

Die neue Änderungskündigung

Von Professor Dr. *Volker Rieble* und wiss. Assistent Dr. *Sebastian Kolbe*,
Ludwig-Maximilians-Universität und ZAAR, München



I. Einleitung – Kündigung als „ultima ratio“

Das deutsche Kündigungsschutzrecht fußt anerkanntermaßen auf dem ultima-ratio-Prinzip¹. Im KSchG steht davon nichts, und weder der telos des Kündigungsschutzes² noch seine verfassungsrechtliche Unterfütterung³ zwingen dazu, einen solchen Richtsatz zu unterstellen. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴ als allgemeines Kündigungsprinzip ist eine freie Erfindung, die mit privatrechtlichen Wertungen nicht ohne weiteres zu vereinbaren ist⁵ und allenfalls über den methodisch wiederum fragwürdigen Import sozialrechtlicher Wertungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 SGB III⁶) gerechtfertigt werden kann.

Das eigentliche Problem des ultima-ratio-Prinzips liegt darin, dass es sich auf die Betrachtung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und gekündigtem Arbeitnehmer beschränkt und Letzterem eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nahezu „um jeden Preis“ vermittelt – auf Kosten der Arbeitsmarktchancen Arbeitssuchender. Diese Verteilungswirkung⁷ wird von den Arbeitsgerichten nicht gesehen. Implizit ist damit die Wertung verbunden, dass jedes Arbeitsverhältnis – sei es auch „an sich“ durch einen Kündigungsgrund belastet – in seinem Bestande schwerer wiegt als das Marktzutrittsinteresse eines Beschäftigungssuchenden.

Die hier zu besprechenden Entscheidungen⁸ verschärfen das ultima-ratio-Prinzip dadurch, dass sie einen strikten Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung postulieren – also die Weiterbeschäftigung auf geringerwertigen Arbeitsplätzen zum Regelfall machen und damit die Verteilungswirkung des Kündigungsschutzes intensivieren. Wiewohl Sozialauswahl und Weiterbeschäftigungsobliegenheit nicht dazu führen dürfen, dass innerhalb der Belegschaft ein Verdrängungswettbewerb „nach unten“ eröffnet wird⁹, sorgt der Vorrang der Änderungskündigung auch auf geringerwertige Arbeitsplätze dafür, dass die weniger qualifizierten Bewerber – ohnehin eine Problemgruppe des Arbeitsmarktes – nun noch weniger freie Stellen finden. Dies blendet das BAG zur Gänze aus; freilich ist dies auch der prozessualen Situation geschuldet, in der sich nur Arbeitgeber und gekündigter Arbeitnehmer gegenüberstehen¹⁰.

II. Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung?

Schon seit langem betont das BAG den „Vorrang“ der Änderungs- gegenüber der Beendigungskündigung als besondere Ausprägung des ultima-ratio-Prinzips – und zwar für alle Kündigungsarten¹¹.

1. Problematische Sonderzuordnung im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung

a) Zuordnung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Für die betriebsbedingte Kündigung, mit der sich der Zweite Senat in diesen drei Entscheidungen befasste, ordnet der Senat die Weiterbeschäftigung nach Änderungskündigung dem Merkmal der „Dringlichkeit“ des betrieblichen Erfordernisses i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu, in dem sich wiederum der ultima-ratio-Grundsatz konkretisiert: An einem dringenden betrieblichen Erfordernis für die *Beendigungskündigung* fehle es, wenn der Arbeitnehmer noch auf einem anderen, im Zeitpunkt der Kündigungserklärung¹² freien Arbeitsplatz – wenn auch zu ge-

- 1 Etwa BAG 30. 5. 1978 – 2 AZR 630/76, EzA § 626 BGB n. F. Nr. 66 mit Anm. *Käppler* = AP Nr. 70 zu § 626 BGB mit Anm. *Hueck* = SAE 1979, 45 mit Anm. *Beitzke*.
- 2 Dazu *Annuß*, NZA 2005, 443, 443.
- 3 Zur „Doppelfunktion“ des Art. 12 GG mit Blick auf den Kündigungsschutz *Ascheid/Preis/Schmidt/Preis*, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, Grundlagen A. Rn. 23 und *ErfKommArbR/Dieterich*, 7. Aufl. 2007, Art. 12 GG, Rn. 34. Dazu, dass die geltenden Kündigungsvorschriften dem Bestandsschutzinteresse der Arbeitnehmer hinreichend Rechnung tragen, BVerfG 24. 4. 1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133 = EzA Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 1 mit Anm. *Berger-Delhey* = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG „Warteschleifenregelung“ unter C.III.1. der Gründe.
- 4 BAG 22. 2. 1980 – 7 AZR 295/78, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 5 mit Anm. *von Maydell/Eylert* = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit mit Anm. *Hueck* = SAE 1980, 338 mit Anm. *Meisel* sieht den ultima-ratio-Grundsatz als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.
- 5 *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35, 43 ff.
- 6 Dazu *ErfKommArbR/Ascheid/Oetker*, 7. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 121 m. w. N.
- 7 Zu ihr *von Klitzing*, Ordnungökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, 2004, S. 239 ff.; zentral zur „wettbewerbsbeschränkenden“ Wirkung des Kündigungsschutzes *Reuter*, Grundlagen des Kündigungsschutzes – Bestandsaufnahme und Kritik, FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 405, 410 ff.; zurückhaltender *Herschel*, RdA 1975, 28, 30 f.; weiter *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1012 ff.
- 8 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04, EzA § 2 KSchG Nr. 53 = AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969 mit Anm. *Wank* = NZA 2005, 1289; 21. 4. 2005 – 2 AZR 244/04, EzA § 2 KSchG Nr. 52 mit Anm. *Buchner* = AP Nr. 80 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2005, 1294; 21. 9. 2006 – 2 AZR 607/05, EzA § 2 KSchG Nr. 62 = AP Nr. 130 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2007, 431.
- 9 Zum Ausschluss vertikaler Sozialauswahl BAG 27. 11. 1991 – 2 AZR 255/91, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 72 mit Anm. *Rüthers/Franke* = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Konzern mit Anm. *Windbichler* = NZA 1992, 644. Die Weiterbeschäftigung setzt stets einen freien Arbeitsplatz voraus, dazu *ErfKommArbR/Ascheid/Oetker*, 7. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 412.
- 10 Auch dazu *von Klitzing*, Ordnungökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, 2004, S. 303 ff.
- 11 Grundlegend zur *ordentlichen* (im Fall: betriebsbedingten) Kündigung BAG 27. 9. 1984 – 2 AZR 62/83, EzA § 2 KSchG Nr. 5 = mit Anm. *Kraft* = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = SAE 1986, 216 mit Anm. *Hönn* mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass der Vorrang der Änderungskündigung nicht von der systematischen Einordnung des Kündigungsgrundes abhängen solle. Selbst für die *außerordentliche* Kündigung soll nichts anderes gelten, hierzu schon BAG 30. 5. 1978 – 2 AZR 630/76 – (Fn. 1).
- 12 Freilich will das BAG die Weiterbeschäftigungspflicht gegebenenfalls auch auf Arbeitsplätze erstrecken, die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder gar erst in absehbarer Zeit danach frei werden; BAG 15. 12. 1994 – 2 AZR 327/94, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = AP Nr. 67 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = SAE 1996, 116 mit Anm. *Oetker*. Zustimmend v. *Hoyningen-Huene/Linck*/Linck, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 747.

änderten Arbeitsbedingungen und nach Änderungskündigung – weiterbeschäftigt werden könnte¹³.

Diese Zuordnung überzeugt nicht: Schon die Argumentation des Senats zielt auf Weiterbeschäftigung. Weshalb das BAG die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung zwar für die betriebsbedingte Kündigung zur Dringlichkeit und für die personen-, insbesondere krankheitsbedingte Kündigung ebenfalls zum Kündigungsgrund zieht¹⁴, bei verhaltensbedingter Kündigung hingegen als eigenständiges Merkmal prüft¹⁵, will nicht einleuchten.

Ob – und gegebenenfalls welche – Konsequenzen daraus zu ziehen sind, wäre noch zu klären. Ganz konkret: Muss die Weiterarbeit auf einem „Schonarbeitsplatz“¹⁶, den der Arbeitnehmer nur nach Vertragsänderung einnehmen kann, nach denselben harten Regeln (sogleich 2.) qua Änderungskündigung angeboten werden? Und soll bei verhaltensbedingter Kündigung anderes gelten, weil dem Arbeitgeber doch hier – eine erheblich verschuldete Vertragspflichtverletzung vorausgesetzt – die Weiterbeschäftigung schon „grundsätzlich nicht zumutbar“ ist¹⁷?

