

**MANFRED LÖWISCH**

Die Änderung von Arbeitsbedingungen auf  
individualrechtlichem Wege, insbesondere durch  
Änderungskündigung

---

# Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Dr. Klaus Schmidt und Hans Joachim Spiegelhalter,  
Palmengartenstr. 14, 6000 Frankfurt 1

## NZA 18/1988

20. September · 5. Jahrgang 1988 · Seite 633–672

---

### Aufsätze und Berichte

## Die Änderung von Arbeitsbedingungen auf individualrechtlichem Wege, insbesondere durch Änderungskündigung\*

Von Professor Dr. Manfred Löwisch, Freiburg

Die sich rasch verändernde und Konjunkturschwankungen unterworfenen Arbeitswelt erfordert auch die Anpassung der arbeitsvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen. Nachdem der Große Senat des BAG die Möglichkeit einer Abänderung auf kollektivvertraglichem Wege eingeschränkt hat, kommt den individualrechtlichen Abänderungsmöglichkeiten gesteigerte Bedeutung zu. Im Vordergrund steht dabei die Änderungskündigung. Aber auch der Änderungsvertrag, die einseitige Leistungsbestimmung (Direktionsrecht, Widerrufsvorbehalt) und die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen haben hier ihre Funktion.

### I. Die Änderungskündigung

#### 1. Die Änderungskündigung als Kündigung

a) *Änderungskündigung keine Teilkündigung.* Die Änderungskündigung stellt eine echte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar, nicht etwa eine Kündigung nur der zu ändernden Teile des Arbeitsvertrages. Eine solche „Teilkündigung“ des Arbeitsvertrages ist unzulässig, weil durch sie das von den Parteien vereinbarte Äquivalenz- und Ordnungsgefüge gestört wird und sie nicht darauf Rücksicht nimmt, daß Rechte und Pflichten der Parteien in vielfachen inneren Beziehungen stehen. Wenn dem Arbeitgeber das Recht zu einer solchen Teilkündigung eingeräumt ist, handelt es sich deshalb nicht um eine Änderungskündigung. Vielmehr steht ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht in Gestalt eines Widerrufsvorbehaltes in Rede<sup>1</sup>. Auf dieses wird unten (II 2b) noch eingegangen.

b) *Änderungskündigung und besonderer gesetzlicher Kündigungsschutz.* Als Kündigung unterliegt auch die Änderungskündigung den besonderen gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen, wie dem Mutterschutzgesetz, dem Schwerbehindertengesetz und dem Arbeitsplatzschutzgesetz. Hingegen greift die Pflicht zur Anzeige von Massenentlassungen nach § 17 KSchG bei Änderungskün-

digungen nur ein, soweit die Arbeitnehmer das Änderungsrecht nicht – auch nicht unter dem Vorbehalt seiner sozialen Rechtfertigung – annehmen, weil nur dann die Beendigung des Arbeitsverhältnisses droht<sup>2</sup>.

c) *Änderungskündigung und tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Kündigungsschutz.* Tarifvertragliche oder einzelvertragliche Ausschlüsse der ordentlichen Kündigung gelten gewöhnlich auch für die Änderungskündigung, denn derartige Vereinbarungen haben in der Regel gerade auch den Zweck, dem Arbeitnehmer den einmal erreichten Status ungeschmälert zu erhalten<sup>3</sup>. In der Praxis ist allerdings zu beachten, daß eine Reihe einschlägiger tariflicher Regelungen in genau abgegrenzten Fällen, etwa wenn eine innerbetriebliche Versetzung notwendig ist oder eine Betriebsänderung ansteht, eine Änderungskündigung ausdrücklich erlauben. Wo das nicht der Fall ist, kommt eine außerordentliche Änderungskündigung in Betracht (dazu unten I 6). Ob ein Kündigungsverbot eingreift, richtet sich nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, denn erst mit diesem wird sie nach § 130 BGB wirksam<sup>4</sup>.

d) *Änderungskündigung und allgemeine Voraussetzungen des Kündigungsschutzes.* Dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt die Änderungskündigung wie die Beendigungskündigung nur, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen länger als sechs Monate bestanden hat (§ 1 I KSchG) und wenn der Arbeitgeber wenigstens 6 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 23 I KSchG). Jeder Arbeitgeber, der sich mit dem Gedanken trägt, die Arbeitsbedingungen eines neu angestellten Arbeitnehmers zu verändern, etwa ihm eine andere Position zu übertragen,

---

\* Unter Mitwirkung von Assessor Volker Rieble. Es handelt sich um ein Referat, das auf einer Arbeitstagung der Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Arbeitsrecht im DAV gehalten wurde. S. hierzu NZA 1988, Beil. 3.

1) BAG, AP § 620 BGB – Teilkündigung – Nr. 5 = Betr 1983, 1368 = BB 1983, 1791.

2) BAG, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 2 = Betr 1982, 1250. Zu den Einzelheiten s. Herschel-Löwisch, KSchG, 6. Aufl. (1984), § 17 Anm. 33.

3) BAG, AP § 75 BPersVG Nr. 7 m. Anm. Löwisch-Schüren = Betr 1982, 2712 = BB 1982, 1921.

4) BAG, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 2.

tut deshalb gut daran, diese Maßnahme vor Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit zu ergreifen.

e) *Änderungskündigung des Arbeitnehmers.* Eine Änderungskündigung kann natürlich auch vom Arbeitnehmer ausgehen. Man denke an den Fall, daß eine berufstätige Mutter der Familie zuliebe nur noch teilzeitbeschäftigt sein will. Eine solche arbeitnehmerseitige Änderungskündigung hat die Kündigungsfristen zu wahren, ist aber im übrigen in ihrer Zulässigkeit nicht begrenzt. Stimmt freilich der Arbeitgeber den geänderten Arbeitsbedingungen nicht zu, wird das Arbeitsverhältnis durch die Änderungskündigung beendet.

## 2. Das Änderungsangebot bei der Änderungskündigung

a) *Der Zusammenhang von Änderungsangebot und Kündigung.* Die Änderungskündigung wird dadurch charakterisiert, daß der Arbeitgeber, wie das § 2 KSchG formuliert, dem Arbeitnehmer „im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen“ anbietet.

Daß § 2 KSchG einen Zusammenhang zwischen Kündigung und Angebot des Arbeitgebers verlangt, hat das BAG in einer Entscheidung dahin interpretiert, daß Kündigung und Änderungsangebot „begriffsnotwendig“ gleichzeitig erfolgen müßten<sup>5</sup>. Diese Interpretation ist weder rechtlich geboten noch sachlich zwingend. Zwar kann eine unbedingt ausgesprochene Kündigung nicht nachträglich in eine bedingte umgewandelt werden, weil sie als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit Zugang an den Gekündigten so wirksam wird, wie sie ausgesprochen ist<sup>6</sup>. Rechtlich möglich ist aber, der unbedingt ausgesprochenen Kündigung nachträglich das Änderungsangebot folgen zu lassen. Auch kann der Begriff des Zusammenhangs in § 2 KSchG durchaus statt in zeitlichem in sachlichem Sinne verstanden werden. Für ein solches Verständnis sprechen die besseren Gründe. Dem Arbeitnehmer kann es nur recht sein, wenn der Arbeitgeber, und sei es auch erst während des Kündigungsschutzprozesses, von einer ursprünglich ausgesprochenen Beendigungskündigung zu einer bloßen Änderungskündigung übergeht. Denn damit erhält er die Möglichkeit, sich durch die in § 2 KSchG vorgesehene Annahme des Änderungsangebotes unter Vorbehalt den Bestand seines Arbeitsverhältnisses und damit auch seine alsbaldige Weiterbeschäftigung zu sichern, gleichwohl aber – im Falle eines schon laufenden Kündigungsschutzprozesses nach Änderung des Klagantrages – die Berechtigung der ihm angesonnenen Änderung der Arbeitsbedingungen nachprüfen zu lassen. Daß er bei Ablehnung der Änderung mit der Einbeziehung des Änderungsangebotes in die Würdigung der Sozialwidrigkeit zu rechnen hat, ist nur ein scheinbarer Nachteil. Denn auch bei der Beendigungskündigung kann sich der Arbeitnehmer auf diese von ihm abgelehnte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zur Begründung der Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht berufen<sup>7</sup>. An der Frist des § 2 S. 2 KSchG braucht die hier vertretene Auffassung nicht zu scheitern. Sie rechnet ersichtlich nur mit dem Normalfall, daß das Änderungsangebot mit der Kündigung erfolgt, und steht deshalb einer sinngemäßen Modifikation der Frist nicht entgegen. Sie ist so vorzunehmen, daß der Arbeitnehmer bei nachträglichem Änderungsangebot den Vorbehalt innerhalb einer der Kündigungsfrist entsprechenden Frist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang des Änderungsangebots, erklären muß. Entsprechend verlängert sich dann auch die Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage<sup>8</sup>.

