Geltungsbereich

Die Reiserichtlinie gilt für alle Mitarbeiter der K... Ko... GmbH für Inlands- und Auslandsdienstreisen.

9 Verrechnung von Reise- und Arbeitszeit

...

9.2 Zeitabrechnung

...

Für Hin- und Rückfahrttage sowie Eintagesreisen werden – inklusive eventueller Arbeitszeit nach Anreise/vor Abreise – maximal 12 Stunden angerechnet. Die Verrechnung von An- bzw. Abreisezeiten ist – auch bei Überschreitung eines Kalendertags – auf maximal 12 Stunden begrenzt.

Arbeitstage zwischen Hin- und Rückfahrt werden ausschließlich der Pausen mit maximal 10 Stunden pro Tag verrechnet (gesetzliche Höchstarbeitszeit). Bei Messeeinsätzen wird pro Tag maximal die Messeöffnungszeit angerechnet.

...

Wird bei mehrtägigen Geschäftsreisen an einem Tag nicht gearbeitet (z. B. Feiertag im entsprechenden Land oder sonstiger arbeitsfreier Tag), erfolgt auch keine Zeitgutschrift. Unberührt bleibt die Gewährung von Reisespesen – außer bei Urlaubstagen.

Dieser Absatz gilt nicht für Reisende ohne Zeiterfassung.

...

11 Ausnahmeregelung

Jegliche Abweichungen von den hier niedergelegten Reiserichtlinien sind zu vermeiden. In besonderen Fällen bedürfen Ausnahmen unter Angabe der Gründe der vorherigen schriftlichen Genehmigung durch die Geschäftsleitung.

...“

Wegen der weiteren Einzelheiten der Reiserichtlinie wird auf Bl. 47 und 375 d.A. verwiesen.

Für die Zeit vom 16.11. bis 19.11.2009 (Messe in Barcelona) sowie vom 16.06. bis 18.06.2010 (Messe in Ungarn) trug jeweils ein Mitarbeiter des Klägers mit dessen Willen bzw. auf seine Veranlassung jeweils 7 Stunden als geleistete Arbeit in die Zeiterfassung

ein, obwohl sie an diesen Tagen zwischen dem Messeauf- und dem Messeabbau zwar in Barcelona bzw. Ungarn anwesend waren, jedoch nicht gearbeitet haben.

Mit E-Mail vom 15.07.2010 (Bl. 48 d.A.) wies der stellvertretende Abteilungsleiter Werbung und Messebau die Mitarbeiter dieser Abteilung, zu der auch der Bereich des Klägers gehört, darauf hin, dass Firmeneigentum nicht mit nach Hause genommen werde und dann, wenn irgendetwas ausgeliehen werden sollte, vorher eine Genehmigung beim Abteilungsleiter einzuholen sei. Werde dies nicht gemacht, dann werde dies als Diebstahl verfolgt.

Einen im Eigentum der Beklagten stehenden Kompressor hatte der Kläger an den Mitarbeiter N... verliehen und ihn erst nach dem 14.09.2010 zurückverlangt. Eine im Eigentum der Beklagten stehende Kettensäge hatte sich der Kläger selbst ausgeliehen und nach dem 14.09.2010 wieder zurückgegeben. Am Ende einer Messe vom 19.04. – 25.04.2010 in München hat der Kläger zwei im Eigentum der Beklagten stehende und zum Messestand der Beklagten gehörende Buchsbäume an Mitarbeiter „verschenkt“. Die Mitarbeiter haben die Buchsbäume nach dem 14.09.2010 wieder zurückgegeben.

Der Kläger wurde am 14.09.2010 in einem Mitarbeitergespräch von der Beklagten u.a. auf die oben genannten Sachverhalte (Eintragung als Arbeitszeit, Entleihen, bzw. Verleihen der Geräte, Verschenken der Buchsbäume) angesprochen und hat die objektiven Sachverhalte eingeräumt. Die Beklagte hat hierüber ein Besprechungsprotokoll gefertigt (Bl. 44, 45 d.A.). Laut diesem Besprechungsprotokoll hat der Kläger eingeräumt, die Tage zwischen Messeauf- und Messeabbau als Arbeitszeit genehmigt zu haben, obwohl der Messebauer nicht gearbeitet habe, er dies bei 3-Tage-Messen aber immer so mache, weil das die kostengünstigste Variante für den Messebau sei. Eine Absprache mit dem Vorgesetzten habe es nicht gegeben (Bl. 45 d.A.).

Mit Schreiben vom 19.11.2010 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur geplanten ordentlichen verhaltensbedingten Änderungskündigung und hilfsweise einer ordentlichen verhaltensbedingten Verdachtsänderungskündigung an. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 40 – 43 d.A. verwiesen. Mit Schreiben vom 25.11.2010 gab der Betriebsrat seine abschließenden Stellungnahmen ab (Bl. 54 und 55 d.A.).

Mit Schreiben vom 30.11.2010 sprach die Beklagte dem Kläger eine ordentliche Änderungskündigung (Bl. 34/35 d.A.) sowie eine ordentliche Verdachtsänderungskündigung (Bl. 36/37 d.A.) jeweils zum 30.06.2011 aus. Sie bot dem Kläger in beiden Schreiben an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01.07.2011 zu folgenden neuen Bedingungen fortzusetzen:

- Beschäftigung als kaufmännischer Mitarbeiter im Verkauf Deutschland (Organisation von Messen und Tagungen)
- Rückführung des Arbeitsvertrages in den Geltungsbereich der für K... geltenden Tarifverträge
- I... 35 Stunden ohne Pause; Bereitschaft zur Mehr-, Schicht-, Nachtschicht, Samstags-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie Ruf- und Arbeitsbereitschaft bei betrieblichem Bedarf und im gesetzlichen Umfang
- Vergütung nach der Entgeltgruppe 6B; Leistungsbeurteilung nach den tarifvertraglichen Vorschriften; bis zur ersten Leistungsbeurteilung freiwillige Zulage im Wert von 50 Leistungsbeurteilungspunkten
- Wegfall der Unfallversicherung für Todes- und Invaliditätsfall, da im Wesentlichen Tätigkeit im Innendienst.

Die neuen Arbeitsbedingungen führten zu einer Reduzierung des Jahreseinkommens um mindestens um die 30 Prozent bei gleichzeitiger Reduzierung der Arbeitszeit von deutlich über 40 Stunden in der Woche auf 35 Wochenstunden.

Beide Änderungskündigungen gingen dem Kläger am 30.11.2010 zu.

Mit Schreiben vom 16.12.2010 (Bl. 38/39 d.A.) nahm der Kläger das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt an, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist.

Mit Schriftsatz vom 16.12.2010, eingegangen beim Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg - am 20.12.2010, hat der Kläger gegen die beiden Änderungskündigungen Änderungsschutzklage eingereicht und das unveränderte Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses sowie die Weiterbeschäftigung auf der Grundlage der bisherigen Arbeitsbedingungen über den 30.06.2011 hinaus geltend gemacht.