Unseres Erachtens kann der „Vorrang“ der Änderungskündigung nur am Merkmal der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b), Satz 3 KSchG festgemacht werden¹⁸. Von Bedeutung ist diese Zuordnung vor allem dann, wenn zu wenige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vorhanden sind und es zur Konkurrenz verschiedener Arbeitnehmer um die offenen Stellen kommt (dazu unten IV. 2.). Wer hier mit dem BAG den Kündigungsgrund hinsichtlich einzelner Arbeitnehmer verneint, verdeckt die kollektive Dimension des Problems und beschränkt den Rahmen der Sozialauswahl. Es geht aber gerade darum, einen gestuften Arbeitsplatzverteilungsprozess zu ordnen, in welchem die Sozialauswahl – gegebenenfalls nach Maßgabe kollektiver Auswahlrichtlinien i. S. d. § 1 Abs. 4 KSchG – Vorrang vor der Weiterbeschäftigung beansprucht. Schließlich ermöglicht es nur die Zuordnung zur Weiterbeschäftigung, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in anderen Betrieben des Unternehmens zu erfassen¹⁹.

b) Konsequenzen

Damit ist freilich nicht gesagt, dass sich der Arbeitnehmer auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu geänderten Bedingungen nur dann berufen dürfte, wenn der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat. Nach h. M. steht der individuelle Kündigungsschutz trotz des eindeutigen Wortlautes des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG nicht im Belieben des Betriebsrats²⁰. Methodisch ist diese Auffassung allerdings fragwürdig: Wer aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Verfassungsgebot des Individualkündigungsschutzes ableiten möchte, mag diese nachkonstitutionelle Vorschrift dem BVerfG vorlegen und dabei den Verstoß gegen das Untermaßverbot belegen. Die ganz h. M. zeigt einen respektlosen Umgang mit dem Wortlaut demokratisch legitimer Gesetze und installiert das BAG als Ersatzgesetzgeber auch contra legem.

Das gute materiale Argument der h. M., der Individualkündigungsschutz dürfe anders als nach dem BRG 1920 nicht von

der Existenz und dem Wohlwollen eines Betriebsrats abhängen²¹, ist schnell relativiert: Die Kündigungsrechtsordnung bewegt sich partiell durchaus wieder (zurück) in Richtung eines kollektivrechtlich geprägten Kündigungsschutzes – wie der Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG und § 125 InsO sowie die Reichweite der Auswahlrichtlinien nach § 1 Abs. 4 KSchG zeigen. Gerade die Verteilungsfrage lässt erkennen, dass die Zuweisung anderer Arbeitsplätze für das Individuum eher Kollektivreflex ist und nicht notwendig individueller Anspruch sein muss – auch mit Blick auf das Zustimmungrecht des Betriebsrats für die Versetzung des gekündigten Arbeitnehmers auf den freien Arbeitsplatz nach § 99 BetrVG.

Denn auch das ist noch ungeklärt: Vielfach wird die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz das Versetzungszustimmungsrecht nach § 99 BetrVG auslösen. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, ist sofort zu fragen, ob der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen kann, dass dieser das Zustimmungseretzungsverfahren durchführt (durch wieviele Instanzen?). Eine solche Verfahrensdimension hat das BAG bislang nur für den Beschäftigungsanspruch der Schwerbehinderten bejaht²² – soll das auch im Rahmen der Weiterbeschäftigungsobliegenheit gelten²³?

2. Folge für die Ablehnung des Änderungsangebots

a) Vorläufige und endgültige Ablehnung

Die These des Senats vom strikten Vorrang der Änderungskündigung ist unter dieser veränderten Zuordnung nicht ohne weiteren argumentativen Aufwand zu halten: Zwar kann der Arbeitgeber solange keine rechtswirksame Beendigungskündi-

13 BAG 21. 4. 2005 und 21. 9. 2006 (Fn. 8).

14 BAG 5. 7. 1990 – 2 AZR 154/90, EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 32 = AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = NZA 1991, 185 unter II.2.b) der Gründe.

15 Vgl. BAG 6. 10. 2005 – 2 AZR 280/04, EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66 = AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = NZA 2006, 431 unter B.I.2.e) der Gründe.

16 BAG 24. 11. 2005 – 2 AZR 514/04, EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 51 = AP Nr. 43 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = NZA 2006, 665; auch schon Oberstes Gericht der DDR 17. 3. 1967 – Za 1/67, OGA 6, 69.

17 BAG 6. 10. 2005 – 2 AZR 280/04 (Fn. 15).

18 ErfKommArbR/Ascheid/Oetker, 7. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 122; auch *Annuß*, NZA 2005, 443, 444 ff. tritt für die Rückbesinnung auf die gesetzlichen Voraussetzungen des KSchG ein.

19 Zu diesem Unterschied BAG 15. 12. 2005 – 6 AZR 199/05, EZA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 66 = AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = NZA 2006, 590.

20 BAG 23. 11. 2004 – 2 AZR 24/04, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 135 = AP Nr. 132 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2005, 929 (unter B.III.1. der Gründe); ErfKommArbR/Ascheid/Oetker, 7. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 410.

21 Ausführlich BAG 13. 9. 1973 – 2 AZR 601/72, EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 7 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 mit Anm. Hueck = SAE 1975, 1 mit Anm. Otto.

22 Mit Blick auf einen Anspruch aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX BAG 3. 12. 2002 – 9 AZR 481/01, EZA § 81 SGB IX Nr. 1 mit instruktiver Anm. Klumpp = AP Nr. 2 zu § 81 SGB IX = NZA 2003, 1215. Kritisch ErfKommArbR/Kania, 7. Aufl. 2007, § 99 BetrVG, Rn. 41.

23 Abhängig von dem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Rechtsverhältnis befürworten etwa *Gottwald*, BB 1997, 2427, 2429 ff., *MünchArbR/Matthes*, Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 352 Rn. 112 und *GK-BetrVG/Kraft/Raab*, Bd. II, 8. Aufl. 2005, § 99 Rn. 176 eine *Antragspflicht* des Arbeitgebers. Noch weiter geht *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 99 Rn. 279 ff., der dem Arbeitnehmer ein *eigenes Antragsrecht* nach § 99 Abs. 4 BetrVG einräumen will.

gung aussprechen, als eine Weiterbeschäftigung noch möglich ist: Indes setzt die hier interessierende Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen nach dem eindeutigen § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG die Zustimmung des Arbeitnehmers voraus. Lehnt er ein Änderungsangebot des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung ab, spricht der Wortlaut dafür, ihm im Kündigungsschutzprozess die Berufung auf eben diese freie Stelle zu versagen – so wie das der bisherigen Rechtsprechung entspricht.

Der Zweite Senat sieht das jetzt anders: Auch wenn der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers auf Weiterbeschäftigung zu schlechteren Bedingungen zunächst abgelehnt hatte, soll Letzterer grundsätzlich verpflichtet sein, zunächst die Änderungskündigung auszusprechen. Eine Ausnahme will der Senat nur dann zulassen, wenn der Arbeitnehmer vorbehaltlos und endgültig zu erkennen gegeben hatte, dass die Beschäftigung zu den geänderten Bedingungen für ihn keinesfalls – auch nicht unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung – in Betracht kommt²⁴.

b) Aufgabe der „Verhandlungslösung“

Damit wendet sich der Senat von der „Verhandlungslösung“ ab, die er 1984 entwickelt hatte: Diese Konstruktion verpflichtete den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Beendigungskündigung zunächst in einem „klärenden Gespräch“ ein Änderungsangebot zu unterbreiten, welches der Arbeitnehmer – binnen einer Bedenkzeit von einer Woche („Wochengespräch“) – auch unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung und dem zusätzlichen Vorbehalt des Ausspruchs einer Änderungskündigung annehmen konnte²⁵.

Anders gewendet hatte der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung zunächst im Gespräch mit dem Arbeitnehmer abzuklären, ob dieser zur Weiterbeschäftigung zu veränderten Bedingungen bereit wäre, und konnte sodann entscheiden, ob die Änderungs- oder die Beendigungskündigung zu erklären war.