Umgekehrt kann das Änderungsangebot der Kündigung auch vorangehen. Das BAG hat in der Entscheidung vom 27. 9. 1984<sup>9</sup>

ausgesprochen, daß der Arbeitgeber vor jeder Beendigungskündigung *von sich aus* dem Arbeitnehmer eine zumutbare Weiterbeschäftigung anbieten muß. Dieses Angebot, bei dem der Arbeitgeber deutlich machen muß, daß er bei Ablehnung eine Kündigung beabsichtigt, kann der Arbeitnehmer unter Vorbehalt annehmen. Tut er das, muß der Arbeitgeber, um die Änderung durchzusetzen, *nachträglich* eine Änderungskündigung aussprechen. Nur wenn der Arbeitnehmer das Angebot ablehnt, kommt eine Beendigungskündigung in Betracht.

b) *Verbotene Änderungsangebote.* Stehen dem vom Arbeitgeber gemachten Änderungsangebot rechtliche Vorschriften entgegen, sollen etwa tariflich unabdingbar festgelegte Zulagen herabgesetzt werden, ist nicht nur das Änderungsangebot, sondern gem. § 139 BGB regelmäßig die ganze Änderungskündigung unwirksam<sup>10</sup>.

c) *Angebot einer befristeten Weiterbeschäftigung.* Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Kündigung nur noch eine befristete Weiterbeschäftigung an, so handelt es sich nicht um eine Änderungskündigung i. S. des § 2 KSchG<sup>11</sup>. Der richtige Weg führt in diesem Fall einerseits zur normalen Kündigungsschutzklage und andererseits zur Befristungskontrolle, die nach der Rechtsprechung des BAG nicht der Klagfrist des § 4 KSchG unterworfen ist<sup>12</sup>.

d) *Die Annahme des Änderungsangebots ohne Vorbehalt.* Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot *ohne Vorbehalt* an, so wird die Änderung des Arbeitsvertrages zu dem Zeitpunkt wirksam, zu dem sie nach dem Änderungsangebot in Kraft treten soll. Die Annahme ohne Vorbehalt braucht nicht notwendig innerhalb der Frist des § 2 S. 2 KSchG erklärt zu werden. Vielmehr ergibt sich die Frist für die Annahme aus dem Angebot des Arbeitgebers<sup>13</sup>. Sie wird häufig mit der Kündigungsfrist übereinstimmen, kann aber auch darüber hinausreichen. Nicht selten wird sogar davon auszugehen sein, daß der Arbeitgeber sein Angebot auch noch aufrechterhält, nachdem der Arbeitnehmer den Vorbehalt erklärt und einen Kündigungsschutzprozeß angestrengt hat, da er durch die nachträgliche vorbehaltlose Annahme sein ursprüngliches Ziel immer noch erreicht.

Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot erst an, nachdem es erloschen ist, so liegt darin gem. § 150 I BGB ein neues, nunmehr von ihm abgegebenes Angebot, welches der Arbeitgeber seinerseits annehmen kann.

Der Arbeitnehmer kann die vorbehaltliche Annahme des Änderungsangebotes auch durch *schlüssiges Verhalten* erklären. Ein solches schlüssiges Verhalten liegt vor, wenn der Arbeitnehmer sich zu dem Angebot einer verschlechternden Vertragsänderung durch den Arbeitgeber, die sogleich durchgeführt wird und ihn unmittelbar betrifft,

5) BAG, AP §§ 22, 23 BAT Nr. 90 = RdA 1976, 146.

6) Vgl. BAG, AP § 9 KSchG 1969 Nr. 9 = BB 1983, 704 = Betr 1983, 663, welches deshalb die einseitige Rücknahme der Kündigung ausschließt.

7) Vgl. BAG, NZA 1985, 455 = AP § 2 KSchG 1969 Nr. 8 = BB 1985, 1130 = Betr 1985, 1186; s. weiter *Herschel-Löwisch* (o. Fußn. 2), § 1 Anm. 189.

8) Im Ergebnis wie hier *Adomeit*, Betr 1969, 2179; differenzierend *Schaub*, RdA 1970, 231, der einen Zusammenhang i. S. des § 2 KSchG nur dann bejaht, wenn der Arbeitgeber von Anfang an nur die Durchsetzung geänderter Vertragsbedingungen beabsichtigte; a. M. *KR-Rost*, § 2 KSchG Anm. 23 ff.

9) NZA 1985, 455.

10) *KR-Rost* (o. Fußn. 8), § 2 KSchG Anm. 23 ff.

11) BAG, NZA 1985, 489 = AP § 1 KSchG 1969 – Betriebsbedingte Kündigung – Nr. 21 mit abl. Anm. v. *Hoyningen-Huene* = Betr 1984, 1190.

12) BAG, AP § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag – Nr. 47 = Betr 1979, 1991 = BB 1979, 1557.

13) Vgl. §§ 146 ff. BGB.

nicht äußert<sup>14</sup>. Dies kann allerdings solange nicht gelten, wie die Frist für die Erklärung des Vorbehaltes nach § 2 S. 2 KSchG noch läuft, denn dann ist noch offen, ob der Arbeitnehmer nicht zu einer Weiterarbeit zu den geänderten Bedingungen unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung gelangen will<sup>15</sup>.

Die Weiterarbeit zu den geänderten Arbeitsbedingungen kann auch dann als Annahme des Änderungsangebotes aufgefaßt werden, wenn dem Arbeitgeber ein entsprechendes *Erklärungsbewußtsein* fehlt. Das BAG hat sich insoweit in der Entscheidung vom 19. 6. 1986<sup>16</sup> mit Recht der Auffassung des BGH<sup>17</sup> angeschlossen, daß das Erklärungsbewußtsein nicht zum Tatbestand einer Willenserklärung gehört, es vielmehr nur darauf ankommt, ob der Empfänger die Erklärung als Willenserklärung verstehen durfte und der Erklärende mit diesem Verständnis rechnen mußte. Allerdings kann der Arbeitnehmer, dem die rechtliche Wertung der Weiterarbeit als Annahme des Änderungsangebots nicht bewußt geworden ist, nach § 119 I BGB wegen Irrtums anfechten. Eine solche Anfechtung muß nach § 121 I BGB *unverzüglich* erfolgen, nachdem dem Arbeitnehmer bewußt geworden ist, daß sein Verhalten als Willenserklärung aufzufassen war. Bemerkt der Arbeitnehmer also erst während des Kündigungsschutzprozesses – etwa infolge von Ausführungen des Arbeitgeberanwaltes –, daß er das Änderungsangebot stillschweigend angenommen hat, kann er auch jetzt noch „unverzüglich“ anfechten. Das hat das BAG in der erwähnten Entscheidung vom 19. 6. 1986 verkannt<sup>18</sup>.

e) *Die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt.* Wenn der Arbeitnehmer nach § 2 S. 1 KSchG das Änderungsangebot *unter dem Vorbehalt* annehmen kann, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist, so ist ihm damit *kraft Gesetzes* das Recht eingeräumt, seine Annahme des Änderungsangebots unter die auflösende Bedingung der gerichtlichen Feststellung der Sozialwidrigkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen zu stellen. Erfolgt diese Feststellung, tritt die Bedingung ein und ist der Arbeitgeber gem. § 159 BGB verpflichtet, dem Arbeitnehmer zu gewähren, was er hätte, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht erfolgt wäre. Hat sich etwa infolge der Änderung der Arbeitsbedingungen das Arbeitsentgelt geändert, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Entgelt und dem Entgelt nachzuzahlen, das er erhalten hätte, wenn die Arbeitsbedingungen nicht geändert worden wären. Dabei sind auch etwaige inzwischen eingetretene Erhöhungen des ursprünglichen Entgelts zu berücksichtigen. Dies gilt in gleicher Weise, wenn die Entgeltregelung selbst geändert, wie wenn die Entgeltminderung infolge einer Versetzung des Arbeitnehmers an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz eingetreten war.

