

Aktenzeichen: 2 AZR 132/04
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 21. April 2005
- 2 AZR 132/04 -

I. Arbeitsgericht
Siegburg

Urteil vom 25. Februar 2003
- 5 Ca 2499/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 20. November 2003
- 6 Sa 645/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Änderungskündigung

Gesetz:

KSchG § 2

Leitsätze:

Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anzubieten. Das Angebot kann lediglich in Extremfällen (zB offensichtlich völlig unterwertige Beschäftigung) unterbleiben. Der Arbeitgeber kann Angebot und Kündigung miteinander verbinden, indem er ohne vorherige Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer sofort eine Änderungskündigung ausspricht.

Macht der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung dem Arbeitnehmer das Angebot, den Vertrag der noch bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzupassen, und lehnt der Arbeitnehmer dieses Angebot ab, so ist der Arbeitgeber regelmäßig nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet, trotzdem eine Änderungskündigung auszusprechen. Eine Beendigungskündigung ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen im Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht, auch nicht unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung annehmen.

Spricht der Arbeitgeber ohne vorheriges oder gleichzeitiges Angebot der geänderten Arbeitsbedingungen sofort eine Beendigungskündigung aus, so ist diese Kündigung regelmäßig sozialwidrig. Es unterliegt Bedenken,

in derartigen Fällen fiktiv zu prüfen, ob der Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen bei einem entsprechenden Angebot vor oder mit Ausspruch der Kündigung zumindest unter Vorbehalt angenommen hätte (gegen BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26).

Hinweise des Senats:

vgl. BAG 21. April 2005 - 2 AZR 244/04 -

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 132/04
6 Sa 645/03
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. April 2005

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Dr. h.c. Walter für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 20. November 2003 - 6 Sa 645/03 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung.

Der 1949 geborene, ledige Kläger ist seit 1974 bei der Beklagten tätig, zuletzt seit 1989 als Leiter der EDV. 1991 wurde der Kläger zum Hauptabteilungsleiter ernannt und erhielt Gesamtprokura. Sein Jahresverdienst betrug zuletzt 138.681,89 Euro brutto.

Die Beklagte stellt Farben vor allem für die Druckindustrie her und beschäftigt regelmäßig mehr als fünf Arbeitnehmer. Dem Geschäftsführer der Beklagten unterstanden im Bereich Finanzen, Informationsverarbeitung und Personal die drei Hauptabteilungen Controlling, Personal und Informationsverarbeitung. Die Hauptabteilung Informationsverarbeitung leitete der Kläger.

Im Rahmen einer Neustrukturierung der kaufmännischen Bereiche des Unternehmens unterhalb der Geschäftsführerebene bzw. nach Änderung der Rechtsform der Vorstandsebene bildete die Beklagte im Jahre 2001 sogenannte Bereiche. Der Bereich „Informationstechnologie und Organisation“ wurde zunächst von dem Mitarbeiter R als Bereichsleiter, später von dem Mitarbeiter P geführt. Diesem sollte der Kläger ausweislich des Organigramms vom April 2001 mit der Hauptabteilung „Anwendungen“ unterstellt sein.

Auf Grund weiterer Strukturmaßnahmen im März 2002 wurde die Hierarchieebene „Bereichsleiter Informationstechnologie und Organisation“ in „Hauptabteilungsleiter Informationstechnologie/Organisation“ umbenannt, wobei die Stelle mit Herrn P besetzt blieb. Gleichzeitig wurde die frühere Hauptabteilungsebene, der der Kläger angehörte, abgeschafft. Die vom Kläger wahrgenommenen Tätigkeiten werden nun

vom Hauptabteilungsleiter „Informationstechnologie/Organisation“ selbst und auf der Mitarbeiterenebene mit erledigt.

Mit Schreiben vom 21. März 2002 bot die Beklagte dem Kläger eine Beschäftigung als „Prozesskoordinator Umwelt/Technik“ an und übersandte einen entsprechenden AT-Anstellungsvertrag. Dieser sah ein jährliches Entgelt iHv. 68.900,00 Euro (13 x 5.300,00 Euro) vor.

In einem Gespräch am 13. Mai 2002 lehnte der Kläger das Änderungsangebot wegen der damit verbundenen Gehaltsminderung ab. Nach seinen Äußerungen wäre er mit einer Reduzierung des Jahresgehalts auf etwa 100.000,00 Euro plus Dienstwagen einverstanden gewesen.