Hinsichtlich des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien sowie der genauen Antragstellung wird auf den Tatbestand des Ersturteils verwiesen (S. 2 – 10 des Ersturteils, Bl. 108 – 116 d.A.).

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Ausnahme des allgemeinen Feststellungsantrages stattgegeben. Es hat seine Entscheidung damit begründet, dass der Kläger seine Führungsstellung als Leiter des Bereichs Messebau durch die Eintragungen im Arbeitszeitkonto nicht in vertrauenszerstörender Weise missbraucht habe, da er die Eintragungen als Arbeitszeit aus seiner Sicht als die wirtschaftlich günstigere Alternative als die zwischenzeitliche Heim- und Wiederanreise der Mitarbeiter habe ansehen können. Hinsichtlich des Verleihs von Firmeneigentum bzw. des Verschenkens der Buchsbäume sei eine vorherige Abmahnung notwendig gewesen. Auch die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen sei dem Kläger nicht zuzumuten, da sie mit einer Gehaltseinbuße von etwa 30 % verbunden sei. Auch die Voraussetzungen für eine Verdachtsänderungskündigung lägen nicht vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung durch das Arbeitsgericht wird auf die Entscheidungsgründe des Ersturteils verwiesen (S. 10 – 26 des Urteils, Bl. 116 – 132 d.A.).

Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 26.07.2011 ist der Beklagten am 27.10.2011 zugestellt worden.

Die Beklagte legte gegen dieses Urteil mit Schriftsatz vom 22.11.2011, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage, Berufung ein und begründete diese innerhalb der bis zum 27.01.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit Schriftsatz vom 23.01.2012, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage eingegangen.

Die Beklagte hält auch in der Berufungsinstanz unter Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags daran fest, dass sowohl die Änderungs- als auch die Verdachtsänderungskündigung vom 30.11.2011 aus verhaltensbedingten Gründen wirksam seien.

Der Kläger habe Mitarbeiter dazu angestiftet oder ihnen dabei Beihilfe geleistet, die Arbeitszeiterfassung anlässlich ihrer Tätigkeiten auf Messen falsch auszufüllen. Der Kläger habe bewusst entgegen den bestehenden betrieblichen Anweisungen gehandelt. Die Tage zwischen Messeauf- und Messeabbau stünden bereits im Vorfeld des Messeinsatzes konkret als arbeitsfrei fest. Die Mitarbeiter müssten sich auch nicht für einen möglichen spontan auftretenden Arbeitsanfall bereit halten. Bezüglich dieser Tage werde bereits im Vorfeld des Reiseantritts zusammen mit den Mitarbeitern geklärt, ob sie an diesen freien Tagen vor Ort bleiben wollten (als arbeitsfreier Tag ohne Vergütung, arbeitsfreier Tag unter Einbringung von Urlaub oder Überstunden) oder ob sie an diesen Tagen an den Betriebssitz zurückkehren wollten. Sofern sich alle oder einzelne Mitarbeiter dazu entschlossen, nicht vor Ort zu bleiben, werde dies bei der weiteren Planung des jeweiligen Messeauf- bzw. Messeabbaus berücksichtigt, beispielsweise dadurch, dass die Auf- und Abbaumaßnahmen am Messeort komplett oder teilweise auf externe Messebauer (Dienstleister) übertragen würden. In solchen Fällen würden die Mitarbeiter des Messebaus der Beklagten für andere (z. B. nationale) Messen eingeteilt oder am Betriebssitz mit notwendigen vorbereitenden Messebautätigkeiten beschäftigt. Die Beklagte habe damit eine eindeutige Handhabung für den Messeaußendienst geschaffen.

Spätestens seit Zustellung der aktuellen Reiserichtlinie per E-Mail am 12.12.2006 habe dem Kläger klar sein müssen, dass seine Handhabung im Widerspruch zur Reiserichtlinie stehe. Es wäre dann seine Pflicht als Führungskraft gewesen, mit der Beklagten eine entsprechende Rücksprache zu führen und sich über die korrekte Abrechnungsweise zu informieren. Dies habe er nicht getan. Nachweisbar seien Arbeitszeiteintragungen für die Messe Expositivos (Barcelona) vom 17.11. bis 19.11.2009. Für den Mitarbeiter des Klägers Herrn S... seien für den 16.11. bis 19.11.2009 je 7 Arbeitsstunden pro Tag eingetragen worden für Tage ohne Arbeit. Hieraus sei ein Schaden von 825,-- € entstanden. Es hätten Zeitarbeiter eingesetzt werden können. Für die Messe Ökoqua in Debrecen (Ungarn) vom 16.06. bis 18.06.2010 seien diese Tage für den Mitarbeiter P... als Arbeitszeit eingetragen worden, obwohl dies Tage ohne Arbeit gewesen seien. Hierdurch sei ein Schaden an Arbeitsentgelt plus Nebenkosten von 450,-- € anstelle der Reduzierung des Zeitkontos um 21 Stunden entstanden. Dem stünden auch eventuell vom Kläger vorge-tragene Einsparungen, welche ausdrücklich bestritten würden, nicht entgegen. Zudem

wäre eine Einsparung für die zu Unrecht ausbezahlte Vergütung nicht von Relevanz und rechtfertige nicht den vorliegenden Pflichtverstoß.

Der Kläger habe unstreitig Arbeitszeiten quittiert und zur Auszahlung angewiesen, an denen seine Mitarbeiter nicht gearbeitet hätten, ohne sich dieses Vorgehen von der Geschäftsleitung genehmigen zu lassen. Die Beweggründe hierfür seien völlig unerheblich. Dieses Fehlverhalten habe das Vertrauensverhältnis zum Kläger als Führungskraft derart stark beschädigt, dass auch durch den Ausspruch einer Abmahnung eine Wiederherstellung des Vertrauens als Führungskraft nicht zu erwarten sei. Eine Abmahnung sei daher entbehrlich gewesen.

Spätestens nach Zugang der E-Mail vom 15.07.2010 hätte der Kläger auch Sorge dafür tragen müssen, dass der an Herrn N... ausgeliehene Kompressor unverzüglich zurückgegeben werde. Dasselbe gelte für die vom Kläger selbst ausgeliehene Kettensäge. Der Kläger hingegen habe sein Fehlverhalten bewusst und gewollt aufrechterhalten. Dies sei umso strenger zu bewerten, da im Gegensatz zu einem Sachbearbeiter gerade ein Vorgesetzter stets eine Vorbildfunktion habe und sich demnach auch entsprechend den betrieblichen Anweisungen zu verhalten habe. Bereits im Jahre 2001 habe es einen einschlägigen Vorfall im Zusammenhang mit einem bewusst pflichtwidrigen Umgang mit dem Firmeneigentum gegeben, als 10 Stehtische der Beklagten ausgeliehen worden seien. Der mittlerweile verstorbene frühere Geschäftsführer der Beklagten C... K... habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beklagte solche Vorkommnisse in Zukunft nicht dulden werde. Der Kläger habe in seiner E-Mail vom 09.07.2001 an Herrn C... K... schriftlich versichert, dass solche oder ähnliche Dinge nicht mehr vorkommen würden.