Folgt die Feststellung nicht, weil der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig Änderungschutzklage erhebt, oder weil er im Prozeß unterliegt, so fällt die Bedingung aus, und das Arbeitsverhältnis besteht vorbehaltlos unter geänderten Arbeitsbedingungen fort.

Nach § 2 S. 2 KSchG muß der Arbeitnehmer den Vorbehalt innerhalb der für die vom Arbeitgeber ausgesprochenen Änderungskündigung geltenden *Kündigungsfrist*, spätestens jedoch innerhalb von *drei Wochen* nach Zugang der Kündigung erklären. Diese Vorschrift kann angesichts ihres eindeutigen Wortlautes nicht anders als dahin verstanden werden, daß immer die kürzere der beiden Fristen gilt. Die Kündigungsfrist rechnet vom *Zugang* der Kündigung ab. Hat die Kündigung nach besonderer gesetzlicher, tariflicher oder vertraglicher Bestimmung zu einem *bestimmten Termin* zu erfolgen, läuft auch die nach § 2 S. 2

KSchG zu beachtende Frist bis zu diesem Termin. Wird also eine mit Zweiwochenfrist zum Monatsende zu erklärende Kündigung bereits vor Monatsmitte erklärt, endet die Frist für die Annahme unter Vorbehalt erst zum Monatsende, es sei denn, die Dreiwochenfrist läuft vorher ab. Wird die Kündigung nicht zwei Wochen vor Monatsende erklärt, läuft sie über das Monatsende hinaus bis zum Ablauf der Dreiwochenfrist.

f) *Die Nichtannahme oder nicht rechtzeitige Annahme des Änderungsangebots.* Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot *nicht* innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung an, so ist ihm gem. § 2 S. 2 KSchG der Weg der Änderungsschutzklage verschlossen. Dies bedeutet aber nicht, daß er sich gegen die Änderungskündigung überhaupt nicht mehr zur Wehr setzen könnte. Vielmehr kann er dann die Kündigung als solche mit der normalen Kündigungsschutzklage angreifen. Da der Streitinhalt einer solchen Klage aber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung und nicht nur seine Änderung durch die Kündigung ist, riskiert er mit ihr, wie das auch der Rechtslage vor Einfügung der §§ 2, 4 S. 2, 8 in das Kündigungsschutzgesetz entsprach, seinen Arbeitsplatz. Unterliegt er im Kündigungsschutzprozeß, so steht fest, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet worden ist. Andererseits gewinnt er die ihm bei der Änderungschutzklage verschlossene Möglichkeit, gem. § 9 I KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung zu beantragen<sup>19</sup>.

### 3. Die soziale Rechtfertigung bei der Änderungskündigung

a) *Die Maßstäbe für die Betriebsbedingtheit einer Änderungskündigung (Allgemeines).* Die Maßstäbe für die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung sind nach der Anordnung des § 2 S. 1 KSchG dem § 1 II 1 bis 3 und III 1 und 2 KSchG zu entnehmen. Es ist, wie es das BAG formuliert hat, „zu prüfen, ob die vorgeschlagene Änderung der Arbeitsbedingungen unter Berücksichtigung von § 1 KSchG sachlich gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist“<sup>20</sup>.

14) BAG, AP § 305 BGB Nr. 4 = BB 1976, 1128 = Betr 1976, 2478 und NZA 1987, 94 = Betr 1986, 2604, für den Fall eines Werkstattmeisters, der eine ihm im Wege der Änderungskündigung übertragene Tätigkeit als Meistergeselle in einer anderen Werkstatt widerspruchlos aufgenommen hatte.

15) BAG, NZA 1987, 94, für die außerordentliche Änderungskündigung, wo es die unverzügliche Erklärung des Vorbehaltes fordert und vom 27. 3. 1987 – 7 AZR 790/85 mit der Feststellung, daß der Arbeitgeber diese Frist nicht einseitig verkürzen kann..

16) BAG, NZA 1987, 94.

17) BGHZ 91, 324 (329f.).

18) Vgl. Löwisch, Anm. zu dieser Entscheidung, AR-Blattei Kündigungsschutz I A: Entsch. 7.

19) BAG, AP § 9 KSchG 1969 Nr. 6 m. Anm. Herschel = Betr 1981, 2438.

20) BAG, AP § 75 BPersVG Nr. 1 = Betr 1978, 1135 und BAG, NZA 1985, 423 = AP § 1 KSchG 1969 – Soziale Auswahl – Nr. 6 m. Anm. Löwisch = BB 1985, 1263 = Betr 1985, 1083. Auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Weg der normalen Kündigungsschutzklage beschreitet, ist die Sozialwidrigkeit daran zu messen, ob die vorgeschlagene Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Zwar ist nicht zu leugnen, daß Gegenstand der normalen Kündigungsschutzklage die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als solches ist, und nicht nur die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung. Aber der Sache nach geht es auch hier um die Berechtigung der vom Arbeitgeber beabsichtigten Änderung der Arbeitsbedingungen. Ob diese sozial gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist, kann nicht davon abhängen, ob dieser den Weg der Änderungsschutzklage oder den der normalen Kündigungsschutzklage beschritten hat. Daß dem Arbeitnehmer nicht das Recht zugebilligt werden kann, durch Erhebung der normalen Kündigungsschutzklage die Schwelle für die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung anzuheben, zeigt sich besonders deutlich dann, wenn der Arbeitgeber gleichlautende Änderungskündigungen gegenüber mehreren Arbeitnehmern ausgesprochen hat. Es kann nicht

Bezieht sich das Änderungsangebot auf *mehrere Arbeitsbedingungen*, muß diese Voraussetzung für jeden einzelnen Punkt erfüllt sein. Daß das Gericht die Änderung für teilweise begründet erklärt, kommt nicht in Betracht, denn Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses ist die Änderung der Arbeitsbedingungen *durch die Kündigung*. Diese aber kann nur ganz oder gar nicht begründet sein<sup>21</sup>. Möglich ist aber eine *Umdeutung* der wegen mangelnder sachlicher Rechtfertigung eines Punktes unwirksamen Änderungskündigung in eine solche, die diesen Punkt nicht mit umfaßt. Die dafür nach § 140 BGB notwendige Voraussetzung, daß nämlich die wirksame Änderungskündigung in der unwirksamen enthalten ist, liegt stets vor. Zu fragen ist deshalb nur noch, ob die wirksame Änderungskündigung, die den fraglichen Punkt nicht mit umfaßt, dem (hypothetischen) Willen des Arbeitgebers entspricht. An der Anhörungspflicht des § 102 BetrVG scheitert eine solche Umdeutung nicht, weil der Arbeitgeber den Betriebsrat in aller Regel zu dem gesamten Änderungsangebot gehört haben wird.