Noch mit Schreiben vom 13. Mai 2002 hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat zu einer Beendigungskündigung an. Diese begründete sie damit, die Funktion des Klägers sei nunmehr endgültig entfallen und der Kläger habe das Angebot, in Zukunft in der Funktion Prozesskoordinator Umwelt/Technik tätig zu werden, mit Rücksicht auf die damit verbundene Gehaltsminderung abgelehnt.

Am 21. Mai 2002 widersprach der Betriebsrat der Kündigung und machte geltend, eine Weiterbeschäftigung des Klägers unter geänderten Vertragsbedingungen sei möglich, da der Kläger insoweit sein Einverständnis erklärt habe.

Mit Schreiben vom 22. Mai 2002, dem Kläger am selben Tag persönlich übergeben, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgemäß aus betrieblichen Gründen zum 31. Dezember 2002.

Mit der am 5. Juni 2002 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen diese Kündigung gewandt. Er hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Seine bisherigen Aufgaben seien nicht entfallen. Bei der mit Herrn P besetzten Stelle habe es sich um seine frühere Stelle gehandelt. Letztlich habe nur ein Austausch der Stelleninhaber stattgefunden, die er nicht hinzunehmen brauche. Das Stellenprofil für Herrn P sei erst im Nachhinein für den Kündigungsschutzprozess erstellt worden. Bezeichnend sei, dass der Zeuge L, der ehemalige Geschäftsführer und sein damaliger Vorgesetzter, ihn am 15. September 2000 zu einem Gespräch gebeten und ihn dabei über die Einstellung des Vorgängers von Herrn P, des Herrn R, mit den Worten informiert habe: „Wir haben jemanden zum 1. Oktober 2000 eingestellt, der ihren Job übernimmt.“ Im Übrigen habe die Beklagte den Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung nicht beachtet.

Eine Änderung der Arbeitsbedingungen habe er nicht gänzlich abgelehnt. Er habe lediglich das konkrete Angebot der Beklagten abgelehnt und neue Vorschläge gemacht, auf deren Diskussion sich die Beklagte nicht eingelassen habe.

Der Kläger hat - soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse - beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 22. Mai 2002 nicht zum 31. Dezember 2002 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei betriebsbedingt gerechtfertigt. Durch die umfassende Strukturänderung und die Neuorganisation des Overhead-Bereichs sei der Arbeitsplatz des Klägers ersatzlos weggefallen. Die neu geschaffene Position des Leiters der Abteilung Informationstechnologie/Organisation sei nicht mit der des Klägers vergleichbar. Für die dem jetzigen Stelleninhaber zusätzlich zugeschriebenen Aufgaben habe der Kläger keine Erfahrungen und es fehle ihm insoweit die Qualifikation. Eine Änderungskündigung sei nicht erforderlich gewesen. Sie habe dem Kläger ein konkretes Änderungsangebot gemacht, das der Kläger abgelehnt habe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision. Inzwischen hat die Beklagte dem Kläger am 19. Dezember 2003 eine Änderungskündigung zum 31. Juli 2004 ausgesprochen. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt mit Schreiben vom 8. Januar 2004 an. Diese Kündigung ist Gegenstand eines weiteren Verfahrens vor dem Arbeitsgericht.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung vom 22. Mai 2002 ist wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtsunwirksam.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei sozial ungerichtlich; sie sei nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten entgegenstünden. Die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung ergebe sich bereits daraus, dass der Kläger nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb hätte weiterbeschäftigt werden können. Nach der bisherigen Rechtsprechung könne der Arbeitgeber zwar eine Beendigungskündigung aussprechen, wenn er dem Arbeitnehmer bereits vor der Kündigung eindeutig ein Änderungsangebot mit einwöchiger Überlegungsfrist unterbreitet und klargestellt habe, dass im Falle der Ablehnung eine Kündigung beabsichtigt sei, und der Arbeitnehmer dieses Änderungsangebot vorbehaltlos und endgültig ablehne. Diese im Wege der Rechtsfortbildung geschaffenen Regeln zur sogenannten Verhandlungslösung vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung seien jedoch als nicht unbedenklich anzusehen. Mit der Überlegungsfrist von einer Woche seien die Rechte des Arbeitnehmers aus § 2 KSchG verkürzt. Das Verfahren, das durch § 2 KSchG vorgegeben sei, gewähre mehr Rechtssicherheit. Auch von diesen Bedenken abgesehen sei keine wirksame Kündigung ausgesprochen worden. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Kläger das Änderungsangebot vorbehaltlos und endgültig iSd. § 2 KSchG abgelehnt habe. Der Kläger habe sich nicht grundsätzlich jedweder Änderung seiner Vertragsbedingungen widersetzt, sondern nur das konkrete Angebot als unzumutbar angesehen. Deshalb sei die Beklagte verpflichtet gewesen, eine Änderungskündigung an Stelle der Beendigungskündigung auszusprechen, damit die Frage der sozialen Rechtfertigung der geänderten Bedingungen in einem Verfahren nach § 2 KSchG hätte überprüft werden können.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch in weiten Teilen der Begründung. Die Revision rügt ohne Erfolg eine Verletzung von § 1 Abs. 2, § 2 KSchG. Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, weil sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen, bedingt ist. Die Beendigungskündigung ist unverhältnismäßig, weil der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb der Beklagten hätte weiterbeschäftigt werden können. Deshalb war die Beklagte verpflichtet, eine entsprechende Änderungskündigung auszusprechen.