Ebenso wenig sei der Kläger zum Verschenken der zwei etwa einen Meter großen Buchsbäume ermächtigt gewesen. Die Bäume wären eingelagert worden und nach weiterem Ermessen eingesetzt worden. Die beiden Buchsbäume hätten einen Wert je Pflanze von 49,99 €, die ausgeliehene Kettensäge von ca. 200,-- €, der verliehene Kompressor von ca. 150,-- € bis 200,-- €.

Die Änderung der Arbeitsbedingungen sei dem Kläger auch zumutbar. Die Beklagte habe den neuen Arbeitsplatz für den Kläger geschaffen. Da das Vertrauen in die Führungsfä-

higkeit des Klägers verloren gegangen sei, habe man ihm nunmehr eine reine Vor- und Nachbereitung von Messen und Tagungen im Innendienst ohne die Einsatzplanung von Mitarbeitern oder deren Betreuung während der Messe sowie die Organisation der Messe vor Ort zugewiesen. Auf den Entzug dieser Führungsposition und der Entscheidungsbe-
fugnisse sei die vorliegende Gehaltsreduzierung gestützt. Zu berücksichtigen sei auch, dass die neue Arbeitszeit nurmehr 35 Stunden wöchentlich betrage.

Die Beklagte sei auch zu Unrecht zur Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingun-
gen verurteilt worden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts komme ein
allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch bei einer unter Vorbehalt angenommenen
Änderungskündigung nicht in Betracht. Darüber hinaus habe die Beklagte vor der Verset-
zung des Klägers den Betriebsrat ordnungsgemäß nach § 99 BetrVG angehört. Die von
der Klagepartei mittlerweile betriebene Zwangsvollstreckung des Weiterbeschäftigungsan-
trages sei daher vorläufig einzustellen.

Die Beklagte stellt daher in der Berufungsinstanz folgende Anträge:

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 26.07.2011,
Az. 4 Ca 1200/10, wird abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer
Coburg vom 26. Juli 2011, Az: 4 Ca 1200/10, wird gemäß § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG
i.V.m. §§ 719 Abs. 1, 707 ZPO vorläufig eingestellt,
4. hilfsweise die vorläufige Vollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Bam-
berg – Kammer Coburg – vom 26. Juli 2011, Az: 4 Ca 1200/10 gegen Sicherheits-
leistung vorläufig einzustellen,

5. hilfsweise die vorläufige Vollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 26. Juli 2011, Az: 4 Ca 1200/10 gegen die Erbringung einer Sicherheitsleistung des Klägers anzuordnen.

Der Kläger beantragt:

1. Die Berufung wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Beklagten vom 15.06.2012 auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 26.07.2011, Az. 4 Ca 1200/10, wird kostenpflichtig abgewiesen.

Der Kläger verteidigt in der Berufung unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags das Ersturteil. Er habe keinen Arbeitszeitbetrug begangen noch hierzu angestiftet oder Beihilfe geleistet. Der Kläger habe seit jeher die Befugnis gehabt zu entscheiden, ob die Messebaumitarbeiter während der Messe vor Ort blieben oder zurückreisen sollten. Es sei betriebliche Übung gewesen, dass für Messebaumitarbeiter an Messetagen 7 Stunden Arbeitszeit eingetragen wurden, wenn diese vor Ort blieben und dies wirtschaftlicher gewesen sei als die zwischenzeitliche Rückreise. Bei Überschreitung der tatsächlichen Arbeitszeit von 10 Stunden während des Messeaufbaus sei auch üblicherweise eine Arbeitszeiteintragung für den Folgetag erfolgt. Diese Vorgehensweise sei seit jeher mit Herrn Dr. H..., seinem früheren und mittlerweile verstorbenen Vorgesetzten abgesprochen gewesen und auch Herr G..., der jetzige Abteilungsleiter, habe diese Handhabung gekannt. Auch der verstorbene frühere Geschäftsführer Herr C... K... habe immer Wert auf die wirtschaftlichste Lösung gelegt.

Erstmals im Gespräch vom 14.09.2010 sei dem Kläger mitgeteilt worden, dass diese Vorgehensweise missbilligt werde.

Zur Messe in Ungarn im Juni 2010 seien der Mitarbeiter P... und er mit dem Pkw 1.200 km angereist und hätten den Messeaufbau am Dienstag, den 15.06.2010 abends

beendet. Statt am Mittwoch, den 16.06.2010 nach Hause zu fahren, um dort gegen Mitternacht anzukommen und am Freitag, den 18.06.2010 wieder zurückzufahren, um den Messestand am Samstag und Sonntag wieder abzubauen, habe man sich entschieden, vor Ort zu bleiben und bereits am Freitagabend mit dem Messeabbau zu beginnen. Herr P... habe daher mit Billigung des Klägers für Mittwoch, den 16.06.2010 und Donnerstag, den 17.06.2010 jeweils 7 Stunden Arbeitszeit aufgeschrieben. Die Beklagte habe aber dadurch vergütungspflichtige Reisezeit von jeweils 12 Stunden für die Rück- und erneute Hinreise erspart sowie den dann notwendigen Sonntagszuschlag.

Die Reiserichtlinie sei bei den Monteuren im Messebau nie angewandt worden wegen der für diese Mitarbeiter bestehenden Sondersituation. Die Anwendung der Reiserichtlinie für die Mitarbeiter im Messebau hätte zur Folge, dass sich die Mitarbeiter zwar auf Anordnung der Beklagten im Ausland befinden würden, für die Messetage aber keine Vergütung erhielten, da sie entweder Gutstunden hätten einbringen müssen oder Urlaub. Die von der Beklagten genannten 6 Fälle in 10 Jahren belegten auch keine andere Abrechnungspraxis. Grundsätzlich wären die Messebaumitarbeiter, soweit sie vor Ort geblieben seien, ständig per Handy erreichbar und im Notfall einsetzbar gewesen. Wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, dann sei tatsächlich Urlaub eingetragen worden oder Arbeitszeit vom Gleitzeitkonto abgezogen worden.

Das Ausleihen von Firmeneigentum sei üblich gewesen. Den Kompressor habe er an Herrn N... für wenige Wochen bereits vor der E-Mail vom 15.07.2010 verliehen.

Was die Buchsbäume angehe, so seien die beiden Mitarbeiter des Klägers Herr P... und Herr Po... nach der Messe in München vom 19.04. bis 25.04.2010 auf ihn zugegangen und hätten gefragt, ob sie die Buchsbäume haben könnten. Der Kläger habe sich in Zugzwang gesehen, da beide Mitarbeiter sehr zuverlässig und engagiert gewesen seien und Herr Po... sogar den Urlaub während der Messe unterbrochen habe. Er habe die Buchsbäume daher den Mitarbeitern geschenkt, er sei davon ausgegangen, dass die Buchsbäume, wenn sie eingelagert worden wären, ohnehin eingegangen wären. Nach dem Gespräch vom 14.09.2010 habe er umgehend die Rückgabe der Buchsbäume veranlasst.