Geht es, wie meist, um eine Änderung der Arbeitsbedingungen aus *betrieblichen Gründen*, ist diese als sozial gerechtfertigt anzusehen, wenn so dringende betriebliche Erfordernisse für sie gegeben sind, daß diese unter Abwägung des Interesses des Arbeitgebers an der erstrebten Änderung und des Interesses des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung seiner gegenwärtigen Arbeitsbedingungen die Änderung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen. Zusätzlich zu verlangen, daß die Gründe auch so beschaffen sind, daß sie auch den Gebrauch des Mittels einer Kündigung rechtfertigen<sup>22</sup>, überzeugt nicht. Ist eine Änderung der Arbeitsbedingungen betrieblich dringend notwendig und dem Arbeitnehmer zumutbar, so muß sie auch erfolgen können. Es geht nicht an, im Falle fehlenden Einverständnisses den bisherigen Zustand etwa mit der Begründung aufrechtzuerhalten, die Änderung betreffe nur einen Nebenpunkt der Arbeitsbedingungen, weshalb der Einsatz des Mittels der Änderungskündigung unverhältnismäßig sei. Um ein Beispiel zu nennen: Die Verlegung des vertraglich festgelegten Arbeitszeitbeginns um fünf Minuten ist gewiß ein Nebenpunkt des Arbeitsverhältnisses. Aber dessen ungeachtet muß sie, wenn sie aus betrieblichen Gründen erforderlich ist und Zumutbarkeitsgesichtspunkte auf der Arbeitnehmerseite nicht entgegenstehen, vom Arbeitgeber doch erreicht werden können, und dann eben auch notfalls durch eine Änderungskündigung.

Ebensowenig kann ich dem BAG folgen, wenn es in seiner Entscheidung vom 6. 3. 1986<sup>23</sup> meint, aus der Tatsache, daß es bei der Änderungskündigung nur um die Sozialwidrigkeit der dem Arbeitnehmer angesonnenen Vertragsänderung gehe, dürfe nicht geschlossen werden, daß für die Änderungskündigung weniger strenge Maßstäbe zu gelten hätten, als für die Beendigungskündigung; die Maßstäbe seien lediglich andere.

Meines Erachtens folgt daraus, daß bei der Änderungskündigung nur der Inhalt des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel steht, nicht aber das Arbeitsverhältnis selbst, daß die Anforderungen an die Zumutbarkeit der Hinnahme der Änderung weniger einschneidend sein müssen. Das BAG hat in einer Entscheidung vom 13. 6. 1986<sup>24</sup> mit Recht darauf hingewiesen, daß, worauf (unter II 4) noch einzugehen sein wird, die soziale Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers gegenüber einer Befristung nur einzelner Vertragsbedingungen geringer sei als gegenüber einer Änderung des ganzen Arbeitsvertrages, weil im ersten Fall nur der Schutz des Vertragsinhalts in Rede stehe, nicht aber der für den Arbeitnehmer in der Regel existentielle

Bestandsschutz. Wenn aber – wie das BAG in diesem Urteil sagt – die geringere soziale Schutzbedürftigkeit bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung von befristeten Vertragsbedingungen „angemessen zu berücksichtigen“ ist, muß dies auch bei einer ebenfalls nur einzelne Vertragsbedingungen betreffende Änderungskündigung geschehen. Denn beide Male geht es um das gleiche Problem, nämlich den durch das Kündigungsschutzgesetz gewährleisteten Vertragsinhaltschutz. In beiden Fällen muß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden, der nach der Entscheidung des BVerfG vom 19. 10. 1983<sup>25</sup> „Eingriffe in die durch Art. 2 I GG gewährleistete Freiheit der Arbeitsvertragsparteien zu rechtsgeschäftlichem Handeln nur in unerläßlichem Maße erlaubt“.

b) *Die Betriebsbedingtheit der Herabsetzung von Entgelten und Sozialleistungen*. Betrifft die betriebsbedingte Änderungskündigung – wie zumeist – die *Entgeltseite*, sollen also außertarifliche oder übertarifliche Entgelte oder betriebliche Sozialleistungen herabgesetzt werden, stellen sich regelmäßig zwei Fragen: Wieweit trägt der Grundsatz, daß im Kündigungsschutzprozeß *Unternehmerentscheidungen* nur daraufhin geprüft werden können, ob sie offenbar unrichtig, unvernünftig, unsachlich oder willkürlich sind? *An welche Kriterien kann die Betriebsbedingtheit einer solchen Änderungskündigung zum Zwecke der Entgeltherabsetzung gemessen werden?*

Wenn das BAG sich zur ersten Frage in seinem Urteil vom 20. 3. 1986<sup>26</sup> auf den Standpunkt gestellt hat, daß in einer *Änderungskündigung*, so wenig wie in einer *Beendigungskündigung*, *schon selbst* eine vom Arbeitsgericht nur beschränkt, nachprüfbare unternehmerische Entscheidung gesehen werden kann, so ist dem zuzustimmen. Würde man das tun, wäre der vom Gesetz gewollte Schutz der Arbeitnehmer auch gegen betriebsbedingte Kündigungen weitgehend ausgehebelt, weil, wie das BAG in dem Urteil vom 20. 2. 1986<sup>27</sup> im Anschluß an *Herschel*<sup>28</sup> richtig sagt, der Arbeitgeber dann die ausgesprochene Kündigung, von Fällen offenbaren Mißbrauchs abgesehen, stets erfolgreich mit dem Hinweis verteidigen könnte, sie stelle eine nicht zu überprüfende Unternehmerentscheidung dar. Die Absicht des Kündigungsschutzgesetzes, den Konflikt zwischen dem unternehmerischen Interesse an einer leichten Lösbarkeit und Abänderbarkeit der Arbeitsverträge und dem Interesse der Arbeitnehmer an Bestandsschutz und Inhaltsschutz dieser Verträge im Sinne einer gerichtlich nachprüfbaren Interessenabwägung zu lösen, wäre verfehlt. Ich folge dem BAG weiter darin, daß auch die *Absicht des Arbeitgebers, Lohnkosten im ganzen Betrieb oder in einer bestimmten Abteilung des Betriebes einzusparen*, für sich betrachtet nicht als eine solche unternehmerische Ent-

sein, daß etwa die Herabsetzung einer Zulage gegenüber den Arbeitnehmern, die Änderungsschutzklage erhoben haben, als begründet angesehen wird, gegenüber den Arbeitnehmern, die den Weg der normalen Kündigungsschutzklage gegangen sind, aber nicht (Vgl. hierzu BAG, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 3 = BB 1983, 1413 = Betr 1987, 1776 sowie *Herschel-Löwisch* [o. Fußn. 2], § 2 Anm. 47 m. w. Nachw. auch zur Gegenmeinung).

21) *Herschel-Löwisch* (o. Fußn. 2), § 2 Anm. 33.

22) So BAG, AP § 9 KSchG 1969 Nr. 6, allerdings unter Übernahme von Formulierungen aus Entscheidungen, die vor Einfügung der §§ 2, 4 S. 2, 8 in das Kündigungsschutzgesetz ergangen sind.

23) NZA 1987, 94 = Betr 1986, 2605.

24) NZA 1987, 241.

25) BVerfGE 65, 196 = AP § 1 BetrAVG – Unterstützungskassen – Nr. 2.

26) Betr 1986, 2442 = EzA § 2 KSchG Nr. 6 m. Anm. *Löwisch*.

27) BAG, NZA 1986, 823 = AP § 1 KSchG 1969 Nr. 11 = Betr 1986, 2236.