I. Ohne Erfolg rügt die Beklagte erstmals in der Revisionsinstanz, in der Kündigung vom 22. Mai 2002 sei eine Änderungskündigung und keine Beendigungskündigung zu sehen. Zu Recht ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, bei der

Kündigung vom 22. Mai 2002 handele es sich um eine Beendigungskündigung und nicht um eine Änderungskündigung.

1. Nach der Legaldefinition in § 2 Satz 1 KSchG liegt eine Änderungskündigung vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und im Zusammenhang mit der Kündigung dessen Fortsetzung zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet. Die Änderungskündigung ist daher ein aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Zur Kündigungserklärung muss als zweites Element ein bestimmtes bzw. bestimmbares, somit den Voraussetzungen des § 145 BGB entsprechendes Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen hinzukommen (*BAG 17. Mai 2001 - 2 AZR 460/00 - EzA BGB § 620 Kündigung Nr. 3; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 8; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 16*). Eine unbedingte Kündigungserklärung ohne gleichzeitiges oder vorausgegangenes Änderungsangebot, auf das in der Kündigung Bezug genommen wird, ist nicht als Änderungskündigung, sondern als Beendigungskündigung zu werten (*BAG 17. Mai 2001 - 2 AZR 460/00 - EzA BGB § 620 Kündigung Nr. 3; ErfK/Ascheid 5. Aufl. § 2 KSchG Rn. 10; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1258*). Das Änderungsangebot kann zwar bereits vor Ausspruch der Kündigung abgegeben werden. In diesem Fall muss der Arbeitgeber aber beim späteren Ausspruch der Kündigung klarstellen, dass er das Änderungsangebot trotz der gescheiterten Vertragsverhandlungen aufrechterhält (*KR-Rost aaO § 2 KSchG Rn. 18; ErfK/Ascheid aaO § 2 KSchG Rn. 10; KPK-Bengelsdorff 3. Aufl. § 2 Rn. 17*).

2. Ob eine Änderungskündigung oder eine Beendigungskündigung gewollt und erklärt wurde, ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Da es sich bei der Kündigung vom 22. Mai 2002 um eine nichttypische Willenserklärung handelt, obliegt deren Auslegung vorrangig den Tatsachengerichten. Weder das Landesarbeitsgericht noch das Arbeitsgericht haben die Kündigung vom 22. Mai 2002 im Einzelnen ausgelegt, sondern sind davon ausgegangen, dass eine Beendigungskündigung vorliegt. Der Senat kann aber die gebotene Auslegung selbst vornehmen, weil das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen getroffen hat. Es ist nicht ersichtlich, dass weitere Feststellungen in Betracht kommen. Die Auslegung betrifft nur einen der rechtlichen Gesichtspunkte, unter denen das Revisionsgericht das Berufungsurteil im Rahmen der von den Parteien gestellten Anträge nachzuprüfen hat (*vgl. dazu BAG 28. Februar 1991 - 8 AZR 89/90 - BAGE 67, 279, 282 f. mwN*).