Abmahnungen seien im vorliegenden Fall nicht entbehrlich gewesen. Nachdem er erstmals im Gespräch vom 14.09.2010 von der Missbilligung der Handhabung der Eintragung der Arbeitszeiten erfahren habe, hätte er sich selbstverständlich künftig an die Vorgaben der Beklagten gehalten. Das Ausleihen der Kettensäge, das Verleihen des Kompressors sowie das Verschenken der Buchsbäume wögen nicht so schwer, als dass nicht eine Abmahnung hätte erfolgen müssen. Der Vorfall aus dem Jahr 2001 wegen des Ausleihens der 10 Stehtische sei nach Tadel erledigt gewesen.

Auch das Weiterbeschäftigungsangebot sei unzumutbar. Es führe zu einer Gehaltseinbuße von 30 % jährlich. Er habe ein Eigentum zu finanzieren, eines seiner drei Kinder leide an ADS, so dass die Ehefrau nicht voll arbeiten könne. Nicht nachvollziehbar sei die Streichung der Unfallversicherung sowie die geforderte Bereitschaft, Mehr-, Schicht-, Nachtschicht-, Samstags-, Sonntags- und Feiertagsarbeit leisten zu müssen.

Zu Recht habe das Erstgericht auch dem Antrag auf Weiterbeschäftigung stattgegeben. Es liege hier die gleiche Interessenlage wie bei einer Beendigungskündigung vor.

Die Beklagte bestreitet die Befugnis des Klägers, über den Verbleib der Messebauer vor Ort zu entscheiden und für die Nichteinsatztage 7 Stunden Arbeitszeit gutzuschreiben. Eine entsprechende betriebliche Übung habe nicht existiert, Herr G... habe die Handhabung nicht gekannt. Bestritten werde auch, dass Herr Dr. H... und Herr C... K... eine entsprechende Handhabung gutgeheißen hätten. Der Kläger habe durch sein Vorgehen Anstiftung oder Beihilfe zum Arbeitszeitbetrug begangen. Er sei daher als Führungskraft ungeeignet. Den Kompressor habe er erst nach dem Gespräch vom 14.09.2010 von Herrn N... zurückverlangt, obwohl er dies spätestens nach der E-Mail vom 15.07.2010 hätte tun müssen. Das gleiche gelte für die Rückgabe der Kettensäge. Im Gespräch vom 14.09.2010 habe der Kläger hinsichtlich der Buchsbäume mitgeteilt, dass er diese verschenkt habe als kleinen Ausgleich für die ERA-Einführung am 01.09.2009 und dem damit zusammenhängenden Entfall des Montagezuschlags. Jedenfalls sei der Kläger nicht befugt, Mitarbeiter zu belohnen.

Der Kläger habe gewusst, dass er nicht wie geschehen habe vorgehen dürfen. Das hierdurch weggefallene Vertrauen habe auch durch eine Abmahnung nicht wieder hergestellt werden können.

Auf der nunmehr angebotenen und vom Kläger auch ausgeübten Stelle habe er keine Führungsverantwortung mehr. Zur Schaffung dieser neuen Stelle sei die Beklagte auch nicht verpflichtet gewesen. Die Zumutbarkeit der neuen Stelle ergebe sich insbesondere daraus, dass der Kläger keine Einarbeitungsphase benötigt habe, nicht bei seinen früheren Mitarbeitern eingegliedert worden sei, sondern in einer anderen Abteilung nämlich der Abteilung Verkauf. Der Vergütungsverlust folge aus der Zuteilung der neuen Aufgaben. Die Streichung der Unfallversicherung sei im Wegfall der Auslandstätigkeiten begründet. Die Verpflichtung zur Ableistung von Mehrarbeit usw. entspreche § 5 des Manteltarifvertrages der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie. Diese Verpflichtung habe auch bereits vorher bestanden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des wechselseitigen Parteivortrags in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 23.01.2012 (Bl. 172 – 226 d.A.), vom 15.06.2012 (Bl. 315 – 334 d.A.) und vom 06.07.2012 (Bl. 361 – 382 d.A.) sowie auf die Schriftsätze des Klägers vom 26.03.2012 (Bl. 268 – 297 d.A.), vom 07.05.2012 (Bl. 306 f. d.A.) und vom 16.07.2012 (Bl. 393 – 409 d.A.) verwiesen.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, 2 b), c) ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

B.

Die Berufung hat nur teilweise Erfolg. Die Änderungsschutzanträge sind – wie das Erstgericht richtig festgestellt hat – begründet. Der Beschäftigungsantrag ist aber unbegründet. Insoweit war das Ersturteil aufzuheben. Die auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichteten Anträge der Beklagten sind daher nicht mehr zur Entscheidung angefallen.

I. Die ordentlichen Änderungskündigungen vom 30.11.2010 haben nicht zu einer Änderung der Arbeitsbedingungen ab 01.07.2011 geführt. Die Änderung der Arbeitsbedingungen ist sozial nicht gerechtfertigt, § 2 Satz 1 KSchG.

1. Der Kläger hat die Änderung der Arbeitsbedingungen rechtzeitig unter Vorbehalt angenommen. Bei der ordentlichen Änderungskündigung ist der Vorbehalt innerhalb der Kündigungsfrist spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung zu erklären (§ 2 Satz 2 KSchG). Mit der Vorbehaltsannahme vom 16.12.2010 ist diese Frist eingehalten.

2. Der Vorbehalt ist nicht gemäß § 4 Satz 2, 7 2. HS KSchG erloschen. Mit der am 20.12.2010 eingegangenen und der Beklagten am 27.12.2010 zugestellten Änderungschutzklage ist die dreiwöchige Klagefrist gemäß § 167 ZPO eingehalten. Der Kläger kann die Unwirksamkeit der Änderungskündigung daher unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt geltend machen.

3. Die Änderung der Arbeitsbedingungen ist jedoch sozial nicht gerechtfertigt und damit unwirksam, § 2 Satz 1 KSchG.

a. Die Klagepartei kann sich auf die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung berufen, da das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung bestanden hat (§§ 2 Satz 1, 1 Abs. 1 KSchG) und die Beklagte regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG zum Zeitpunkt der Kündigung beschäftigte.

b. Die mit der Tatänderungskündigung dem Kläger vorgeworfenen Pflichtverletzungen hätten nur dann die Änderung der Arbeitsbedingungen rechtfertigen können, wenn die Beklagte zuvor einschlägige Abmahnungen ausgesprochen hätte und der Kläger erneut entsprechende Pflichtverletzungen begangen hätte. Die Beklagte hatte jedoch vor der Kündigung keinerlei Abmahnungen ausgesprochen.

aa. Eine verhaltensbedingte Änderungskündigung ist dann sozial gerechtfertigt, wenn durch die Änderung der Arbeitsbedingungen die Gefahr weiterer Pflichtverletzungen beseitigt wird und im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mildere Mittel hierzu nicht ausreichend sind. Die angebotenen Vertragsänderungen dürfen dabei nicht weiter gehen, als es zur Vermeidung künftiger Vertragsverletzungen notwendig ist. Auch vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Änderungskündigung bedarf es daher grundsätzlich einer einschlägigen Abmahnung (vgl. KR-Rost, 9. Aufl., 2009, § 2 KSchG, Rn 100a). Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahe durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen

ist (st. Rspr. vgl. BAG vom 09.06.2011 – 2 AZR 981/10 mwN). Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich (BAG a.a.O. mwN).

bb. Zu Gunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass der Kläger objektiv und bewusst gegen ihm obliegende Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat. Dennoch genügen diese Pflichtverletzungen auch in einer Zusammenschau nicht, die Änderungskündigung ohne Abmahnung zu rechtfertigen. Denn es ist nicht ersichtlich, warum der Kläger seine Verhaltensweise nach entsprechenden Abmahnungen nicht geändert hätte oder die Pflichtverletzungen - für den Kläger erkennbar – von der Beklagten offensichtlich nicht hinnehmbar waren, um den Kläger in seiner (unteren) Führungsposition zu belassen.