28) Anm. zu *LAG Düsseldorf*, EzA § 1 KSchG – Betriebsbedingte Kündigung – Nr. 3.

scheidung aufgefaßt werden kann. Auch dies würde den Vertragsinhaltschutz, den das Kündigungsschutzgesetz ebenso wie den Bestandsschutz verwirklichen will, entwerten. Das Bestreben, die Lohnkosten, wie alle anderen Kosten, möglichst niedrig zu halten, ist angesichts des Rentabilitätsziels, auf das in der Marktwirtschaft jedes Unternehmen ausgerichtet ist, immer legitim, so daß eine entsprechende Maßnahme des Arbeitgebers kaum jemals als offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich angesehen werden könnte.

Auch daß die Senkung der Lohnkosten wie in dem vom BAG entschiedenen Fall zur *Beseitigung oder Minderung eines Verlustes* erfolgen soll, kann sie nicht zur unangreifbaren Unternehmerentscheidung machen. Daß Verluste eingetreten oder zu befürchten sind, läßt das Rentabilitätsinteresse des Unternehmers nur besonders dringlich erscheinen. Ob und in welchem Umfang ihm aber gerade durch die Senkung der vertraglich vereinbarten Entgelte bestimmter Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen Rechnung getragen wird, kann nicht einfach in die Entscheidung des Unternehmers gestellt werden, sondern muß im Hinblick auf den Vertragsinhaltschutz auf seine Notwendigkeit, eben die dringende betriebliche Erforderlichkeit, von der das Kündigungsschutzgesetz spricht, überprüft werden.

Daß weder die Absicht, die Lohnkosten zu senken, noch die, weitere Verluste zu vermeiden oder zu vermindern, für sich gesehen als nicht nachprüfbar Unternehmerentscheidungen aufzufassen sind, heißt nicht, daß es im Zusammenhang mit Änderungskündigungen, die auf Entgeltherabsetzungen gerichtet sind, überhaupt keine solchen unternehmerischen Entscheidungen geben könnte. Das BAG weist selbst darauf hin, daß „konkrete Maßnahmen im betrieblichen Bereich“, die der Arbeitgeber zur Lohnkostensenkung beschließt, solche unternehmerischen Entscheidungen darstellen. Nimmt der Arbeitgeber zur Verbesserung der Rentabilität Organisationsänderungen vor, führt er eine Rationalisierungsmaßnahme durch, ändert er die Arbeits- und Fabrikationsmethoden, vergibt er bisher im Betrieb durchgeführte Tätigkeiten an Fremdunternehmer oder legt er einzelne Betriebsteile still, so ist das als Datum bei der Nachprüfung betriebsbedingter Beendigungs- oder Änderungskündigungen hinzunehmen.

Gleiches gilt – wie der Senat im Urteil vom 20. 2. 1986<sup>29</sup> ausgeführt hat – auch „für die Entscheidungen, die der Unternehmer im Hinblick auf den Markt trifft, also etwa über die Hereinnahme oder Nichthereinnahme eines Auftrags, die Planung des Absatzgebietes und die Werbung sowie seine Einkaufspolitik und die Finanzierungsmethoden.“ Auch diese Entscheidungen dürfen trotz ihrer etwaigen Folgen für den Bestand und den Inhalt der Arbeitsverhältnisse nicht in Frage gestellt werden. Um das Beispiel der Finanzierungsmethoden herauszugreifen: Entschließt sich der Unternehmer zur Minderung des Risikos steigender Zinsen das bislang in Anspruch genommene Kreditvolumen zu reduzieren, muß das Arbeitsgericht von der Reduzierung ausgehen. Es kann nicht die Betriebsbedingtheit von Entgeltherabsetzungen mit dem Argument ablehnen, der Arbeitgeber könne das Kreditvolumen wieder ausweiten. Schließlich kommen solche unternehmerischen Entscheidungen auch auf der Kapitalseite in Betracht. Tritt das, was im Fall der Entscheidung des BAG vom 20. 3. 1986 nur angedroht worden war, tatsächlich ein, vermindern also die Gesellschafter eines Unternehmers ihre Einlagen oder die dem Unternehmen etwa gewährten Kredite, so ist auch das ein Datum, von dem Kündigungsschutzprozeß ausgegangen werden muß.

Zu respektieren sind, was in den beiden Urteilen nicht deutlich genug wird, nicht nur die positiv getroffenen Unternehmerentscheidungen, sondern auch die, die der Un-

ternehmer *nicht getroffen hat*. So wenig das Arbeitsgericht die ersteren korrigieren kann, kann es die letzteren durch eigene ersetzen. Das Arbeitsgericht kann eine Änderungskündigung, mit der eine Entgeltminderung durchgesetzt werden soll, nicht mit der Begründung für nicht betriebsbedingt erklären, daß der Arbeitgeber sein Ziel, die Rentabilität zu steigern, auch durch eine Rationalisierungsmaßnahme oder durch eine Erhöhung der Preise hätte erreichen können. Ebenso wenig kann es den Arbeitgeber darauf verweisen, daß er durch Belastung von Grundbesetz sein Kreditvolumen erweitern und dadurch Lohnkosten auffangen könne. Geprüft werden kann nur, ob in der Situation, *wie sie tatsächlich vorliegt*, die Entgeltminderung als so dringlich notwendig erscheint, daß sie eine Änderung der Arbeitsverträge rechtfertigt.

Sucht man in dem Urteil des BAG vom 20. 3. 1986 nach den Kriterien für die Beantwortung der zweiten Frage, wann eine zum Zweck der Entgeltherabsetzung ausgesprochene Änderungskündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt ist, stößt man auf den im Anschluß an *Hillebrecht*<sup>30</sup> formulierten Satz, die Unrentabilität des Betriebes könne dann ein Grund für eine betriebsbedingte Änderungskündigung sein, „wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und soll“. Bei Ausspruch der Kündigung müsse „eine akute Gefahr für die Arbeitsplätze oder eine Existenzgefährdung“ des Arbeitgebers erkennbar sein. *Das ist zu eng*. Zwar trifft es zu, daß schon unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eine Änderungskündigung jedenfalls dann betriebsbedingt ist, wenn sich nur durch den Rückgriff auf sie eine Beendigungskündigung vermeiden läßt. Aber das kann nicht der einzige Fall sein, in dem eine Änderungskündigung zur Entgeltherabsetzung zulässig ist. Das Recht zur betriebsbedingten Änderungskündigung hat die Funktion, die beim Arbeitsvertrag wie bei allen anderen Dauerschuldverhältnissen erfahrungsgemäß immer wieder notwendige Anpassung an geänderte Verhältnisse zu ermöglichen. Diese Funktion kann die Änderungskündigung nur erfüllen, wenn *jedes sachliche Interesse von einigem Gewicht* jedenfalls grundsätzlich als betrieblicher Grund anerkannt wird. Zu diesen sachlichen Gründen von einigem Gewicht gehört aber auch die Erreichung von einer angemessenen Rentabilität des Unternehmens. Es kann nicht angehen, daß ein Unternehmen durch ein generelles Verbot von Entgeltherabsetzungen gezwungen wird, jahrelang Verluste zu schreiben, bis endlich der Punkt erreicht ist, an dem die „akute Gefahr“ für Arbeitsplätze oder für die Existenz des Betriebes eingetreten ist.

*Dem Interesse der Arbeitnehmer*, nicht über Gebühr mit der Bewältigung ungünstiger Verhältnisse, insbesondere einer verschlechterten Ertragslage, belastet zu werden, wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, daß sich der Arbeitgeber, wie oben ausgeführt, auch bei an sich anerkanntem Anlaß zur Änderungskündigung darauf beschränken muß, „nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muß“. Bei dieser Prüfung ist dann in der Tat zu berücksichtigen, wie groß der zu erwartende Einkommensverlust tatsächlich ist und wie sich die bisherigen Einkommen im Vergleich zu den Einkommen der übrigen Arbeitnehmer im Betrieb und im Vergleich zu Arbeitnehmern mit derselben Qualifikation und Tätigkeit in anderen Betrieben verhalten.