3. Die Auslegung der Kündigung vom 22. Mai 2002 ergibt, dass die Beklagte eine Beendigungskündigung ausgesprochen hat. In dem Kündigungsschreiben vom 22. Mai 2002 kommt nicht zum Ausdruck, dass die Beklagte das Änderungsangebot vom 21. März 2002 aufrechterhält. Vielmehr spricht sie die Kündigung zum 31. Dezember 2002 aus und stellt den Kläger bis zu seinem Ausscheiden frei. Ein Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter geänderten Bedingungen wird hieraus nicht erkennbar, abgesehen davon, dass insoweit auch die Schriftform des § 623 BGB nicht erfüllt ist. Auch aus dem dem Kündigungsschreiben vom 22. Mai 2002 beigefügten Schreiben ergibt sich eindeutig, dass der Kläger die Kündigung nur als eine Beendigungskündigung verstehen konnte. In diesem heißt es: „Da Sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen abgelehnt haben, erfolgt die Kündigung aus betrieblichen Gründen ...“. Danach folgen Ausführungen über die Modalitäten des Ausscheidens des Klägers. Die Beklagte hat das Angebot der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerade nicht aufrechterhalten, vielmehr wegen der Ablehnung durch den Kläger eine Beendigungskündigung ausgesprochen. Soweit die Revision vorträgt, die Beklagte habe ihr Änderungsangebot im Gütetermin dieses Prozesses am 18. Juni 2002 erneuert, war dies als ein nach Zugang der Kündigungserklärung unterbreitetes Änderungsangebot bei der Auslegung nicht zu berücksichtigen.

4. Selbst wenn man den Vortrag der Revision - bei der Kündigung vom 22. Mai 2002 handele es sich um eine Änderungskündigung - unterstellte, wäre diese mangels wirksamer Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG unwirksam. Im Anhörungsschreiben vom 13. Mai 2002 hat die Beklagte den Betriebsrat ausdrücklich nur zu einer Beendigungskündigung angehört.

II. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unwirksam, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beendigungskündigung war unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit der Mittel (*BAG 29. November 1990 - 2 AZR 282/90 - RzK I 5 a 4; 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26*) nicht als ultima ratio geboten. Da eine anderweitige Beschäftigung zu veränderten Arbeitsbedingungen möglich war, musste die Beklagte anstatt der Beendigungskündigung eine entsprechende Änderungskündigung aussprechen. Für eine Beendigungskündigung lag deshalb kein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor.

1. Bei der Frage, ob eine ordentliche Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung

des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, handelt es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (*ständige Senatsrechtsprechung* zB 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; 30. Mai 1985 - 2 AZR 321/84 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 36, zu II der Gründe; 22. Mai 2003 - 2 AZR 326/02 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126, zu B I 1 der Gründe).

2. Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung liegt nur vor, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der bei Ausspruch der Kündigung bestehenden betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art als durch eine Beendigungskündigung zu entsprechen. Das Merkmal der „Dringlichkeit“ der betrieblichen Erfordernisse konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip), aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine beiden Parteien objektiv möglich und zumutbare Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Bedingungen anbieten muss (*ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26*).

3. Die Beklagte ist ihrer entsprechenden Initiativlast insoweit nachgekommen, als sie dem Kläger vor Ausspruch der Kündigung eine Weiterbeschäftigung als „Prozesskoordinator Umwelt/Technik“ angeboten und ihm mit Schreiben vom 21. März 2002 einen entsprechenden AT-Anstellungsvertrag übersandt hat.

4. Die Beklagte war aber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip) verpflichtet, dem Kläger auch nach Ablehnung des Angebots eine Änderungskündigung mit dem Vertragsangebot vom 21. März 2002 auszusprechen.

a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers objektiv möglich war. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten hätte der Kläger als „Prozesskoordinator Umwelt/Technik“ weiterbeschäftigt werden können. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger auf diesem Arbeitsplatz

hätte entsprechend eingearbeitet werden müssen. Selbst die Beklagte ist davon ausgegangen, dass der Kläger in der Lage gewesen wäre, sich in das neue Aufgabengebiet einzuarbeiten.