(1) Die Beklagte wirft dem Kläger zunächst vor, bewusst gegen die geltende Reise-richtlinie verstoßen zu haben, in dem er anlässlich der Messen in Barcelona vom 16.11. – 19.11.2009 und in Debrecen (Ungarn) vom 16.06. – 18.06.2010 je einem Mitarbeiter gestattete, für arbeitsfreie Tage, die die Mitarbeiter zwischen Auf- und Abbau des Messestandes der Beklagten am Messeort verbrachten, je 7 Stunden als Arbeitszeit in der Zeiterfassung einzutragen. Dieser Vorwurf wiegt grundsätzlich schwer. Entscheidend zu Gunsten des Klägers spricht aber insbesondere, dass der Kläger nicht zum eigenen Vorteil gehandelt hat und nicht zum Nachteil der Beklagten handeln wollte, sondern diese Vorgehensweise in vertretbarer Weise als wirtschaftlichere Variante für die Beklagte angesehen hat.

(a) Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, ist an sich allerdings sogar geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen (vgl. BAG vom 09.06.2011 – 2 AZR 981/10 mwN) und damit erst recht für eine ordentliche Änderungskündigung. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch. Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit der am Gleitzeitmodell teilnehmenden Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den

Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine ihm gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB; vgl. BAG vom 09.06.2011 – 2 AZR 981/10 mwN). Deckt ein Vorgesetzter diese Vorgehensweise oder regt die Mitarbeiter hierzu an, gilt dies in besonderer Weise, da der Arbeitgeber dem Vorgesetzten noch ein deutlich gesteigertes Vertrauen entgegenbringt.

(b) Der Kläger hat objektiv gegen die auch dem Kläger mit E-mail vom 12.12.2006 bekannt gemachte Reiserichtlinie verstoßen. Die Richtlinie gilt nach ihrem Wortlaut (Nr. 1.1 der Richtlinie, Blatt 375 d.A.) für alle Mitarbeiter der Beklagten für Inlands- und Auslandsdienstreisen, also auch für die Mitarbeiter des Klägers im Bereich Messebau. In Nr. 9.2. der Richtlinie ist eindeutig geregelt, dass an arbeitsfreien Tagen einer Dienstreise eine Zeitgutschrift nicht erfolgt. Die Handhabung des Klägers, Mitarbeitern des Messebaus für die Tage der Messe, an denen also weder Auf- noch Abbauarbeiten anfielen, jeweils 7 Stunden Arbeitszeit gutzuschreiben, verstößt hiergegen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Regelungen und des Anwendungsbereichs durfte der Kläger auch nicht davon ausgehen, dass diese Richtlinie nicht für die Mitarbeiter des Messebaus gelten sollte, auch wenn sie in den Augen des Klägers den Besonderheiten dieser Arbeitsplätze nicht Rechnung trug. Er hätte dann bei der Geschäftsleitung nachfragen müssen. Dies gilt auch, wenn er die Regelung als rechtswidrig angesehen haben sollte. Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Beklagte dies nicht genauer kontrolliert habe, denn die Kontrolle war die Aufgabe des Klägers als Gruppenleiter Messebau.

(c) Insbesondere folgende Umstände lassen die Vorgehensweise des Klägers jedoch als weniger schwere Pflichtverletzung erscheinen und führen dazu, dass für den Kläger nicht erkennbar war, dass sie von der Beklagten offensichtlich nicht hingenommen werden konnte und eine Abmahnung entbehrlich gemacht hätte:

- Unstreitig hat der Kläger nicht eigennützig gehandelt. Er selbst hatte durch die Zeitgutschriften für die Mitarbeiter keinerlei wirtschaftlichen oder sonst erkennbaren Vorteil.

- Die Beklagte hat den Einwand des Klägers nicht widerlegt, dass eine Zeitgutschrift von jeweils 7 Stunden für die Tage zwischen Messeaufbau und Abbau die für die Beklagte wirtschaftlichere Variante sein konnte und der Kläger deshalb bei kürzeren Messen im wohlverstandenen Interesse der Beklagten so vorging. Die Beklagte hat zwar angegeben, dass wegen der Zeitgutschrift von Herrn P... für den 16. – 18.6.2010 Arbeitsentgelt + Nebenkosten ein Schaden von 450,- € entstanden sei. Wegen der Zeitgutschrift von Herrn S... für 4 Tage während der Messe in Barcelona sei ein Schaden von 825,- € (Zeitarbeiter) entstanden. Diese Schadensangaben sind jedoch nicht nachvollziehbar. Die Beklagte lässt hierbei bewusst die sich aus dem Verbleib der Mitarbeiter am Messeort ersparten Aufwendungen außer acht. Das Gericht ist im Gegensatz zur Beklagten nicht der Auffassung, dass „eine Einsparung für die zu Unrecht ausgezahlte Vergütung nicht von Relevanz“ (Schriftsatz der Beklagten vom 23.01.2012, S. 9, Blatt 180 d.A.) sei. Denn wirtschaftlich für die Beklagte vorteilhafte Handlungen, die rechtlich nicht untersagt sind, wie die steuer- und sozialversicherungsrechtlich ordnungsgemäße Bezahlung trotz Nichtleistung von Arbeit, lassen den Pflichtenverstoß des Klägers als weniger schwerwiegend erscheinen. Der Kläger hat bezüglich der Messe in Ungarn im Einzelnen dargetan, dass sich die Beklagte durch den Verbleib von Herrn P... in Ungarn Vergütung für 10 Stunden sowie Sonntagszuschläge eingespart hat. Der Vortrag des Klägers ist auch nicht widersprüchlich. Der Kläger hat nachvollziehbar dargelegt, dass die Abbauarbeiten bereits am Freitagabend (18.06.2010) nach Messeschluss begonnen werden konnten, da der Mitarbeiter bereits vor Ort gewesen ist. Daher fiel im Gegensatz zur Berechnung der Beklagten am 18.06.2010 tatsächlich Arbeitszeit an und nur am 16. und 17.06.2010 nicht. Zum anderen konnte deshalb die Arbeit bereits am Samstag den 19.06.2010 beendet und die Heimreise angetreten werden. Wäre Herr P... während der dreitägigen Messe nach Hause gefahren, so ist mit dem Kläger davon auszugehen, dass gemäß der Reiserichtlinie der Beklagten 24 Stunden an Reisezeit zu vergüten gewesen wären ebenso wie ein Sonntagszuschlag.
- Die Beklagte konnte nicht widerlegen, dass die Handhabung des Klägers jedenfalls bei kürzeren Messen seit jeher, also insbesondere vor Inkrafttreten der Reiserichtlinie Ende 2006 üblich und von den Vorgesetzten gebilligt war, wenn dies als die wirtschaftlichere Variante als die Heim- und Wiederanreise der Mitarbeiter im Messebau er-