Was die praktisch besonders wichtige und durch die

29) BAG, NZA 1986, 823.

30) ZIP 1985, 257.

Entscheidung des *Großen Senates* vom 16. 9. 1986<sup>31</sup> zur ablösenden Betriebsvereinbarung aktualisierte Frage der Herabsetzung von Ruhegeldanwartschaften angeht, so scheint es mir wichtig zu sein, im Anschluß an den materiellen Gehalt der Entscheidungen des *3. Senates* des BAG vom 8. 12. 1981<sup>32</sup> davon auszugehen, daß in erdiente Anwartschaften auch durch Änderungskündigung nur unter ganz gravierenden Voraussetzungen eingegriffen werden kann, etwa bei einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers, die das Unternehmen und damit auch die in ihm vorhandenen Arbeitsplätze gefährdet, oder bei einer unbeabsichtigten Überversorgung. Handelt es sich bei den Anwartschaften hingegen um solche, die noch nicht durch eine entsprechende Dauer der Betriebszugehörigkeit erdient sind, so streitet zugunsten des Arbeitnehmers nur sein Vertrauen auf den in Aussicht stehenden Erwerb künftiger Ansprüche. Hier muß es möglich sein, das Versorgungssystem an veränderte Bedürfnisse und an den Wandel rechtlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen anzupassen, auch ohne daß eine wirtschaftliche Notlage des Arbeitgebers vorliegt<sup>33</sup>. Berechnungsänderungen, die Ausdehnung auf weitere Gruppen der Belegschaft, aber auch Änderungen der Ertragslagen können die Änderungskündigung also rechtfertigen.

c) *Die Sozialauswahl bei der Änderungskündigung.* Wie sich aus dem Verweis des § 2 S. 1 KSchG zweifelsfrei ergibt, muß der Unternehmer auch bei der betriebsbedingten Änderungskündigung das Gebot der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten beachten. Was das bedeutet, hat das BAG in einem Urteil vom 13. 6. 1986<sup>34</sup> näher ausgeführt. Danach ist bei dem ersten Schritt der Prüfung der Sozialauswahl, also der Abgrenzung des Kreises der für die Sozialauswahl überhaupt in Betracht kommenden Arbeitnehmer, nicht nur auf die *Austauschbarkeit* hinsichtlich der bisherigen Arbeitsplätze, sondern auch auf die hinsichtlich der mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplätze abzustellen. Von dem Standpunkt aus, daß es für die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung auf die Betriebsbedingtheit der Änderung der Arbeitsbedingungen ankommt, ist das konsequent. Es genügt dann nicht zu fragen, welche Arbeitnehmer für eine Beendigungskündigung in Betracht gekommen wären, und nur noch bei dem sozial am wenigsten Schutzbedürftigen zu prüfen, ob ihm gegenüber statt einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung in Betracht kommt. Vielmehr muß dann auch erörtert werden, bei welchen Arbeitnehmern Änderungen der Arbeitsbedingungen möglich sind und welcher von diesen als der am wenigsten sozial Schutzbedürftige die Änderungskündigung letztlich hinzunehmen hat.

Was den zweiten Schritt der Prüfung der Sozialauswahl, die Herstellung einer *Reihenfolge* unter den für die Änderungskündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern nach sozialen Gesichtspunkten anlangt, so stimme ich mit dem BAG überein, daß nicht einfach die Maßstäbe herangezogen werden können, die für Sozialauswahl bei einer Beendigungskündigung gelten würden, sondern daß es darauf ankommt, welchem Arbeitnehmer die *angebotene Änderung der Arbeitsbedingung* in sozialer Hinsicht am ehesten zumutbar ist. Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit und Familienstand können nur unter diesem Blickwinkel von Bedeutung sein. Nicht für richtig halte ich es aber, wenn das BAG bei dieser Prüfung umfassend fragen will, „welchem Arbeitnehmer eine Umstellung auf die neue Tätigkeit nach seiner Vorbildung und seinen persönlichen Eigenschaften leichter oder schwerer fällt“, wobei „Wendigkeit, schnelle Auffassungsgabe, Anpassungsfähigkeit und Gesundheitszustand von Bedeutung“ sein sol-

len. Gewiß sind der Gesundheitszustand und die körperliche Anpassungsfähigkeit an veränderte Arbeitsbedingungen – etwa die Widerstandsfähigkeit gegen Umweltbelastungen – „soziale“ Gesichtspunkte. Von der Vorbildung und der beruflichen Eignung des Arbeitnehmers für die angebotene Tätigkeit kann man das aber nicht sagen. Gehört der Arbeitnehmer zu dem Kreis derer, die für die Sozialauswahl überhaupt in Betracht kommen, weil er für die neue Tätigkeit grundsätzlich geeignet ist, muß von ihm auch erwartet werden, daß er sich in fachlicher Hinsicht auf diese Tätigkeiten einstellt<sup>35</sup>.

Eine Rolle spielt die fachliche Eignung nur auf der dritten Stufe der Überprüfung der Sozialauswahl, nämlich der Feststellung, welche Arbeitnehmer wegen berechtigter betrieblicher Interessen trotz geringerer sozialer Schutzwürdigkeit aus der Sozialauswahl *auszunehmen* sind. Die in § 2 S. 1 KSchG ebenfalls ausdrücklich angeordnete entsprechende Änderung des § 1 III 2 KSchG muß insoweit dazu führen, daß nicht nur zu fragen ist, ob die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer an ihrem bisherigen Arbeitsplatz notwendig ist, sondern auch, ob ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis besteht, sie an dem angebotenen anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen. Wenn es bei der Änderungskündigung für die Austauschbarkeit sowohl auf die bisher innegehabten, wie auf die in Aussicht genommenen anderen Arbeitsplätze ankommt, muß der Arbeitgeber auch bei den letzteren seine legitimen betrieblichen Bedürfnisse zur Geltung bringen können.

Soweit es um die Herabsetzung von Entgelten und Sozialleistungen geht, so wird man bei einer *prozentual gleichmäßigen* Verringerung in der Regel von einer ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte ausgehen können. Lediglich in Sondersituationen, etwa wenn die herabgesetzte Leistung bei einer bestimmten Arbeitnehmergruppe einen sehr hohen Anteil des Verdienstes ausmacht, kann eine Differenzierung geboten sein.

#### 4. Prozessuale Probleme der Änderungskündigung

a) *Der Streitgegenstand der Änderungschutzklage.* Hat der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers wirksam unter Vorbehalt angenommen, so steht der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und ihm außer Streit. Es geht nur noch um die Frage, ob die vom Arbeitgeber beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen wirksam ist. Diesem gegenüber der normalen Kündigungsschutzklage anderen Streitgegenstand der Änderungschutzklage sucht § 4 S. 2 KSchG durch die Anordnung Rechnung zu tragen, daß im Falle des § 2 KSchG Klage auf Feststellung zu erheben ist, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist. Diese Wendung des Gesetzes darf indessen nicht zu eng verstanden werden. Es ist nicht die Absicht des Gesetzes, den Streitgegenstand allein auf die Feststellung der Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung zu beschränken. Vielmehr soll festgestellt werden, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die vom Arbeitgeber ausgesprochene Änderungskündigung überhaupt wirksam ist. Es wäre nicht sinnvoll, etwaige andere Unwirksamkeitsgründe der Änderungskündigung, z. B. die Nichtan-

31) NZA 1987, 168 = Betr 1986, 2027 = SAE 1987, 175 m. krit. Anm. Löwisch.

32) AP § 1 BetrAVG – Ablösung – Nr. 1 m. Anm. Herschel = Betr 1982, 46 = BB 1982, 186 und AP § 1 BetrAVG – Unterstützungskassen – Nr. 1 m. Anm. Herschel = BB 1982, 246 = Betr 1982, 50.