Diese Dispositionsgrundlage entzieht ihm das BAG nunmehr, indem es Verhandlungen vor Ausspruch der Kündigung zu unverbindlichem Vorgeplänkel degradiert. Dass demgegenüber das Recht, ohne obligatorische Vorverhandlungen sogleich eine Änderungskündigung aussprechen zu können²⁶, für den Arbeitgeber einen Vorteil bedeutete, darf bezweifelt werden²⁷.

c) Autonomie des Arbeitnehmers?

Das BAG entmündigt den Arbeitnehmer: Seine im Kündigungsvorfeld getroffene, privatautonome und von der negativen Arbeitsplatzwahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Entscheidung, ein Änderungsangebot des Arbeitgebers auszuschlagen, zählt nicht. Der Alternativ-Arbeitsplatz muss nochmals angeboten werden, diesmal allerdings im formalisierten Änderungskündigungsverfahren – dort kann der Arbeitnehmer sodann entscheiden, ob er das Angebot vorbehaltlos annimmt, einen § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt äußert oder ablehnt.

Dass die privatautonome Entscheidung des Arbeitnehmers somit in einen strengen formalen Rahmen gezwungen wird, verwundert – vor allem wenn man bedenkt, dass das BAG material umfassend auf die Selbsteinschätzung des Arbeitnehmers setzt, der allein entscheiden könne, welche Arbeit ihm zumutbar erscheint (sogleich III.1.).

Diesen Widerspruch sähen wir gern aufgelöst. Wie ist es zu erklären, dass der Arbeitnehmer zwar frei entscheiden darf – aber nur in einem ritualisierten Verfahren? Warum zählt sein vorheriges „Nein“ nicht – und zwar auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber ihm die drohende Beendigungskündigung hinreichend klar geschildert hat? Sind Arbeitnehmer „doof“?

3. Teleologische Extension des § 2 KSchG

Der neue Ansatz des BAG wirkt sich nur in Fällen aus, in denen der Arbeitgeber nicht sogleich die Änderungskündigung ausspricht, sondern sich zunächst – wiewohl vor dem Hintergrund einer drohenden Beendigungskündigung – um eine Lösung im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer bemüht. Gerade so lag auch der Sachverhalt in den Entscheidungen vom 21. 4. 2005.

a) Verhandlungen vor Ausspruch der Kündigung

Das BAG meint nun, solche Vertragsverhandlungen seien allein nach den §§ 145 ff. BGB zu beurteilen. Lehne der Arbeitnehmer ein Änderungsangebot vor Ausspruch der Kündigung ab, sei die Änderungskündigung erforderlich; Gleiches soll gelten, wenn der Arbeitnehmer das Angebot nur unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annehme²⁸. Der Arbeitnehmer erhält also eine „zweite Chance“, weil der Arbeitgeber das abgelehnte Änderungsangebot – zusammen mit der bedingten Kündigung – notgedrungen zu wiederholen hat.

Damit schießt der Senat jedoch über das berechtigte Ziel, dem Arbeitnehmer den Schutz des § 2 KSchG zu erhalten, deutlich hinaus. Richtig ist freilich, dass der Arbeitnehmer weder der Option, ein Änderungsangebot unter dem Vorbehalt des § 2 Satz 1 KSchG anzunehmen, noch der gesetzlichen Überlegungsfrist des § 2 Satz 2 KSchG beraubt werden darf, nur weil der Arbeitgeber sich mit der Kündigung Zeit lässt und vorerst auf Verhandlungen setzt.

aa) Änderungskündigung und Beendigungsdruck

Bei der Änderungskündigung geht es um den Arbeitgeber, der eine Vertragsänderung erzwingen will, indem er die Beendigungskündigung als „Druckmittel“ einsetzt²⁹. § 2 KSchG

24 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 und 244/04 (Fn. 8).

25 BAG 27. 9. 1984 – 2 AZR 62/83 (Fn. 11).

26 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 und 244/04 (Fn. 8).

27 *Edenfeld*, RdA 2006, 177, 179 ff. und von *Steinau-Steinrück*, NJW Spezial 2007, 273, 273.

28 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 und 244/04 (Fn. 8). Ebenso *Buchner*, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 244/04, EzA § 2 KSchG Nr. 52.

29 Dazu *Annuß*, NZA 2005, 443, 444.

schützt den Arbeitnehmer vor diesem Druck, indem er das sichere Ruhekissen der Annahme unter Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung zur Verfügung stellt. Wer aber auf seinen Vertrag pocht und das Angebot ablehnt, der muss sich mit der Beendigungskündigung auseinandersetzen und riskiert die Arbeitslosigkeit. Der Änderungsschutz des KSchG erlaubt dem Arbeitnehmer also ein „Ja, aber...“, bindet ihn aber unweigerlich an sein „Nein“.

bb) Vorverhandlungen unter Beendigungsdruck

Die Drucksituation, in der § 2 KSchG dem Arbeitnehmer zur Seite stehen will, ist nun aber dieselbe, wenn der Arbeitgeber eine Beendigungskündigung zwar noch nicht erklärt, wohl aber bereits „angedroht“ hat³⁰. Warum dann aber nicht auch dieselbe Lösung angemessen sein und der Arbeitnehmer statt dessen das Recht auf ein unverbindliches „Nein“ erhalten soll, erhellt aus den Ausführungen des Senates nicht.

Deutlich mehr Überzeugungskraft wies – zumindest insoweit – die alte „Verhandlungslösung“ auf: Darf der Arbeitnehmer in einer solchen Situation das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt des Ausspruchs einer Änderungskündigung und dem weiteren Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung dieser Kündigung annehmen, ist er bereits ausreichend geschützt. Begründen lässt sich diese Konstruktion durch eine teleologische Extension des § 2 KSchG auch auf Fälle, in denen das Angebot des Arbeitgebers zwar vor Ausspruch, aber bereits vor dem „Drohzenario“ der Beendigungskündigung abgegeben wurde³¹.

Damit ist sowohl dem Beendigungs-, als auch dem Änderungsschutz Genüge getan. Der Arbeitnehmer mag sodann selbst entscheiden, ob er eine Vertragsänderung strikt ablehnt, oder zumindest die Arbeitslosigkeit sicher verhindern will, indem er das Angebot (gegebenenfalls unter Vorbehalt) annimmt³².

Solange dem Arbeitnehmer nur der sichere Weg der Annahme unter Vorbehalt offen steht, ist auch kein Bedürfnis mehr zu erkennen, ihn lediglich an einer „vorbehaltlosen und endgültigen“ Ablehnung festzuhalten. Ohnehin steht zu erwarten, dass sich der vom BAG offen gehaltene Ausnahmefall in der Praxis nicht hinreichend rechtssicher herbeikonstruieren lässt³³ – die in der Literatur vorgeschlagenen Vordrucke mit vorformulierten Antworten, die der Arbeitnehmer dann nur noch ankreuzen muss³⁴, lassen jedenfalls Raum für Zweifel³⁵.

b) Überlegungsfrist

Mag sein, dass sich der Senat unausgesprochen von der Befürchtung hat leiten lassen, die Arbeitnehmer könnten aus Unkenntnis über ihr Recht zur Annahme unter Vorbehalt unglückliche Entscheidungen treffen³⁶. Doch lassen sich daraus keine durchgreifenden Einwände gegen die hier favorisierte Lösung ableiten: Schon grundsätzlich ist es – soweit es an einer gesetzlichen Aufklärungspflicht fehlt – Sache jedes Einzelnen, seine Rechte zu kennen. Das gilt auch dann, wenn sich diese Rechte

erst aus der Ausdehnung von Rechtsnormen auf unregelte Sachverhalte ergeben³⁷.

Zudem ist die teleologische Extension des § 2 KSchG auch auf die Überlegungsfrist des zweiten Satzes zu erstrecken. Weil es aber vor Ausspruch der Kündigung an einem schützenswerten Interesse des Arbeitgebers fehlt, zumindest bei Ablauf der Kündigungsfrist Klarheit zu haben, gilt dabei stets die Dreiwochenfrist der zweiten Alternative³⁸. Binnen dieser Frist ist es dem Arbeitnehmer zuzumuten, sich über seine Rechte zu informieren – wie er es auch hätte tun müssen, hätte der Arbeitgeber sogleich die Änderungskündigung erklärt.

4. Modifikation der „Verhandlungslösung“

Der Zweite Senat hätte mithin gut daran getan, sich auf die durchaus vorhandenen Stärken der „Verhandlungslösung“ zu besinnen, statt einen neuen Ansatz zu suchen.