b) Es muss nicht abschließend entschieden werden, wann eine Änderungskündigung deshalb unterbleiben darf, weil der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen konnte und ein derartiges Angebot im Gegenteil eher beleidigenden Charakter gehabt hätte. Jedenfalls kann es sich insoweit nur um Extremfälle (zB Angebot einer Pförtnerstelle an den bisherigen Personalchef) handeln. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer selbst zu entscheiden, ob er eine Weiterbeschäftigung unter möglicherweise erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen für zumutbar hält oder nicht. So darf etwa das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung, wenn es die einzige Alternative zu einer Beendigungskündigung darstellt, seitens des Arbeitgebers nicht mit der Begründung unterbleiben, mit dem verbleibenden Einkommen könne der Arbeitnehmer seine Familie nicht ernähren; ob die Möglichkeit eines Zuverdienstes besteht oder ob gerade eine Teilzeitbeschäftigung den Interessen des Arbeitnehmers entgegenkommt, kann allein der Arbeitnehmer beurteilen. Soweit der Senat darauf abgestellt hat, die neuen Arbeitsbedingungen müssten so beschaffen sein, dass der Arbeitnehmer sie billigerweise hinnehmen müsse, betont dies lediglich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach der Arbeitgeber unter mehreren Änderungsmöglichkeiten dem Arbeitnehmer diejenige anzubieten hat, die den bisherigen Arbeitsbedingungen am nächsten kommt. Stellt die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die der Arbeitgeber in seinem Betrieb sieht, gegenüber einer Beendigungskündigung die einzige Alternative dar, so hat er sie dem Arbeitnehmer regelmäßig anzubieten, ohne dass es Sache des Arbeitgebers wäre, sich über die Zumutbarkeit der neuen Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer Gedanken zu machen.

Danach hatte die Beklagte dem Kläger die neuen Arbeitsbedingungen durch eine Änderungskündigung anzubieten. Aus ihrer Sicht stellte der neue Arbeitsplatz die einzige Alternative zu einer sonst auszusprechenden Beendigungskündigung dar. Auch wenn die von der Beklagten angestrebte Gehaltsminderung erheblich war, war es Sache des Klägers zu entscheiden, ob er die neuen Arbeitsbedingungen mit oder ohne Vorbehalt annehmen oder ablehnen wollte.

c) Auch die vor Ausspruch der Kündigung erfolgte Ablehnung des Änderungsangebots durch den Kläger entband die Beklagte nicht von ihrer Verpflichtung, dem Klä-

ger die geänderten Arbeitsbedingungen in Form einer Änderungskündigung anzubieten, anstatt sofort eine Beendigungskündigung auszusprechen. Zu Unrecht beruft sich die Revision insoweit darauf, sie sei den Vorgaben der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. September 1984 (- 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26) gefolgt. Die Bedenken des Landesarbeitsgerichts gegen diese Rechtsprechung sind in den entscheidenden Punkten gerechtfertigt. Die Revision berücksichtigt im Übrigen bei ihrer Kritik am Vorgehen des Landesarbeitsgerichts zu wenig, dass der Senat bereits in seinem Urteil vom 7. Dezember 2000 (- 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108) die frühere Rechtsprechung nur noch mit Einschränkungen auf Fälle wie den vorliegenden angewandt hat.

aa) Die in der Entscheidung vom 27. September 1984 (- 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26) aufgestellten Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Notwendigkeit einer Änderungskündigung statt einer Beendigungskündigung sei vom Ergebnis der vom Arbeitgeber einzuleitenden Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer abhängig. Der Arbeitgeber müsse gegenüber dem Arbeitnehmer in einem „klärenden Gespräch“ eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Arbeitsverhältnis beenden werde, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehne, wobei das Änderungsangebot unmissverständlich und vollständig die neuen Vertragsbedingungen enthalten müsse. Ein Änderungsangebot ohne den damit verbundenen Hinweis, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stehe, rechtfertige im Fall der Ablehnung nicht bereits den Ausspruch einer Beendigungskündigung (27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, 39 f.). Der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer eine Überlegungsfrist von einer Woche einräumen. Die Einräumung einer Überlegungsfrist diene dem Schutz des Arbeitnehmers vor übereilten Entscheidungen. Sie sei auf eine Woche zu bemessen, weil der Arbeitnehmer auch bei einer vom Betriebsrat nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG angeregten Änderung der Vertragsbedingungen mit Rücksicht auf die Frist zur Stellungnahme des Betriebsrats nach § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG innerhalb dieser Zeit seine Entscheidung treffen müsse. Nehme der Arbeitnehmer das Angebot unter einem dem § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt an, müsse der Arbeitgeber eine Änderungskündigung erklären.