33) Vgl. Löwisch, SAE 1987, 187 im Anschluß an Betr 1983, 1709 ff., insb. 1713; ähnlich auch Blomeyer, Betr 1987, 638.

34) Betr 1987, 335.

35) Vgl. Schwerdtner, NJW 1987, 1607; Löwisch, AR-Blattei Kündigungsschutz I A, Entscheidung 7.

hörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG, den Verstoß gegen ein tarifvertragliches Kündigungsverbot oder die rechtliche Unzulässigkeit des Änderungsangebots aus dem Streitgegenstand, und damit aus der Rechtskraft der Entscheidung, auszuklammern mit der Folge, daß darüber nach Abschluß des Verfahrens über die Änderungsschutzklage ein weiterer Prozeß geführt werden könnte. Die Sachgründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, den Streitgegenstand der normalen Kündigungsschutzklage auf die Wirksamkeit der Kündigung insgesamt zu erstrecken, gelten für die Änderungsschutzklage entsprechend<sup>36</sup>.

b) *Die möglichen Ergebnisse des Änderungsschutzprozesses.* Die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen muß gem. § 4 S. 2 i. V. mit S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben werden. Hat der Arbeitnehmer die Klagfrist versäumt, so erlischt gem. § 7 Halbs. 2 KSchG der von ihm erklärte Vorbehalt. Die geänderten Arbeitsbedingungen werden endgültig wirksam. Wird die Änderungsschutzklage abgewiesen, weil sich die Änderung der Arbeitsbedingungen als gerechtfertigt erweist, so steht ebenfalls fest, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen endgültig wirksam ist, weil die vom Arbeitnehmer mit dem Vorbehalt gesetzte auflösende Bedingung für die Annahme der geänderten Arbeitsbedingungen entfallen ist. Gleiches muß gelten, wenn die Änderungsschutzklage wegen Versäumung der Klagfrist abgewiesen wird. Will sich der Arbeitnehmer in den vorgenannten Fällen mit den geänderten Arbeitsbedingungen nicht abfinden, so bleibt ihm nur übrig, seinerseits das Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Stellt das Gericht fest, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen sozialwidrig oder daß die Änderungskündigung aus einem anderen Grunde unwirksam ist, so tritt die auflösende Bedingung für die Annahme des geänderten Arbeitsvertrages ein, das Arbeitsverhältnis wird mit dem ursprünglichen Inhalt fortgesetzt, und der Arbeitgeber hat, wie schon gesagt, den Arbeitnehmer für die Vergangenheit so zu stellen, wie er stünde, wenn die Änderungskündigung nicht erfolgt wäre.

c) *Änderungskündigung und Weiterbeschäftigungsanspruch.* Während des laufenden Änderungsschutzverfahrens ist der Arbeitnehmer verpflichtet, nach Ablauf der Kündigungsfrist zu den geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten. Das ist der Preis, den er dafür bezahlt, daß er den Kündigungsschutzprozeß auf die Änderung der Arbeitsbedingungen beschränkt hat. Damit scheidet ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu den alten Arbeitsbedingungen, wie ihn das BAG für die Beendigungskündigung anerkennt, von vornherein aus<sup>37</sup>. Etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn nicht nur die Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen, sondern auch die Wirksamkeit des vom Arbeitnehmer erklärten Vorbehaltes, etwa dessen Rechzeitigkeit, in Streit steht. Muß in einem solchen Fall davon ausgegangen werden, daß der Arbeitnehmer eine vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebotes keinesfalls erklären wollte, führt die Abweisung der Änderungsschutzklage zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dann geht es im Kündigungsschutzprozeß in der Tat um das Arbeitsverhältnis insgesamt und muß deshalb die Möglichkeit eines Weiterbeschäftigungsanspruches nach einem dem Arbeitnehmer günstigen Urteil – unter den prozessualen Voraussetzungen des § 259 ZPO – bestehen<sup>38</sup>. Ist dagegen, wie das der Regelfall sein dürfte, davon auszugehen, daß der Arbeitnehmer für den Fall der Unwirksamkeit des Vorbehaltes die Änderung hinnehmen wollte, weil ihm das Arbeitsverhältnis erhält, so liegt eine vorbehaltlose Annahme vor und hat die dadurch be-

dingte Abweisung der Änderungsschutzklage nur zur Folge, daß der Arbeitnehmer zu den geänderten Arbeitsbedingungen weiterarbeiten muß. Die Lage ist nicht anders, als wenn das Gericht die Sozialwidrigkeit der Änderung nicht feststellen konnte.

### 5. Änderungskündigung und Mitbestimmung

a) *Die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte nach § 102 und §§ 99ff. BetrVG.* Gem. § 102 I BetrVG und den entsprechenden Vorschriften des Personalvertretungsrechts<sup>39</sup> sind Betriebsrat und Personalrat vor jeder Kündigung zu hören und ist eine ohne diese Anhörung ausgesprochene Kündigung unwirksam. Dies gilt auch für Änderungskündigungen. Denn auch die Änderungskündigung kann, wenn der Arbeitnehmer sich mit der Abänderung des Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden erklärt, zu dessen Beendigung führen und muß deshalb den mit der Einschaltung des Betriebsrats bzw. Personalrats verbundenen Schutz auslösen<sup>40</sup>. Zu den mitzuteilenden Kündigungsgründen gehört dabei neben den für die Kündigung maßgebenden Gründen auch die Unterrichtung über das Änderungsangebot<sup>41</sup>.

Ist die Änderungskündigung auf eine Versetzung oder Umgruppierung des Arbeitnehmers gerichtet, so greift in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG ein. Der Arbeitgeber muß vor der Versetzung oder Umgruppierung den Betriebsrat nach näherer Maßgabe des § 99 I BetrVG unterrichten. Dieser kann nach den Absätzen 2 und 3 aus bestimmten Gründen seine Zustimmung verweigern, mit der Folge, daß der Arbeitgeber, ehe er die Maßnahme durchführen kann, gem. § 99 IV BetrVG erst die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht erreichen muß, sofern nicht eine vorläufige Durchführung gem. § 101 BetrVG in Betracht kommt. Entsprechendes gilt im Bereich des öffentlichen Dienstes bei einer nach dem Personalvertretungsrecht<sup>42</sup> mitbestimmungspflichtigen Maßnahme hinsichtlich des Zustimmungsrechts des Personalrats.

Da auf die Änderungskündigung § 102 BetrVG und die entsprechenden Vorschriften des Personalvertretungsrechts<sup>43</sup> anzuwenden sind, entsteht in diesen Fällen das Problem einer Konkurrenz zwischen dem Verfahren nach diesen Vorschriften und dem nach den §§ 99ff. BetrVG und den entsprechenden Vorschriften des Personalvertretungsrechts. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte muß man bei der Lösung dieses Konkurrenzproblems davon ausgehen, daß die beiden mit unterschiedlicher Zielsetzung an unterschiedliche Tatbestände anknüpfenden Regelungen nebeneinander anzuwenden sind<sup>44</sup>. Beide Verfahren können jedoch gekoppelt werden. Der Arbeitgeber kann die Unterrichtung des Betriebsrats bzw. Personalrats so vornehmen, daß sowohl der Anhörungspflicht hinsichtlich der Kündigung wie der Unterrichtungspflicht hinsichtlich der Versetzung usw. genügt wird. Dies hat dann zur Folge, daß der Betriebs- bzw.

36) BAG, BB 1983, 2260.

37) BAG, NZA 1985, 709 = AP § 767 ZPO Nr. 4 = Betr 1985, 2461 = BB 1985, 2179; LAG München, Betr 1987, 1099.

38) BAG, NZA 1985, 709.

39) Vgl. §§ 79, 108 II BPersVG.

40) BAG, AP § 75 BPersVG Nr. 1 = Betr 1978, 1135.

41) BAG, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 2 = Betr 1982, 1520 und Betr 1984, 620.