Dadurch hätte eine Lösung gelingen können, die den Arbeitgebern in der Praxis eine zuverlässige Dispositionsgrundlage an die Hand gibt – und zwar ohne den gebotenen Schutz der Arbeitnehmer zu vernachlässigen. Soweit die Arbeitnehmer – ohne dadurch ihren Änderungs- oder Beendigungsschutz einzubüßen – an ihrer Erklärung in den Vorverhandlungen festgehalten werden, kann sich der Arbeitgeber bei umfangreichen Personaleinschränkungen bereits vorab vergewissern, welchem Beschäftigten die Änderungskündigung und welchem die Beendigungskündigung auszusprechen ist. Damit wird einer der entscheidenden Vorzüge der „Verhandlungslösung“ wiederhergestellt – der Schutz des Arbeitgebers vor plötzlichen Verschiebungen in der Sozialauswahl während laufender Kündigungschutzverfahren³⁹.

Demgegenüber wirkt die Konstruktion des BAG gezwungen, weil sie dem Arbeitnehmer erlaubt, sich zu seiner eigenen Erklärung in Widerspruch zu setzen, und weil sie Streit um einen kaum greifbaren Ausnahmefall provoziert.

III. Zumutbarkeit der geänderten Arbeitsbedingungen

Je strenger die Arbeitsgerichtsbarkeit den Vorrang der Änderungskündigung fasst, desto drängender stellt sich in der Praxis die Frage, welche freien Stellen welchem Mitarbeiter angeboten werden müssen. Dabei besteht zumindest im Ausgangs-

30 *Annuß*, NZA 2005, 443, 446.

31 Ähnlich *Annuß*, NZA 2005, 443, 446.

32 In diese Richtung auch v. Hoyningen-Huene/Linck/Linck, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 2 Rn. 82.

33 *Buchner*, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 244/04, EzA § 2 KSchG Nr. 52.

34 *Bauer/Winzer*, BB 2006, 266, 268.

35 *Annuß/Bartz*, NJW 2006, 2153, 2155 und dort Fn. 17.

36 Explizit noch die Vorinstanz zum Verfahren 2 AZR 244/04; LAG Köln 6. 4. 2004 – 9 Sa 1156/03, juris.

37 *Annuß*, NZA 2005, 443, 447.

38 *Annuß*, NZA 2005, 443, 446.

39 Dazu *Edenfeld*, RdA 2006, 177, 179 f.

punkt noch Einigkeit: Entscheidend ist die beiderseitige Zumutbarkeit der geänderten Arbeitsbedingungen.

1. Zumutbarkeit aus Sicht des Arbeitnehmers

a) Wechsel der Perspektive

Was die Frage der Zumutbarkeit geänderter Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer angeht, bringen die hier besprochenen Entscheidungen des BAG einen grundlegenden wie begrüßenswerten Paradigmenwechsel. Während zuvor anhand objektiver Kriterien – dem erforderlichen Qualifikationsniveau und der Vergütung etwa – beurteilt wurde, ob einem bestimmten Arbeitnehmer eine bestimmte Stelle zugemutet werden kann⁴⁰, stellt der Zweite Senat nunmehr zutreffend auf die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers ab:

„Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer selbst zu entscheiden, ob er eine Weiterbeschäftigung unter möglicherweise erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen für zumutbar hält oder nicht.“⁴¹

Dieser Maßstab ist der einzig richtige: Ob ein Arbeitsplatz zu geänderten Bedingungen „besser“ ist als der (drohende) Weg in die Arbeitslosigkeit, kann anhand objektiver Kriterien überhaupt nicht beurteilt werden – sondern allein aus der subjektiven Sicht des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer entscheidet in Ausübung seiner Berufsfreiheit selbst, welche Arbeit er verrichten will. Der bisherige Paternalismus, mit dem die Rechtsprechung den Arbeitnehmer vor „zu schlechten“ Arbeitsbedingungen und einem zu großen beruflichen Abstieg bewahren wollte, war nicht nur ein problematischer Übergriff in diese Individualfreiheit. Vor allem war die Wertung perplex – weil dem Arbeitnehmer bedeutet wurde, Arbeitslosigkeit sei besser als der Abstieg.

Hätte sich der Arbeitnehmer nach einer gemäß bisheriger Rechtsprechung wirksamen Beendigungskündigung auf die freie, ihm jedoch „unzumutbare“ Stelle beworben, so hätte seine Bewerbung doch schlechterdings nicht mit der Begründung abgelehnt werden können, der Arbeitsplatz, nach dem er selbst verlangt, sei ihm nicht zuzumuten.

Insofern erteilt das BAG dem Paternalismus eine Absage – zu Gunsten der Privatautonomie. Nicht die Arbeitsgerichte entscheiden, was ein Arbeitnehmer als Alternative zum Arbeitsplatzverlust auf sich nehmen muss, sondern der Arbeitnehmer selbst. Damit liegt der Senat im Trend der Individualisierung: Die Rechtsordnung billigt Arbeitnehmern individuelle Vertragsrechte zu (§ 8 TzBfG und § 1a BetrAVG); selbst die Kollektivordnung des BetrVG stärkt ihre Individualposition, § 75 Abs. 2 BetrVG. Es ist eben nicht so, dass der Arbeitnehmer „praktisch nicht vertragsfähig ist“, weswegen Kollektive oder der Gesetzgeber die Verantwortung für ihn übernehmen müssten. Gerade für die Arbeitsplatzauswahl entspricht diese Wendung Art. 12 Abs. 1 GG: Die Wahl von Beruf und Arbeitsplatz ist frei. Das Arbeitsrecht hat nicht darüber zu befinden, ob ein Hausmeister künftig als Pförtner arbeiten soll, ob ein Sachbearbeiter als Hausmeister wirken möchte. Das kann nur der Arbeitnehmer entscheiden!

Freilich birgt diese Hinwendung zur Privatautonomie ein erhebliches Folgeproblem im Arbeitsrechtssystem: Wenn der Arbeitnehmer frei entscheiden darf, welche tätigkeitsbezogenen Verschlechterungen er im Interesse des Beschäftigungserhalts „ertragen“ will, weswegen wird ihm dies hinsichtlich der sonstigen Arbeitsbedingungen – vor allem der Vergütung – verwehrt?

Die Rechtsprechung zur vergütungsabsenkenden Änderungskündigung ist bislang sehr streng⁴². Dieselben harten Maßstäbe anzulegen, wenn der Arbeitgeber mit der Änderungskündigung nur seinen Pflichten aus dem Beendigungsschutz nachkommen will, wäre ein Bruch im Wertungssystem: Man darf gespannt sein, wie der Senat entscheidet, wenn der Arbeitgeber dem zu teuren Chefarzt, dessen Stelle wegrationalisiert werden soll, anbietet, entweder als Oberarzt weiter zu arbeiten oder aber als Chefarzt mit einer Entgeltabsenkung, die die Unternehmerentscheidung zum Entfall des bisherigen Arbeitsplatzes überflüssig macht. Ist der Arbeitgeber womöglich wegen des neuen strikten Vorrangs der Änderungskündigung gehalten, eine solche Entgeltabsenkung anzubieten? Insofern wird die Entdeckung der Privatautonomie durch den zweiten Senat für diesen zur Belastungsprobe. Die unterschiedlichen Schutzkonzepte des Beendigungs- und des Änderungskündigungsschutzes (näher dazu unter IV.1.a) lösen eklatante Wertungswidersprüche aus.

Schließlich darf auch der Vierte Senat nicht ruhig weiterschlafen: Wenn der Arbeitnehmer zum Arbeitsplatzzerhalt beliebige Tätigkeitsverschlechterungen privatautonom hinnehmen darf, wird die Günstigkeitsfrage des Arbeitsplatzzerhalts erneut aufgeworfen. Warum darf der Arbeitnehmer nicht über die Tarifbedingungen disponieren, wie die Burda-Entscheidung⁴³ meint? Auch hier ist es aus der individuellen Perspektive nicht ansatzweise einsichtig, dass der Arbeitnehmer „frei“ einen geringerwertigen Arbeitsplatz mit 20-prozentiger Entgelteinbuße nach Tarif wählen, nicht aber auf demselben Arbeitsplatz verbleiben und eine fünfprozentige Entgeltkürzung hinnehmen darf⁴⁴. Wer redlich argumentiert, kann das nur mit dem Kollektivinteresse an Tarifdisziplin rechtfertigen: Der von Arbeitslosigkeit bedrohte Arbeitnehmer darf nicht in das Tarifgefüge eingreifen, damit die anderen Tarifbeschäftigten weiter gut verdienen. Das ist ein hübsches Sonderopfer, welches der dogmatischen Rechtfertigung harret.

b) Objektive Einschränkung?