Der Arbeitgeber könne eine Beendigungskündigung nur aussprechen, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos und endgültig ablehne. Dem Arbeitnehmer sei es dann verwehrt, den Arbeitgeber bei einer daraufhin ausgespro-

chenen Beendigungskündigung auf eine Änderungskündigung mit dem abgelehnten Inhalt zu verweisen (*BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, 38; 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108*).

Für den Fall, dass es der Arbeitgeber unterlasse, dem Arbeitnehmer ein mögliches und zumutbares Angebot vor Kündigungsausspruch zu unterbreiten, sei die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer einem vor der Kündigung gemachten entsprechenden Vorschlag zumindest unter Vorbehalt zugestimmt hätte. Für letzteres trage der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast, während der Arbeitgeber die Unterbreitung eines zumutbaren Angebots unter Einräumung einer Bedenkfrist darlegen und beweisen müsse.

bb) Zunächst ist klarzustellen, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, in jedem Fall mit dem Arbeitnehmer eine einvernehmliche Lösung zu suchen (*so KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18d; APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 146; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010; v. Hoyningen-Huene Anm. zu BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 8*). Bereits in der Entscheidung vom 7. Dezember 2000 (*- 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108, zu B III 5 a der Gründe*) setzt der Senat nicht ein obligatorisches Gespräch vor der Kündigung voraus, sondern formuliert lediglich abgeschwächt: „Macht der Arbeitgeber von der Möglichkeit Gebrauch, dem Arbeitnehmer das Änderungsangebot bereits vor der Kündigung zu unterbreiten, ...“. Es besteht kein Grund, dem Arbeitgeber das Recht zu nehmen, auch ohne vorherige Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer direkt eine Änderungskündigung auszusprechen, indem er Angebot und Kündigung miteinander verbindet (*vgl. KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18d; APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628*).

cc) Es bestehen auch erhebliche Bedenken, dass dem Arbeitnehmer bei einem Änderungsangebot ohne gleichzeitige Kündigung eine Überlegungsfrist von nur einer Woche eingeräumt werden soll, während ihm bei einer Änderungskündigung die in der Regel deutlich längere Frist des § 2 Abs. 2 KSchG zur Verfügung steht (*ArbG Gelsenkirchen 13. November 1998 - 3 Ca 2219/98 - NZA-RR 1999, 134; v. Hoyningen-Huene/Link KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 146; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010*). Eine einwöchige Überle-

ungsfrist für die Frage der endgültigen Annahme, endgültigen Ablehnung oder Annahme unter einem § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt würde die Rechte des Arbeitnehmers entgegen § 2 KSchG jedenfalls dann verkürzen, wenn die Kündigungsfrist länger als eine Woche bis zu drei Wochen beträgt (*KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18d*).

Für eine solche Rechtsfortbildung ist kaum ein Bedürfnis erkennbar. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert keine zwingend vorgeschaltete Überlegungsfrist. Auch bei Gleichzeitigkeit von Änderungsangebot und Kündigung bleibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der endgültigen Annahme und der Annahme unter Vorbehalt (*Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18g*). Den Interessen des Arbeitnehmers ist durch § 2 KSchG genügend Rechnung getragen. Nach der gesetzlichen Regelung kann dieser innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb drei Wochen nach Zugang der Kündigung, frei wählen, ob er das Angebot ablehnen, es endgültig oder unter Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annehmen will.

Im Übrigen würde eine zwingend vorgeschaltete Überlegungsfrist dazu führen, dass der Arbeitgeber eine Änderungskündigung erst nach zwei Wochen, eine Woche für die Entscheidung des Arbeitnehmers und eine Woche für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG, aussprechen könnte (*Wagner NZA 1986, 632*). Denn erst nach der Entscheidung des Arbeitnehmers stünde fest, ob es zu einer Beendigungs- oder Änderungskündigung kommt, was der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Rahmen des § 102 BetrVG erklären muss.

Darüber hinaus ist eine Analogie zu § 102 Abs. 2 BetrVG bedenklich, weil dann konsequenterweise auch die Fiktion des Schweigens als Zustimmung zur Vertragsänderung übertragen werden müsste, was wegen der Bedeutung der Änderung der Vertragsbedingungen abzulehnen ist (*Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18e*).

dd) Mit der Klarstellung, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung nicht verpflichtet ist, eine einvernehmliche Lösung mit dem Arbeitnehmer zu versuchen, ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung eine einvernehmliche Lösung mit dem Arbeitnehmer suchen kann.