schien. Die von der Beklagten aufgeführten Fälle belegen keine andere Abrechnungspraxis in der Vergangenheit (etwa Urlaubsnahme oder Einbringen von Gutstunden). Zum einen hat die Beklagte für die Jahre 2001 bis 2005 lediglich 6 Messen aufgeführt, an denen Messebauer der Beklagten Urlaub oder Gutstunden eingebracht haben (Blatt 177 d.A.). Die Beklagte nimmt jedoch ausgehend von der informatorischen Befragung des Vorgesetzten des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 07.06.2011 (Blatt 94 d.A.) europaweit jährlich an ca. 50 - 55 Messen teil. Zum anderen dauerten die Dienstreisen in 4 Fällen 13 Tage, in einem Fall 12 Tage, in einem Fall 8 Tage. In vier Fällen wurden 2 Tage als Urlaub bzw. Abbau von Gutstunden verbucht, ansonsten ein Tag. Angesichts der Dauer der Dienstreisen ist schon nicht erkennbar, dass es sich bei den Messen um kurze Messen von 3 bis 4 Tagen handelte. Wenn dem so gewesen wäre, so hätten die Mitarbeiter nur für 1 – 2 Tage Urlaub bzw. Gutstunden eingebracht, also jedenfalls nicht für alle sog. arbeitsfreien Tage. Die von der Beklagten mitgeteilten Fälle belegen allenfalls, dass im Einzelfall Urlaub bzw. Gutstunden eingebracht wurden, aber keine entgegenstehende Abrechnungspraxis.

- Außerdem liegt die Erwägung nahe, dass insbesondere beim Messeaufbau des Öffentlichen die gesetzlich zulässige Arbeitszeit überschritten werden musste, um den Messestand rechtzeitig zur Eröffnung der Messe fertig zu haben, und solche Stunden dann auch für an sich arbeitsfreie Tage ins Zeitkonto eingetragen wurden. Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob dies insbesondere von den früheren Vorgesetzten des Klägers gebilligt wurde. Denn eine solche Vorgehensweise ist gesetzlich nicht gestattet und der Kläger als Vorgesetzter hätte solche gesetzwidrigen Einsätze seiner Mitarbeiter möglichst vermeiden müssen. Allerdings wirken sich die beim Messeaufbau ergebenden Unwägbarkeiten und der gegebene Zeitdruck auch hier zu Gunsten des Klägers aus.
- Die Reiserichtlinie enthält keine besonderen Regelungen für die Mitarbeiter im Messebau, obwohl deren Arbeitszeiten bei Einsätzen insbesondere im Ausland ganz spezifische Besonderheiten aufweisen: Erheblicher Zeitdruck insbesondere beim Messeaufbau mit der Gefahr erheblicher notwendiger Mehrarbeit, arbeitsfreie Tage während der Messe sowie hoher Zeit- und Kostenaufwand für eine zwischenzeitliche Rückreise. Auf Grund des von der Beklagten nicht widerlegten Vortrags des Klägers, dass es

im Hinblick auf Wirtschaftlichkeitsüberlegungen jedenfalls bis zum Inkrafttreten der Reiserichtlinie üblich und gebilligt war, bei kurzen Messen den Mitarbeitern, die vor Ort blieben, 7 Stunden pro Tag gutzuschreiben, ist nicht auszuschließen, dass sich der Kläger über die Anwendbarkeit der Reiserichtlinie auf die Mitarbeiter im Messebau geirrt hat.

(d) Es ist auch nicht ersichtlich, warum sich der Kläger nicht künftig an einen entsprechenden Hinweis, dass die Reiserichtlinie auch für die Mitarbeiter des Messebaus gilt und die Mitarbeiter frei entscheiden könnten, ob sie während der freien Tage die Heimreise antreten oder Gutstunden bzw. Urlaub einbringen wollten und dann, wenn sie mit beidem nicht einverstanden gewesen seien, sie nicht zur Messe entsandt worden wären, ohne dass ihnen irgendwelche Sanktionen gedroht hätten, bei der Arbeitszeiterfassung gehalten hätte. Die Beklagte hat zwar behauptet, dass dies kommuniziert worden sei, jedoch nicht wann dem Kläger gegenüber. Eine hartnäckige Verweigerungshaltung des Klägers gegenüber Weisungen der Beklagten, die eine Abmahnung in Bezug auf die Eintragung der Arbeitszeiten entbehrlich gemacht hätten, kann das Gericht nicht erkennen. Aus Sicht des erkennenden Gerichts wäre daher eine Abmahnung als Sanktion ausreichend gewesen. Einer Änderungskündigung hätte es nicht bedurft.

(2) In Übereinstimmung mit dem Ersturteil, auf das insoweit Bezug genommen wird (Seiten 21 – 23 des Ersturteils, Blatt 127 bis 129 der Akten) ist auch das Berufungsgericht der Auffassung, dass auch die weiteren gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe die Änderungskündigung nicht rechtfertigen können. Auch insoweit hätte es vorheriger Abmahnungen bedurft.

(a) Allerdings hat der Kläger gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch verstoßen, dass er an einen Mitarbeiter einen Kompressor der Beklagten verliehen und sich selbst eine Kettensäge ausgeliehen hat und diese beiden Gegenstände nicht umgehend nach der E-mail des stellvertretenden Abteilungsleiters vom 15.07.2010 zurückgefordert bzw. zurückgegeben hat, sondern erst nach dem Gespräch vom 14.09.2010. Dabei kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Kläger zum Entleihen und Verleihen von Gegenständen nicht befugt gewesen ist. In beiden Fällen hat der Kläger jedoch

nicht in Zueignungsabsicht gehandelt. Unberechtigtes Ent- oder Verleihen zeugt zwar von sorglosem Umgang mit Firmeneigentum, ist jedoch nicht auf den endgültigen Entzug der Verfügungsmacht des Arbeitgebers über das Firmeneigentum gerichtet. Auf den insoweit ähnlichen Vorfall aus dem Jahre 2001 (Stehtische) kann sich die Beklagte nach knapp 10 Jahren nicht mehr berufen. Auch damals ist eine Abmahnung seitens der Beklagten unstrittig nicht erfolgt, auch wenn der Kläger dies so empfunden haben mag. Dass er seinen Arbeitsplatz wegen des Entleihens der Stehtische im Wiederholungsfall als gefährdet ansah, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

(b) Ebenso hat der Kläger gegen seine Pflichten verstoßen dadurch, dass er die beiden Buchsbäume an Mitarbeiter verschenkt hat. Auch hierzu war er nicht befugt. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich hier um lebende Gegenstände handelte, die einer gewissen Pflege (Gießen, Schneiden) und damit eines gewissen Arbeitsaufwands bedurften, wenn sie wieder verwendet werden sollten. Wenn der Kläger vor diesem Hintergrund die Wiederverwendung der Bäume zumindest als zweifelhaft ansah, andererseits er den Mitarbeitern, von denen einer während der Messe in München seinen Urlaub für die Beklagte unterbrochen hatte, entgegen kommen wollte, so ist dies zu Gunsten des Klägers zu berücksichtigen.