Obzwar also diese Kehrtwende der Rechtsprechung Zustimmung verdient, zeigt der Zweite Senat Angst vor der eigenen

40 Dazu Bauer/Winzer, BB 2006, 266, 266 m. w. N.

41 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 und 244/04 (Fn. 8).

42 BAG 20. 8. 1998 – 2 AZR 84/98, EZA § 2 KSchG Nr. 31 mit Anm. Thüsing = AP Nr. 50 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1999, 255; 23. 6. 2005 – 2 AZR 642/04, EZA § 2 KSchG Nr. 54 = AP Nr. 81 zu § 2 KSchG 1969 = SAE 2007, 52 mit Anm. Löwisch und 12. 1. 2006 – 2 AZR 126/05, EZA § 2 KSchG Nr. 56 mit Anm. Hamann = AP Nr. 82 zu § 2 KSchG 1969 mit Anm. Boemke = SAE 2006, 221 mit kritischer Anm. Junker; kritisch auch Stoffels, ZfA 2002, 401, 415 ff. und Reiserer/Powietzka, BB 2006, 1109, 1114. Ein anderes Problem ist die Änderungskündigung, mit der Tätigkeit und Vergütung modifiziert werden sollen – dazu unter IV.1.

43 BAG 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, EZA Art. 9 GG Nr. 65 = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = SAE 1999, 253 mit Anm. Reuter.

44 Adomeit, NJW 1984, 26, 26 f.; Rieble, ZfA 2004, 1, 50. Kritisch hiergegen Raab, ZfA 2004, 371, 385 ff.; Kühnast, Die Grenzen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 221 ff., insbesondere S. 234 ff. und Däubler/Deinert, TVG, 2. Aufl. 2006, § 4 Rn. 658a.

Courage: Würde der Arbeitnehmer auf der neuen Stelle derart herabgestuft, dass das Änderungsangebot gar „beleidigenden“ Charakter annähme, soll der Arbeitgeber sogleich eine Beendigungskündigung aussprechen dürfen⁴⁵.

Das aber ist ein Rückfall in den eben überwundenen Paternalismus: Warum darf der Arbeitnehmer nicht selbst entscheiden, ob ihn ein Tätigkeitsangebot beleidigt? Intellektuell liegt dies auf derselben (abwegigen) Linie, mit der man früher versucht hat, Altersgrenzen zu rechtfertigen: um dem alten Arbeitnehmer die Demütigung einer personenbedingten Kündigung wegen nachlassender Leistungsfähigkeit zu ersparen⁴⁶. Also: wenn schon, denn schon!

Der Beleidigungscharakter des Änderungsangebotes ist zudem ein äußerst unscharfes Kriterium: Unter welchen Voraussetzungen der Senat eine solche „beleidigende“ Änderung annehmen will, bleibt im Dunkeln. Das vom BAG bemühte Beispiel der Abstufung des Personalchefs zum Pförtner zeigt nur, dass sich bestenfalls Extremfälle rechtssicher einordnen lassen⁴⁷.

Diese Grauzone wird durch das Urteil vom 21. 9. 2006 etwas aufgehellt: Der Arbeitgeber dürfe von einer Änderungskündigung absehen, wenn der Arbeitnehmer

„so weit in der Personalhierarchie zurückgestuft würde, dass viele seiner bisher Untergebenen ihm nunmehr Weisungen erteilen könnten und deshalb erhebliche Konflikte zu erwarten sind.“⁴⁸

Freilich: aus der Perspektive des Arbeitnehmers ist es wiederum seine Sache, das Ausmaß der Zumutungen selbst zu bestimmen. Er kann entscheiden, ob er diesen Abstieg erproben möchte – falls der Arbeitnehmer sich irrt und die Belastung nicht erträgt, steht ihm doch jederzeit die Eigenkündigung offen. Der objektive Vergleich zwischen einem „schlechten“ Arbeitsplatz und (drohender) Arbeitslosigkeit ist auch in krassen Fällen zum Scheitern verurteilt.

Diese Inkonsequenz des BAG⁴⁹ löst sich freilich auf, wenn man erkennt, dass es insoweit um das Interesse des Arbeitgebers an einem ungestörten Betriebsablauf geht. „Erhebliche Konflikte“ im Betrieb zu vermeiden, ist sein ureigenstes Interesse. Das aus der Abstufung resultierende Konfliktpotential der Vertragsänderung betrifft also die Zumutbarkeit für den Arbeitgeber⁵⁰! Ein Arbeitnehmer, dessen Weiterarbeit nach vertretbarer Prognose des Arbeitgebers betriebliche Konflikte auslöst, ist für die in Betracht gezogene Stelle nicht geeignet.

Also: Der Arbeitnehmer trifft die freie Entscheidung darüber, was er sich selbst zumuten mag. Der Arbeitgeber kann die fehlende Eignung als Korrektiv einwenden, um die „grenzenlose“ Wahlfreiheit des Arbeitnehmers praktikabel zu machen⁵¹.

2. „Zumutbarkeit“ aus Sicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann also nicht etwa gezwungen sein, sein Unternehmen auf jegliche freien Arbeitsplätze hin zu „durchkämmen“⁵², sondern muss sich auf solche Stellen beschränken

dürfen, auf denen er den Arbeitnehmer sinnvoll einsetzen kann.

Damit ist zunächst das Anforderungsprofil der freien Stelle angesprochen – besteht auch nach i. S. d. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG zumutbarer⁵³ Einarbeitungszeit keine Aussicht, dass der Arbeitnehmer die neue Tätigkeit sachgerecht ausüben könnte, ist die Änderungskündigung nicht geboten⁵⁴. In der Entscheidung vom 24. 6. 2004 hat der Senat sich klar hierzu bekannt: Der Arbeitgeber ist weithin frei darin, das Anforderungsprofil (also: die Soll-Eigenschaften eines Arbeitnehmers für eine bestimmte Stelle) festzulegen; die Qualifikationsmerkmale müssen nur einen nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten haben⁵⁵.

Freilich darf der Blick nicht nur auf die Qualifikation des Arbeitnehmers gerichtet werden: Ebenso wichtig ist, dass er auf der neuen Stelle wieder in den Arbeitsprozess integriert werden kann. Daran fehlt es regelmäßig, wenn der ehemalige Vorgesetzte nunmehr zum Untergebenen wird – insoweit trifft das BAG das richtige Ergebnis. Hier liegt auch der Grund, aus dem der Arbeitgeber davon absehen kann, seinem Personalchef die Pförtnerstelle anzubieten. Zwar ist es durchaus denkbar, dass sich der Arbeitnehmer seiner neuen Stelle mit dem nötigen Engagement widmet – Erfahrungen der Praxis aber zeigen, dass dies die absolute Ausnahme wäre. Auf diese Ausnahme zu hoffen und die Vertragsänderung anzubieten, kann von dem Arbeitgeber nicht verlangt werden.

Ordnet man den vom BAG betonten „Extremfall“ also richtig ein, entfällt auch die Notwendigkeit, aus Indizien auf die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers zu schließen, wie es der Zweite Senat im Urteil vom 21. 9. 2006 getan hat: Dass sich der Arbeitnehmer erst längere Zeit nach Ausspruch der Beendigungskündigung auf eine freie, in der Betriebshierarchie weit entfernte Stelle berufen hat, spreche dafür, dass er ein entsprechendes Änderungsangebot auch nicht unter Vorbehalt angenommen hätte⁵⁶. Das rückt bedenklich nah an die hypothetische Prüfung, ob der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung einer Vertragsänderung zugestimmt hätte, die der Senat soeben erst ins Reich der Spekulation verwiesen hatte⁵⁷ – und

45 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 und 244/04 (Fn. 8).

46 BAG 25. 3. 1971 – 2 AZR 185/70, EzA § 620 BGB Nr. 15 = AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952 = SAE 1972, 132 mit Anm. Richardi unter III.2. d) der Gründe.

47 Selbst hier zweifelt Buchner, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 244/04, EzA § 2 KSchG Nr. 52; Konsequenz ist dann freilich, dass ausnahmslos jede Stelle angeboten werden muss.