Auch für diesen Fall ist eine einwöchige Überlegungsfrist nicht erforderlich. Für einvernehmliche Lösungen stehen die §§ 145 ff. BGB zur Verfügung. Danach kann das unter Anwesenden unterbreitete Angebot nur sofort, das unter Abwesenden unterbreitete nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 BGB), es sei denn der Antragende hat eine Frist für die Annahme des Antrags bestimmt (§ 148 BGB).

Erklärt der Arbeitnehmer sein Einverständnis mit den neuen Bedingungen, bedarf es keiner Änderungskündigung.

Erklärt der Arbeitnehmer sein Einverständnis mit den neuen Bedingungen vor Ausspruch der Kündigung unter Vorbehalt, liegt darin die Ankündigung einer Änderungsschutzklage für den Fall der Änderungskündigung (*vgl. auch APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 629*), bei der dem Arbeitnehmer die Rechte des § 2 KSchG zustehen.

Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot nicht an, ist kein Änderungsvertrag zustande gekommen und der Arbeitgeber muss vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung aussprechen.

ee) Es ist dem Arbeitnehmer nur dann verwehrt, den Arbeitgeber bei einer ausgesprochenen Beendigungskündigung auf eine mögliche Änderungskündigung mit dem abgelehnten Inhalt zu verweisen, wenn er das Änderungsangebot zuvor vorbehaltlos und endgültig abgelehnt hat. Hat der Arbeitnehmer erkennen lassen, dass er das Änderungsangebot in keinem Fall annehmen werde, ist sein Verhalten widersprüchlich, wenn er sich später auf eine mögliche Änderungskündigung beruft (*KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18c; Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen S. 302; ders. NZA 1997, 1077; Hillebrecht ZfA 1991, 87, 114; APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 150; Kiel Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz S. 114 f.*).

Für eine vorbehaltlose und endgültige Ablehnung in diesem Sinne ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Änderungsangebots unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er unter keinen Umständen bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten (*BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108; KR-Rost § 1 KSchG Rn. 18h und 105a mwN*). In dem Ausgangsfall der Entscheidung vom 7. Dezember 2000 (- 2 AZR 391/99 - aaO) hatte der

Arbeitnehmer beispielsweise „aus grundsätzlichen Erwägungen heraus“ abgelehnt, für die Beklagte (auch) zu den geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten; dies hat der Senat als emotionale Blockadehaltung angesehen. Allein die Ablehnung eines der Kündigung vorangegangenen Angebots auf einvernehmliche Abänderung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer enthebt den Arbeitgeber hingegen grundsätzlich nicht von der Verpflichtung, das Änderungsangebot mit einer nachfolgenden Beendigungskündigung erneut zu verbinden (*BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - aaO; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 105*). Denn die Ablehnung der einverständlichen Abänderung schließt nicht aus, dass der Arbeitnehmer bereit ist, zu den geänderten Bedingungen weiterzuarbeiten, wenn sich in einem Änderungsschutzverfahren die Berechtigung der Änderung herausstellt (*BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - aaO; LAG Hamm 4. Februar 2003 - 7 Sa 1624/02 - NZA-RR 2003, 357, zu I der Gründe; APS-Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628*). Deshalb ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, trotz der Ablehnung einer freiwilligen Änderung eine Änderungskündigung auszusprechen. Nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Änderungsangebots unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er unter gar keinen Umständen - auch nicht unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung - bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten, kann der Arbeitgeber eine Beendigungskündigung aussprechen (*BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - aaO; KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 230; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18c und 105, jeweils mwN*).

Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzverfahren die Darlegungs- und Beweislast dahingehend, dass der Arbeitnehmer definitiv und endgültig das Änderungsangebot abgelehnt hat (*Ascheid Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess S. 158*), dh., dass dieser weder einvernehmlich noch unter dem Vorbehalt der Prüfung der sozialen Rechtfertigung iSd. § 2 KSchG bereit war, zu den geänderten Bedingungen zu arbeiten (*KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 105*).

ff) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe das Änderungsangebot der Beklagten nicht mit dieser Klarheit abgelehnt, ist danach revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Zwar ist der Revision zuzugeben, dass der Kläger es eindeutig abgelehnt hat, eine einvernehmliche Einigung über die Änderung der Weiterbeschäftigung als Prozesskoordinator herbeizuführen. Er hat das Änderungsangebot vom 21. März 2002 in dem AT-Anstellungsvertrag nicht unterschrieben.