(c) Auch diese Pflichtverletzungen wiegen deshalb nicht so schwer, dass sie nach den o.g. Grundsätzen eine Änderungskündigung ohne Abmahnung rechtfertigen könnten. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass der Kläger sich entsprechende Abmahnungen nicht zu Herzen genommen und entsprechende Vertragsverstöße künftig unterlassen hätte. Das Gericht ist jedenfalls der Auffassung, dass das Arbeitgeberinteresse, auf die Vertragswidrigkeiten angemessen zu reagieren, durch eine Abmahnung in angemessener Weise befriedigt worden wäre. Dabei verkennt das Gericht nicht, dass die Beklagte von vorneherein nicht zum Mittel der Beendigungskündigung, sondern zum milderen Mittel der Änderungskündigung gegriffen hat.

c. Auch die Verdachtsänderungskündigung vom 30.11.2010 hat nicht zu einer Änderung der Arbeitsbedingungen geführt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG, der das erkennende Gericht folgt, kann auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung eine Kündigung und damit auch eine Änderungskündigung sozial rechtfertigen. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (vgl. BAG vom 25.11.2010 - 2 AZR 801/09 – mwN). Der Verdacht muss auf konkrete Tatsachen gestützt sein. Er muss sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung der Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, ist ihre strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch. (BAG a.a.O). Auch der Verdacht einer nicht strafbaren, gleichwohl erheblichen Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann eine Kündigung rechtfertigen.

Hieraus folgt, dass dann, wenn der Tatvorwurf feststeht, es sich bei der Tat aber nicht um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass sie eine Kündigung rechtfertigen konnte, der bloße Verdacht einer solchen Pflichtverletzung erst recht nicht ausreicht. So liegt der Fall hier. Die objektiven Pflichtverletzungen stehen fest. Das Gericht hat zu Gunsten der Beklagten unterstellt, dass der Kläger bewusst und gewollt gehandelt hat. Auch die entlastenden Umstände stehen fest oder konnten von der Beklagten nicht entkräftet werden, insbesondere die fehlende Schädigungsabsicht.

d. Ob das Angebot der Beklagten zur Weiterbeschäftigung für den Kläger verhältnismäßig war und nicht weiter ging, als zur Vermeidung künftiger Vertragsverletzungen erforderlich, kann letztlich dahingestellt sein. Der Kläger hat hier lediglich gerügt, dass die Gehaltseinbuße unzumutbar und die Streichung der Unfallversicherung und die Bereitschaft zur Leistung von Mehrarbeit usw. nicht nachvollziehbar seien. Die Beklagte hat die

Streichung der Unfallversicherung mit dem Wegfall der Auslandstätigkeiten und (im Angebot selbst) der Tätigkeit des Klägers im Innendienst begründet. Das ist nachvollziehbar, da die Tätigkeit im Innendienst nicht so unfallträchtig ist, wie die Tätigkeit beim Messeaufbau. Die Klausel zur Bereitschaft zur Leistung von Mehrarbeit usw. wiederholt im Wesentlichen nur die Formulierungen in §§ 3 und 5 des MTV für die bayerische Metall- und Elektroindustrie und wäre deshalb wohl gerechtfertigt, da der Kläger in der angebotenen Tätigkeit als Tarifangestellter beschäftigt werden sollte.

Eine gesonderte Rechtfertigung der Vergütungsänderung ist grundsätzlich entbehrlich, wenn sich die geänderte Vergütung aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt („Tarifautomatik“, vgl. z.B. BAG vom 09.09.2010 – 2 AZR 936/08 mwN). Das ist bei der Beklagten unstreitig der Fall. Da der Kläger sich nicht gegen die Eingruppierung der neuen Tätigkeit in Entgeltgruppe 6 gewandt hat, ist auch davon auszugehen, dass die angebotene Tätigkeit die entsprechende Wertigkeit hat.

Andere freie Arbeitsplätze, die ihm unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Führungseigenschaft eher zuzumuten gewesen wären, hat der Kläger nicht genannt.

e. Jedenfalls im Rahmen der abschließend bei einer verhaltensbedingten Kündigung durchzuführenden Interessenabwägung ergibt sich, dass eine Abmahnung als milderer Mittel ausgereicht hätte. Gegeneinander abzuwägen sind das Interesse der Beklagten an der Änderung des Arbeitsverhältnisses und das Interesse der Kläger an dessen unverändertem Fortbestand. Zwar ist zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen, dass er als Gruppenleiter eine untere Führungsposition innehatte und somit eine Stellung mit Vorbildcharakter. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass er erhebliche Freiräume hatte, die vor allem in der Befugnis bestanden, die Dienstreisen seiner Mitarbeiter zu genehmigen sowie in der Freigabe der Arbeitszeiten und Reisekosten. Allerdings hat der Kläger seine Kompetenzen nicht in einem Maße überschritten, dass ihm jegliche Eignung als Führungskraft abzusprechen wäre. Immerhin hat er den ihm unterstellten Bereich seit 2004 beanstandungsfrei geführt. Zur Eigenschaft als Führungskraft gehört es auch, die Wirtschaftlichkeit einer bestimmten Vorgehensweise im Blick zu haben. Zugunsten des Klägers ist auch seine überaus lange Betriebszugehörigkeit zu werten (28 Jahre) und die Unterhaltspflich-

ten für drei Kinder, die durch die mit der Änderungskündigung verbundene Gehaltseinbuße von 30 % erheblich betroffen sind. Ebenso zu Gunsten des Klägers spricht, dass er bereits im ersten Gespräch vom 14.09.2010 offen die streitgegenständlichen Vorwürfe eingeräumt hat. Auch wenn er seine Vorgehensweise hinsichtlich der Eintragung der Arbeitszeit während auswärtiger Messen verteidigte, so hat er nie einen Zweifel daran gelassen, sich künftig entsprechend der Weisungen der Beklagten zu verhalten.