48 BAG 21. 9. 2006 – 2 AZR 607/05 (Fn. 8).

49 Annuß/Bartz, BB 2006, 2153, 2155.

50 In diese Richtung auch Edenfeld, RdA 2006, 177, 178 f. und v. Hoyningen-Huene/Linck/Linck, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 2 Rn. 84 ff.

51 Dazu Bauer/Winzer, BB 2006, 266, 268.

52 Vgl. KR/Rost, 8. Aufl. 2007, § 2 KSchG, Rn. 18b, freilich noch mit Blick auf das früher maßgebliche Korrektiv der Zumutbarkeit aus Sicht des Arbeitnehmers.

53 Dazu Ascheid/Preis/Schmidt/Dörner, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 107.

54 Vgl. BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 (Fn. 8); ebenso Wank, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04, AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969.

55 BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 326/03, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132 = AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2004, 1268.

56 BAG 21. 9. 2006 – 2 AZR 607/05 (Fn. 8).

57 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04 (Fn. 8) unter B.II.4.c)gg) der Gründe.

darf insoweit als Schritt zurück bezeichnet werden. Anstatt also richtigerweise nach der Zumutbarkeit aus der Perspektive des Arbeitgebers zu fragen, ermutigt der Zweite Senat die Arbeitnehmer, sich zeitnah auf jegliche freien Stellen zu berufen⁵⁸ – gleichviel, ob sie einer entsprechenden Vertragsänderung (unter Vorbehalt) zugestimmt hätten.

Ergänzt man diese Erwägungen um den selbstverständlichen Grundsatz, dass der Arbeitnehmer keine Beförderung qua Kündigungsschutz verlangen kann⁵⁹, so werden die entscheidenden Leitlinien deutlich:

Anbieten muss der Arbeitgeber eine freie Stelle – die keine Beförderungsstelle ist – jedenfalls ohne Rücksicht darauf, ob er sie für angemessen oder sonst zumutbar für den Arbeitnehmer hält. Kann der Arbeitnehmer auf dem anderen Arbeitsplatz mit Blick auf Qualifikation oder Konfliktpotential nicht sinnvoll eingesetzt werden, ist die Beendigungskündigung zulässig.

Bei der Kontrolle der damit vom Arbeitgeber verlangten Prognoseentscheidung ist ein großzügiger Maßstab anzulegen⁶⁰ – weil Arbeitsrichter keinen Betrieb führen können und personalwirtschaftliche Wertungen rechtlich nur eingeschränkt überprüfbar sind. Dem unbegrenzten Zumutbarkeitsentscheidungsspielraum des Arbeitnehmers steht also ein begrenzter Eignungswertungsspielraum des Arbeitgebers gegenüber. Mehr als eine Plausibilitätskontrolle können Gerichte nicht leisten.

IV. Auswahlprobleme

Mit diesen Vorgaben lässt sich der „Vorrang“ der Änderungskündigung sinnvoll handhaben – freilich nur in der vergleichsweise unproblematischen Konstellation⁶¹, dass nur eine einzige freie Stelle in Betracht zu ziehen ist. Gerade in größeren Unternehmen dürfte das in der Praxis die Ausnahme sein. Hier stellt sich die Frage nach der richtigen Auswahl der anzubietenden Arbeitsplätze – in zwei Formen: Einmal geht es um die Frage, wie für einen kündigungsbedrohten Arbeitnehmer einer von mehreren freien Arbeitsplätzen ausgewählt wird. Zum anderen stellt sich die spannende Frage nach der Verteilung eines freien Arbeitsplatzes unter mehreren kündigungsbedrohten Arbeitnehmern.

1. Weiterbeschäftigungsauswahl für den betroffenen Arbeitnehmer

a) Inkompatibilität von Beendigungs- und Änderungskündigungsschutz

Der Vorrang der Änderungskündigung – als Element des Beendigungskündigungsschutzes – führt zwangsläufig zum Änderungskündigungsschutz des § 2 KSchG. Damit werden zwei letztlich inkompatible Schutzkonzepte vermengt: Der Beendigungskündigungsschutz zielt auf Arbeitsplatzverlust, auch um den Preis verschlechterter Arbeitsbedingungen. Bei der Änderungskündigung steht dagegen der Erhalt der bestehenden Arbeitsbedingungen, mithin der Vertragsinhaltschutz, im Vordergrund.

Beim Beendigungskündigungsschutz entscheidet der Arbeitnehmer allein über die Zumutbarkeit der Vertragsänderung; beim Änderungskündigungsschutz kontrollieren dies Gerichte. Deswegen ist die Frage aufgeworfen, inwieweit § 2 KSchG auch vor der Änderungskündigung „neuer Art“ schützt, dieser „uneigentlichen“⁶² oder defensiven⁶³ Änderungskündigung:

Die Weiterbeschäftigungspflicht des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG drängt den Arbeitgeber, jede freie Stelle anzubieten, auf der der Arbeitnehmer sinnvoll eingesetzt werden kann – woraufhin Letzterer darüber zu befinden hat, ob er die Änderung seiner Arbeitsbedingungen noch hinnehmen will. Dagegen verpflichtet – nach Ansicht des BAG – der auch bei Änderungskündigungen zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Arbeitgeber, dem bedingt gekündigten Arbeitnehmer gerade die Stelle anzubieten, die seinen bisherigen Arbeitsbedingungen am nächsten kommt. Der Zweite Senat verlangt von dem Arbeitgeber, „alles Zumutbare“ zu unternehmen, um die erforderlichen Anpassungen auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken. Soweit Tätigkeit und Vergütung geändert werden sollen, seien diese beiden Elemente des Änderungsangebots grundsätzlich gesondert am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen⁶⁴.

Diese Anforderungen an den Arbeitgeber sind in sich widersprüchlich: Er soll auch „objektiv unzumutbare“ Arbeitsplätze anbieten müssen, obschon die gerichtliche Kontrolle im Rahmen des § 2 KSchG ohnehin nur die „bessere“, „objektiv zumutbare“ Stelle betrifft⁶⁵.

b) Konsequenz: Stellenauswahlrecht des Arbeitnehmers...

Denkt man den neuen, subjektiven Ansatz des BAG folgerichtig weiter, kann der Arbeitgeber seinen Pflichten aus dem Änderungsschutz ohnehin nicht mehr nachkommen: Wie sollte er den Abstand zwischen bisheriger Tätigkeit und mehreren in Betracht kommenden künftigen bemessen, um dann die „beste“ Stelle – also diejenige mit dem geringsten Abstieg – auszuwählen und dem Arbeitnehmer ein entsprechendes Vertragsangebot zu unterbreiten?

Nach der beruflichen Nähe zum bisherigen Tätigkeitsbild (Assistenzarzt oder Pfleger für einen Oberarzt), nach der Ver-

58 Von Steinau-Steinrück, NJW Spezial 2007, 273, 273.

59 BAG 18. 10. 2000 – 2 AZR 465/99, EzA § 14 KSchG Nr. 5 = AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969 mit Anm. Bengelsdorf = NZA 2001, 437 (unter II.1.c[bb] der Gründe) und 21. 9. 2000 – 2 AZR 385/99, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 107 = AP Nr. 111 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = SAE 2001, 253 mit Anm. Joussea.

60 Ähnlich Bauer/Winzer, BB 2006, 266, 268.

61 Wank, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04, AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969 spricht von einem „idyllischen“ Fall.

62 Wank, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04, AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969.

63 Berkowsky, Die Änderungskündigung, 2004, S. 12.

64 BAG 29. 3. 2007 – 2 AZR 31/06, NZA 2007, 855 = DB 2007, 1762 (LS) = NJW 2007, 2942 (LS); anders Annuß, NJW 2005, 443, 444: § 2 KSchG rechtfertigt keine inhaltliche Kontrolle des vom Arbeitgeber unterbreiteten Vertragsangebots.

65 Wank, Anm. zu BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04, AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969.

gütung (Hausmeister besser als Pförtner) oder nach vergleichbarer Arbeitszeitlege (wegen familiärer Pflichten des Arbeitnehmers)? Auch diese Entscheidung kann objektiv nicht getroffen werden.