Es lässt jedoch keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht die Erklärung des Klägers vom 13. Mai 2002 schon nicht als eine definitive Ablehnung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung angesehen hat, weil nicht deutlich geworden ist, dass der Kläger auch für den Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht bereit sei, zu den geänderten Bedingungen zu arbeiten. Insoweit fehlt es bereits am Vortrag der Beklagten. Dieser zielt lediglich darauf ab, der Kläger habe die einvernehmliche Lösung endgültig abgelehnt, nicht aber, der Kläger wäre auch nicht unter Vorbehalt der gerichtlichen Prüfung der sozialen Rechtfertigung der geänderten Arbeitsbedingungen zur Weiterarbeit bereit gewesen.

Ohne Erfolg rügt die Revision insoweit, der Kläger habe das Angebot tatsächlich vorbehaltlos und endgültig abgelehnt. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen eine solche Annahme nicht. Der Kläger war an sich verhandlungsbereit und seinerseits mit einer Reduzierung des Jahresgehalts auf 100.000,00 Euro plus Dienstwagen einverstanden. Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht daraus gefolgert, dass die Beklagte davon ausgehen musste, der Kläger wehre sich damit nicht prinzipiell gegen die Weiterarbeit zu geänderten Vertragsbedingungen, sondern sehe lediglich das konkrete Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung vom 21. März 2002 als unzumutbar an. Es ist gerade Sinn des Verfahrens nach § 2 KSchG, die Frage der Zumutbarkeit der geänderten Vertragsbedingungen zu überprüfen.

gg) Die Revision rügt ohne Erfolg, der Kläger habe im Prozess nicht vorgetragen, dass er einem vor der Kündigung unterbreiteten Vorschlag zumindest unter Vorbehalt zugestimmt hätte.

Es ist schon fraglich, ob der bisherigen Rechtsprechung (*BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26*) mit dem Gebot einer fiktiven Überprüfung der Bereitschaft des Arbeitnehmers, zu den neuen Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten, zu folgen ist. Die Überprüfung der hypothetischen Bereitschaft des Arbeitnehmers, ein vor Ausspruch der Kündigung unterbreitetes Änderungsangebot anzunehmen, bewegt sich eher im Bereich der Spekulation und ist kaum justiziabel. Es entzieht sich weitgehend der richterlichen Erkenntnismöglichkeit, ob der Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt mit geänderten Vertragsbedingungen unter Vorbehalt einverstanden gewesen wäre (*Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen S. 303; ders. NZA 1997, 1077; zust. KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18h*). Es kann hier grundsätzlich nur darauf ankommen, ob eine geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vorhanden war und sich der Arbeitnehmer hierauf widerspruchsfrei im Verfahren berufen hat (*APS-Kiel*

2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 633; HK-KSchG/Weller/Dorndorf 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 919; Hillebrecht ZfA 1991, 87, 114; v. Hoyningen-Huene/Linck 13. Aufl. § 1 KSchG Rn. 150; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1012 f.; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18h).

Selbst wenn man aber die bisherige Rechtsprechung zugrunde legt, hätte der Kläger im Prozess nicht vortragen müssen, dass er einem vor der Kündigung unterbreiteten Vorschlag zumindest unter Vorbehalt zugestimmt hätte. Denn die hypothetische Prüfung ist nur für die Fälle vorgesehen, in denen es der Arbeitgeber unterlassen hat, dem Kläger ein Änderungsangebot zu unterbreiten. Die Beklagte hat dem Kläger jedoch ein Änderungsangebot mit Schreiben vom 21. März 2002 unterbreitet. Der Streit geht hier nur um die Frage, ob der Kläger dieses Angebot vorbehaltlos und endgültig abgelehnt hat.

III. Es war deshalb nicht mehr zu entscheiden, ob überhaupt ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung des Klägers - auch in Form einer Änderungskündigung - vorlag oder ob die unternehmerische Entscheidung der Beklagten in Wahrheit doch eher dahin zielte, im Wege einer Austausch Kündigung die bisherige Arbeit des Klägers - nur wenig geändert - von einem anderen Mitarbeiter verrichten zu lassen, wie dies der Kläger unter konkretem Hinweis auf ein Gespräch mit seinem früheren Vorgesetzten geltend gemacht hat.

C. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision gem. § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

Rost

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Bartz

J. Walter