4. Die Änderungskündigungen sind allerdings nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte hat den Betriebsrat ordnungsgemäß nach dieser Vorschrift beteiligt. Auf die Rüge des Klägers in der Klageschrift hat die Beklagte die schriftliche Anhörung zur geplanten ordentlichen verhaltensbedingten Änderungskündigung und zur ordentlichen verhaltensbedingten Verdachtsänderungskündigung vom 19.11.2010, beim Betriebsrat eingegangen am 22.11.2010 vorgelegt (Blatt 40 ff d.A.). Neben den Sozialdaten des Klägers, der Art der beabsichtigten Kündigungen und der Kündigungsfrist sind auch die Kündigungsgründe sowie das Änderungsangebot in einer Weise mitgeteilt, die dem Betriebsrat ohne eigene Nachforschungen ermöglichten, sich ein eigenes Bild von der Berechtigung der beabsichtigten Änderungskündigungen zu machen. Die Kündigungen wurden nach Abgabe der abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats vom 25.11.2010 am 30.11.2010 ausgesprochen.

II. Das Ersturteil war allerdings aufzuheben und die insoweit Klage abzuweisen, als die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt wurde. Der Kläger hat keinen Anspruch, für die Dauer des Rechtsstreits im Rahmen des sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs beschäftigt zu werden. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen gleichzeitig eine Versetzung nach § 95 Abs. 3 BetrVG darstellt und weder der Betriebsrat nach § 99 BetrVG zugestimmt hat oder die Zustimmung gerichtlich nicht ersetzt ist, noch der Arbeitgeber das Verfahren nach § 100 BetrVG durchführt. Die Beklagte hat den Betriebsrat jedoch nach § 99 BetrVG ordnungsgemäß beteiligt, so dass sich der Kläger nicht auf die Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften berufen kann.

1. Bei einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht aufgrund des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs verpflichtet, den Arbeitnehmer vorläufig zu den bisherigen Bedingungen weiterzubeschäftigen (st. Rspr. vgl. BAG vom 28.05.2009 – 2 AZR 844/07 mwN; KR-Rost, 9. Aufl., 2009, § 2 KSchG Rn 158a mwN). Die Interessenlage entspricht entgegen der Ansicht des Klägers nicht derjenigen bei der Beendigungskündigung. Der Gesetzgeber geht bei der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Arbeitsbedingungen gemäß §§ 2, 8 KSchG von einer rechtskräftigen Entscheidung über die soziale Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen aus (näher dazu BAG vom 18. Januar 1990 - 2 AZR 183/89). Da bei der Vorbehaltsannahme kein Streit über den Fortbestand, sondern nur über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses besteht, stellt sich das Problem eines Weiterbeschäftigungsanspruchs - wie beim umstrittenen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses - nicht. Wird der Arbeitnehmer, wenn auch zu anderen Bedingungen, tatsächlich weiter beschäftigt, ist seinem Beschäftigungsinteresse zunächst gedient. Der Arbeitnehmer gibt durch die wirksame Vorbehaltsannahme selbst zu erkennen, dass ihm zunächst die Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zumutbar erscheint (BAG vom 28.05.2009 – 2 AZR 844/07 mwN). Dies gilt auch, wenn mit der Änderung der Arbeitsbedingungen eine deutliche Entgelteinbuße verbunden ist.

Der Kläger hat das von der Beklagten gemachte Angebot unter Vorbehalt mit Schreiben vom 16.12.2010 wirksam angenommen und damit dokumentiert, dass ihm die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen vorläufig zumutbar ist. Dies hat er durch die tatsächliche Aufnahme der neuen Tätigkeit als Tarifangestellter im Innendienst bei einer 35 Stunden Woche auch bestätigt. Dass er mit der endgültigen Änderung der Arbeitsbedingungen nicht einverstanden war, hat er durch seinen Vorbehalt klargestellt und dementsprechend Klage erhoben.

2. Die Beklagte war auch betriebsverfassungsrechtlich nicht gehindert, die mit der Änderung der Arbeitsbedingungen verbundene Versetzung des Klägers zu vollziehen. Denn der Betriebsrat hat seine Zustimmung nach § 99 BetrVG vor Durchführung der Versetzung des Klägers erteilt (vgl. hierzu KR-Rost, 9. Aufl, 2009, § 2 KSchG, Rn 158c).

Die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung des Klägers ist ordnungsgemäß bereits am 11.11.2010 erfolgt (Blatt 56 d.A.). Jedenfalls da der Betriebsrat der Versetzung ausdrücklich zugestimmt hat, kommt es nicht darauf an, dass die Versetzung nicht – wie mitgeteilt – ab 01.11.2010 durchgeführt wurde, sondern - nach Ausspruch der Änderungskündigung wegen der einzuhaltenden Kündigungsfrist - erst zum 01.07.2011. Es handelt sich dennoch um dieselbe Maßnahme im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn. Daran ändert nichts, dass die Maßnahme individualrechtlich nur mit einer Frist von 7 Monaten durchgesetzt werden konnte. Wesentliche Änderungen, die ein erneutes Verfahren nach § 99 BetrVG erforderlich gemacht haben könnten, sind nicht erkennbar.

Gleichwohl hat die Beklagte mit Schreiben vom 02.05.2011 das Verfahren nach § 99 BetrVG erneut eingeleitet (Blatt 322 d.A.). Hinsichtlich der Gründe ist ausdrücklich auf das Anhörungsschreiben im Rahmen der Beteiligung nach § 102 BetrVG verwiesen. Ebenso ist auf eine mündliche Erläuterung verwiesen. Hinsichtlich der ordnungsgemäßen Einleitung dieses Verfahrens hat der Kläger außer eines allgemeinen Bestreitens und des verspäteten Vorbringens keine Rügen erhoben. Zwar ist richtig, dass die Beklagte die erneute Beteiligung des Betriebsrats mit Schreiben vom 02.05.2011 weder erstinstanzlich noch in der Berufungsbegründung in den Prozess eingeführt hat, sondern erst mit Schriftsatz vom 15.06.2011 auf Seite 3 unten (Blatt 317 d.A.). Dadurch wurde nach Überzeugung des Gerichts der Rechtsstreit jedoch nicht verzögert (§ 67 Abs. 4 Satz 2 ArbGG), da die Klagepartei genügend Zeit hatte, rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung substantiierte Rügen vorzubringen, die einer Beweisaufnahme auch im Termin zugänglich gewesen wären. Im Übrigen kommt es hierauf nicht an, da die Zustimmung des Betriebsrats bereits am 11.11.2010 erfolgte.

Der Betriebsrat hat der Versetzung erneut am 09.05.2011 zugestimmt (Blatt 322, 323 d.A.). Damit war das Zustimmungsverfahren abgeschlossen und die Beklagte war betriebsverfassungsrechtlich nicht gehindert, die Versetzung zum 01.07.2011 durchzuführen.

III. Die auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Ersturteil gerichteten Anträge der Beklagten (Anträge zu 3 - 5) fallen nicht mehr zur Entscheidung an. Das Ersturteil ist hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs, auf den allein sich die Anträge beziehen, aufgehoben worden. Somit ist ein entsprechender vollstreckbarer Titel nicht mehr existent.

C.

I. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dabei war zu berücksichtigen, dass das Arbeitsgericht die Klage hinsichtlich des dort gestellten Feststellungsantrags, dass das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortbesteht, rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen hat.

II. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 1 und 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Steindl
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Dr. Schmölz
ehrenamtliche Richterin

Friedel
ehrenamtlicher Richter