Wer konsequent auf die Privatautonomie des Arbeitnehmers und sein Zumutbarkeitsurteil setzt, muss den Arbeitgeber für verpflichtet halten, dem Arbeitnehmer alle freien Stellen anzubieten, weil nur der Arbeitnehmer entscheiden kann, welche die „ihm am ehesten zumutbare“ ist – freilich wiederum beschränkt durch das Eignungsurteil des Arbeitgebers. Diese Konsequenz erstaunt: Die Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers – in Verbindung mit dem Vertragsinhaltschutz des § 2 KSchG und dem Zumutbarkeitseinschätzungsrecht des Arbeitnehmers – eröffnet diesem das Stellenauswahlrecht.

Notwendige Kehrseite dieses Wahlrechts muss dann freilich sein, dass eine nachträgliche Änderungsschutzklage als unzulässig abzuweisen wäre. Wer selbst zwischen allen freien Stellen wählen durfte, verdient keinen Rechtsschutz mehr, wenn er es sich später anders überlegt und seine Entscheidung bereut.

c) ...oder Auswahl des Arbeitgebers und Änderungsschutz?

Entscheidet man anders und eröffnet dem Arbeitgeber das Auswahlrecht entsprechend seiner Personalhoheit, so sind die Konsequenzen erheblich: Lehnt der Arbeitnehmer das vom Arbeitgeber eröffnete Angebot ab, kann er sich gegen die Beendigungskündigung nicht mehr mit dem Hinweis auf andere freie Stellen verteidigen, die zwar objektiv „schlechter“, nach seiner subjektiven Einschätzung aber gleichwohl zumutbar gewesen wären. Ein gekündigter Arbeitnehmer verhielte sich widersprüchlich, wenn er dem Arbeitgeber vorwirft, dieser habe ihm pflichtgemäß (!) nur diejenige Stelle angeboten, die seinen bisherigen Arbeitsbedingungen noch am nächsten kommt, und andere Angebote unterlassen.

Entsprechendes muss dann auch gelten, wenn der Arbeitgeber gegen seine Pflicht zum „besten“ Stellenangebot verstoßen hat. Erweitert man mit dem BAG den Prüfungsumfang der Änderungsschutzklage auf den (objektiven) Vergleich verschiedener offener Stellen, muss der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt annehmen, vorläufig auf der falschen Stelle arbeiten und die soziale Rechtfertigung der Vertragsänderung gerichtlich überprüfen lassen.

Solange der „gefahrlose“ aber lästige Weg der Vorbehaltannahme offen steht, muss also die Weiterbeschäftigungspflicht des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b), Satz 3 KSchG entfallen, wenn ein Änderungsangebot abgelehnt wird. Über den „Vorrang“ der Änderungs- vor der Beendigungskündigung strahlt der Änderungsschutz auf den Beendigungsschutz aus und verengt die umfassende Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers auf die „richtige“ Stelle. Die Frage, ob der Arbeitgeber diese Stelle zutreffend ermittelt hat, kann nur Gegenstand eines Änderungs- schutzverfahrens, nicht aber eines Kündigungsschutzver-

fahrens sein. Im Ergebnis hat der Arbeitgeber also nicht etwa jegliche freie Arbeitsplätze anzubieten, auf denen der Arbeitnehmer noch eingesetzt werden könnte, sondern allein die Stelle, die – aus seiner Sicht – den bisherigen Arbeitsbedingungen noch am nächsten kommt.

2. Weiterbeschäftigungskonkurrenz mehrerer Arbeitnehmer

Zum Problem wird die Änderungskündigung in der Praxis vor allem bei größeren Umstrukturierungsmaßnahmen, die notwendig zur Konkurrenz verschiedener Arbeitnehmer um unterschiedliche freie Stellen führen.

a) Auswahlmodus

Auch hier „beißen“ sich unterschiedliche Auswahlkonzepte. Schon für die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Änderungskündigung zieht das BAG einen anderen Auswahlmaßstab heran:

„Anders als bei einer Beendigungskündigung ist bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung die Sozialauswahl jedoch nicht an der Prüfung auszurichten, welcher von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern durch den Verlust des Arbeitsplatzes am wenigsten hart getroffen wird. Da bei der ordentlichen Änderungskündigung unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer sie unter Vorbehalt angenommen hat oder nicht, die soziale Rechtfertigung des Änderungsangebotes im Vordergrund steht, ist bei der sozialen Auswahl primär darauf abzustellen, wie sich die vorgeschlagene Vertragsänderung auf den sozialen Status vergleichbarer Arbeitnehmer auswirkt. Es ist vor allem zu prüfen, ob der Arbeitgeber, statt die Arbeitsbedingungen des gekündigten Arbeitnehmers zu ändern, diese Änderung einem anderen vergleichbaren Arbeitnehmer hätte anbieten können, dem sie in sozialer Hinsicht eher zumutbar gewesen wäre. Hinzu kommt, dass für die in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer bei der Änderungskündigung ein anderer Maßstab gilt als bei der Beendigungskündigung. Bei einer Beendigungskündigung ist die Vergleichbarkeit gegeben, wenn die betreffenden Arbeitnehmer nach ihren bisherigen Tätigkeiten miteinander verglichen werden können und damit gegeneinander austauschbar sind. Bei der Änderungskündigung kommt hinzu, dass diese Arbeitnehmer auch für die Tätigkeit, die Gegenstand des Änderungsangebotes ist, wenigstens annähernd gleich geeignet sind. Die Austauschbarkeit muss sich also auch auf den mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz beziehen.“⁶⁶

Dabei sollen für die Austauschbarkeit u. a. Vorbildung und persönliche Eigenschaften wie Wendigkeit, schnelle Auffassungsgabe, Anpassungsfähigkeit und Gesundheitszustand von Bedeutung sein⁶⁷ – zum Nachteil des tüchtigeren Arbeitnehmers⁶⁸.

Für die betriebsbedingte Beendigungskündigung stellt sich die Frage nach der richtigen Auswahl für Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten dann, wenn in einem anderen Betrieb des Unternehmens noch freie Arbeitsplätze zu besetzen sind. Nach welchen Regeln diese Auswahl zu erfolgen hat, ist unklar: Aus dem Gesetz folgt zunächst nur, dass die Weiterbeschäftigung auf freien Ar-

66 BAG 18. 1. 2007 – 2 AZR 796/05, DB 2007, 2079 = FA 2007, 252 (LS) = ArbBuR 2007, 283 (LS) unter B.I.4.b)aa) der Gründe. Ähnlich schon BAG 13. 6. 1986 – 7 AZR 623/84, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl mit kritischer Anm. Reuter = AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = SAE 1989, 134 mit Anm. Schreiber. Zustimmung Löwisch, NZA 1988, 633, 638.

67 BAG 18. 1. 2007 – 2 AZR 796/05 – (Fn. 66).

68 Kritisch daher Berkowsky, Die Änderungskündigung, 2004, S. 80 ff. m. w. N.

beitsplätzen nichts mit der Sozialauswahl zu tun hat, die den Verdrängungswettbewerb der vergleichbaren Arbeitnehmer auf den besetzten Arbeitsplätzen regelt⁶⁹. Das BAG hatte zunächst nur gemeint, der Arbeitgeber habe gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen zu entscheiden, welchem von mehreren betroffenen Arbeitnehmern eine freie Stelle in einem anderen Betrieb des Unternehmens anzubieten sei, weswegen soziale Kriterien neben anderen Aspekten (insbesondere Leistungsgesichtspunkten) zumindest auch zu berücksichtigen seien⁷⁰. In den letzten Entscheidungen vom 21. 9. 2000 und vom 22. 9. 2005 hat der Senat aber ausdrücklich klargestellt, dass er dazu neige, die Weiterbeschäftigungsauswahl ausschließlich nach sozialen Kriterien zu ordnen – also letztlich eine zweite Sozialauswahl vorzunehmen, weil hierfür „gewichtige Gründe“ sprächen.

Für die Sozialauswahl im Rahmen einer „beendigungskündigungsabwendenden Änderungskündigung“ schließlich ist nun durchweg offen, welche Maßstäbe gelten sollen: die der Änderungskündigung oder die der Beendigungskündigung. Man wird sehen.

b) Rückwirkung auf die Sozialauswahl

Das Ganze schlägt dann womöglich auf die Sozialauswahl „zurück“: Inwieweit kommt es auf die Eignung für die freie Stelle an – mit der möglichen Konsequenz, dass die Beendigungskündigung des sozial Stärksten deshalb scheitern kann, weil zwar nicht für ihn selbst, wohl aber für einen sozial Schwächeren ein geeigneter anderer Arbeitsplatz verfügbar ist. Zudem ist nicht ausgemacht, ob der Senat den Wertigkeitsabstand zwischen bisheriger und angesonnener Tätigkeit in seine Auswahl-erwägungen einbezieht: Vielleicht ist einem Arbeiter der Abstieg zum Pförtner eher zuzumuten, als einem Angestellten. Für die Änderungskündigung hat das BAG durchaus auf den „sozialen Status“ abgestellt.

Es wird aber noch komplizierter: Die Reaktion des in der Auswahl vorrangig zu bedienenden Arbeitnehmers kann auch in der Ablehnung des angebotenen Arbeitsplatzes liegen. Kann der Arbeitgeber dem in der (sozialen) Reihung, also der „Warteschlange zur Weiterbeschäftigung“, am nächsten stehenden Arbeitnehmer überhaupt eine Beendigungskündigung erklären, solange nicht klar ist, ob der vorrangig zu bedienende Arbeitnehmer den angebotenen Arbeitsplatz annimmt? Die Reaktionen der Arbeitnehmer auf die Angebote können das Auswahlverfahren immer wieder neu beeinflussen⁷¹.

Die These des Zweiten Senates, der Vorrang der Änderungskündigung führe nicht zu unzumutbaren Problemen bei einer erforderlichen Sozialauswahl⁷², ist mithin nicht nur inhaltlich kritisch zu sehen⁷³. Bislang handelt es sich um eine bloße Behauptung, für die der Senat eine Begründung nachliefern müsste.

c) Betriebsverfassungsrecht

Berücksichtigt man zudem, dass insoweit auch das Betriebsverfassungsrecht – nicht nur mit Blick auf die Anhörung nach § 102 BetrVG, sondern auch mit Blick auf die bei Änderungs-

kündigung gegebenenfalls bestehenden Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG⁷⁴ – Quelle zahlreicher Fehler sein kann, droht der „Vorrang“ der Änderungskündigung für den Arbeitgeber zu einer unüberwindlichen Hürde zu werden⁷⁵.

Allen voran ist hier das BAG aufgerufen, der Praxis brauchbare Vorgaben zu liefern. Insofern müssen die besprochenen Entscheidungen – obzwar sie begrüßenswerte Ansätze zeigen – leider als Schritt in die falsche Richtung gewertet werden.

V. Konsequenzen

1. Dogmatische Konsequenz: zweigeteilte Änderungskündigung

Mit der Änderungskündigungsobliegenheit des zur Beendigungskündigung entschlossenen Arbeitgebers verschärfen die Entscheidungen nicht nur die Anforderungen an die Beendigungskündigung.

Zugleich wird ein neuer Typus der Änderungskündigung geschaffen: die „beendigungskündigungsabwendende Änderungskündigung“. Sie dient nur der Vermeidung der Beendigungskündigung, weswegen der Änderungskündigungsschutz nicht greifen kann. Nicht das Arbeitsgericht entscheidet, ob die Inhaltsänderung des Arbeitsplatzes zumutbar erscheint, das entscheidet der Arbeitnehmer selbst. Jede Kontrolle der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen als solcher entfällt.

Weil diese Änderungskündigung „einfacher“ ist als die normale, werden schlaue Berater Konzepte entwickeln, die den Änderungskündigungsschutz unterlaufen. Der „Witz“ der Rechtsprechungswende des BAG liegt doch darin, dass die Arbeitnehmer unter Beendigungskündigungsdruck gesetzt werden können, um dann selbst zu entscheiden, welches Ausmaß an Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen sie für sich als zumutbar ansehen.

Letztlich muss nur eine Unternehmerentscheidung geplant werden, die die Arbeitnehmer unter Beendigungsdruck setzt. Die einzige Schwierigkeit besteht darin, dass den Arbeitnehmern nicht ihre bisherigen Arbeitsplätze unter verschlechterten Bedingungen angeboten werden können. Trickreiche Konzepte sind zu erwarten (wir wollen hier keine Anleitung geben). Das wiederum wird einen entsprechenden Rückschlag auf die Missbrauchskontrolle durch die Arbeitsgerichte provozieren – einfacher wird es also nicht werden.

69 Verkannt von BAG 25. 4. 2002 – 2 AZR 260/01, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 121 = AP Nr. 121 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2003, 605 unter B.III.3. der Gründe.

70 BAG 15. 12. 1994 – 2 AZR 320/94, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 76 = AP Nr. 66 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1995, 413; 21. 9. 2000 – 2 AZR 385/99, (Fn. 59) und 22. 9. 2005 – 2 AZR 544/04, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 141 = AP Nr. 59 zu § 15 KSchG 1969 = NZA 2006, 558.

71 Dazu nur *Bauer/Winzer*, BB 2006, 266, 271 f.

72 BAG 21. 4. 2005 – 2 AZR 244/04 – (Fn. 8) unter II.4.c)ff) der Gründe.

73 *Edenfeld*, RdA 2006, 177, 179 f.

74 Dazu *Lelley/Sabin*, DB 2006, 1110, 1112 f.

75 *Bauer/Winzer*, BB 2006, 266, 272 sprechen von einem „Bürokratiemonster“.

2. Praktische Konsequenz: Obliegenheit zum Beschäftigungsmanagement

Was der Senat individualrechtlich für die Beendigungskündigung fordert, betreiben verantwortungsvolle Großunternehmen längst: systematisches Beschäftigungsmanagement. Offene Stellen werden unternehmens- oder konzernweit ausgeschrieben. Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz in absehbarer Zeit wegfallen wird oder könnte, werden zu Personalentwicklungsgesprächen gebeten, um ihren Einsatz an anderer Stelle im Unternehmen oder Konzern zu besprechen – einschließlich etwaiger Qualifizierungsmaßnahmen.

Eben dies – ein systematisches Beschäftigungsmanagement – verlangt das BAG nun von jedem Arbeitgeber. Ob kleine und mittlere Unternehmen dies leisten können, scheint uns fraglich. Hier droht Überforderung.

Dieses systematische Beschäftigungsmanagement wird freilich eingebettet in die wenig kooperative Form der Änderungskündigung. „Friss oder stirb“ (neudeutsch: „fresse oder sterbe“) lautet das vom BAG geforderte Arbeitgeberangebot. Indem vorherige Gespräche mit dem Arbeitnehmer entwertet werden und der Arbeitgeber gehalten ist, sein Beschäftigungsmanagement in die Förmlichkeit einer Änderungskündigung zu kleiden, werden die Arbeitsbeziehungen belastet. Ob so noch vernünftige und einvernehmliche Lösungen zu erreichen sind, bleibt abzuwarten. Für den Arbeitnehmer jedenfalls wird ein Anreiz gesetzt, in Gesprächen „Nein“ zu sagen, weil erst die Änderungskündigung den letztmöglichen Zeitpunkt für kooperatives Verhalten setzt.

3. Faktische Konsequenz: Flucht aus dem Kündigungsschutzrecht

Wer soll das noch alles richtig machen? Während der Senat bei der Sozialauswahl durch verstärkte Betonung des „ausreichend“ und durch die Abkehr von der Dominotheorie die Rechtslasten des Kündigungsschutzes auch für kleine und mittlere Unternehmen ohne eigene Arbeitsrechtsabteilung handhabbarer gemacht hat, droht die bürokratische Komplexität über den Vorrang der Änderungskündigung mit allen Folgeproblemen erneut anzuschwellen. Die Antwort der Praxis: Festanstellung nur noch für die Kernbelegschaft. Segmentielle Randbelegschaften werden durch Leiharbeit und Fremdvergabe, womöglich auch durch eigene (vermögenslose) Vertragsarbeitgeber im Konzern (künftig billiger nach dem MoMiG) abgedeckt. Das senkt die Kündigungsschutzlasten und entbindet von der Beachtung einer doch sehr komplexen Rechtsprechung des BAG.

chen System, das mit unterschiedlichen und inkompatiblen Schutz- und Auswahlkonzepten operiert.

Besonders größere Umstrukturierungen werden hierdurch mit Rechtsunsicherheit belastet, die letztlich der Zweite Senat aufarbeiten muss – sobald die Arbeitsgerichte über die ersten Änderungs- und Beendigungskündigungen zu entscheiden haben, die sich an den undurchsichtigen neuen Vorgaben des BAG orientieren.

VI. Bedeutung für die Praxis

Die besprochenen Entscheidungen verschärfen den Beendigungskündigungsschutz deutlich und werden in der Praxis erhebliche Probleme aufwerfen. Richtige Ansätze verlieren sich in einem komplizierten und in Teilen widersprüchli-