42) Vgl. § 75 BPersVG.

43) Vgl. § 79 BPersVG.

44) BAG, AP § 75 BPersVG Nr. 1 und BAG, NZA 1986, 536 = AP § 99 BetrVG 1972 Nr. 32 = AR-Blattei mit Anm. Löwisch; s. näher und m. Literaturnachw. Galperin-Löwisch § 99 Anm. 27.

Personalrat sich innerhalb der vom Gesetz bestimmten Fristen sowohl zur Änderungskündigung wie zur Versetzung usw. äußern muß, widrigenfalls seine Zustimmung zu beiden Maßnahmen als erteilt gilt<sup>45</sup>.

b) *Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG.* Setzt der Arbeitgeber das Mittel der Änderungskündigung ein, um allgemein für den Betrieb oder für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen zu verändern, so unterliegt die Festlegung der Grundsätze für die geplanten Änderungen insoweit der Mitbestimmung des Betriebsrats, als eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit i. S. des § 87 I BetrVG betroffen ist<sup>46</sup>. Dies trifft angesichts der weiten Auslegung, welche das BAG dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 I Nr. 10 BetrVG gegeben hat, regelmäßig zu, wenn es um die Änderung von Entgelten oder Sozialleistungen, wie betriebliche Ruhegelder, geht<sup>47</sup>. Allerdings kann in einem solchen Fall der Betriebsrat seine Mitwirkung nicht verweigern, bis geklärt ist, ob die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt ist. Vielmehr muß er über die Modalitäten der Neuregelung unter dem Vorbehalt ihrer individualrechtlichen Zulässigkeit verhandeln und mitbestimmen<sup>48</sup>. Übergeht der Arbeitgeber dieses Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung der allgemeinen Grundsätze, so ist die Änderungskündigung unwirksam<sup>49</sup>.

#### 6. Die außerordentliche Änderungskündigung

a) *Fallgruppen außerordentlicher Änderungskündigungen.* Eine Änderungskündigung kann grundsätzlich auch als außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB erklärt werden. Ein praktisches Bedürfnis für solche außerordentlichen Änderungskündigungen besteht einmal dort, wo lange gesetzliche Kündigungsfristen laufen, aber sehr kurzfristig eine Änderung der Arbeitsbedingungen unumgänglich ist. Zum anderen erfüllt sie eine Funktion in den Fällen, in denen vertraglich oder tarifvertraglich die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, wie das für Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit und Erreichen eines bestimmten Lebensalters immer häufiger vorkommt. Derartige Vereinbarungen sind in der Regel dahin zu verstehen, daß sie gerade auch die ordentliche Änderungskündigung ausschließen wollen, um den Arbeitnehmern so ihren einmal erreichten Status ungeschmälert zu erhalten. Das löst auf der anderen Seite das Bedürfnis aus, in den Fällen, in denen eine Änderung der Arbeitsbedingungen unabweisbar notwendig ist, eine außerordentliche Änderungskündigung zuzulassen. Drittens geht es um den Ausschluß der ordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, anderen Amtsträgern und Wahlbewerbern nach § 15 KSchG. Das BAG steht in ständiger Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß diese Vorschrift auch ordentliche Änderungskündigungen ausschließt, und zwar selbst dann, wenn es nur um eine Änderungskündigung geht, die in gleicher Weise auch andere Arbeitnehmer trifft<sup>50</sup>. Das macht die Anerkennung der Möglichkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung gegenüber diesem Personenkreis unumgänglich, um wenigstens in krassen Fällen zu verhindern, daß Amtsträger und Wahlbewerber auf unabsehbare Zeit ihre bisherigen Arbeitsbedingungen behalten, während ihre die gleiche Arbeit leistenden Kollegen sich mit neuen Arbeitsbedingungen haben abfinden müssen.

b) *Der „wichtige Grund“ bei der außerordentlichen Änderungskündigung.* Das BAG geht mit der herrschenden Meinung davon aus, daß auch auf die außerordentliche Änderungskündigung die Regeln der §§ 2, 4 S. 2 und 8 KSchG entsprechend anzuwenden sind<sup>51</sup>. Ich teile diese Auffassung angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 13 I 2

KSChG nicht, will auf die Kontroverse aber im Rahmen dieses Beitrages nicht näher eingehen<sup>52</sup>.

Folgt man dem BAG, so ist es konsequent, für die Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund i. S. des § 626 I BGB gegeben ist, nicht anders als bei der ordentlichen Änderungskündigung auf die vom Arbeitgeber beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen abzuheben<sup>53</sup>. Begründet ist die außerordentliche Änderungskündigung danach dann, „wenn die alsbaldige Änderung der Arbeitsbedingungen nachweisbar notwendig ist und die neuen Bedingungen für den Arbeitnehmer zumutbar sind“. Das BAG hat neuerdings den Versuch gemacht, diesen Prüfungsmaßstab durch eine Zweiteilung der Zumutbarkeitsprüfung zu konkretisieren. Zunächst sei zu fragen, ob die Änderung aus der Sicht des Arbeitgebers unabweisbar bzw. durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sei, weil das Festhalten an den bisherigen Arbeitsbedingungen für ihn unzumutbar ist. Sodann sei in einem zweiten Prüfungsabschnitt zu fragen, ob die geänderten Bedingungen für den Arbeitnehmer zumutbar sind. Auf diese Weise dem Arbeitgeber das möglicherweise Unzumutbare zuzumuten, begegnet Bedenken. Ob die außerordentliche Änderungskündigung wirksam ist, hängt nach § 626 I BGB letztendlich davon ab, ob dem „Kündigenden“ die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „nicht zugemutet werden kann“. Ob dies der Fall ist, soll „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile“ festgestellt werden. Damit ist eine Gesamtabwägung vorgeschrieben, die es verbietet, zwei von einander getrennte, sich möglicherweise widersprechende Zumutbarkeitsfeststellungen einerseits für den Kündigenden und andererseits für den Gekündigten zu treffen. Wenn man die Vorstellung des BAG von auseinanderzuhaltenden Abschnitten der Prüfung einer Änderungskündigung aufrechterhalten will, muß man deshalb von drei solchen Abschnitten ausgehen. Herauszuarbeiten ist zunächst das Interesse des Arbeitgebers an der Änderung der Arbeitsbedingungen. Dann ist das Interesse des Arbeitnehmers festzustellen. Und schließlich ist zur Fällung eines endgültigen Urteils eine Gesamtabwägung der Interessen vorzunehmen.

Soweit es um die *Herabsetzung des Entgelts*, etwa von Zulagen oder betrieblichen Sozialleistungen geht, kann ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers nur bei einer wirtschaftlichen Notlage angenommen werden, die den Grad eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage erreicht. Der unkündbare Vertragsinhalt ist Teil des Status der Unkündbarkeit, der ein wohlverworbenes Individualrecht des Arbeitnehmers darstellt. Auf die betriebliche Altersversorgung bezogen bedeutet das, daß unkündbaren Arbeitnehmern auch noch nicht erdiente Anwartschaften lediglich im Falle einer wirtschaftlichen Notlage entzogen werden können. Geht man mit dem BAG davon aus, daß der Zweck des § 15 KSchG in der Erhaltung des arbeitsvertraglichen status quo besteht<sup>54</sup> muß dies dann auch für die Ruhegeldanwartschaften des in dieser Vorschrift geschützten Personenkreises gelten.

Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Änderungskündigung zum Zwecke der *Versetzung* des Arbeit-

45) Vgl. §§ 99 III, 102 II 1 BetrVG, § 69 II BPersVG und im übrigen Galperin-Löwisch, § 99 Anm. 28.

46) Vgl. LAG Frankfurt, Betr 1987, 1844, für den Fall der Einführung von Schichtarbeit durch Änderungskündigung.

47) BAG (GS), NZA 1987, 168 = Betr 1986, 2027 = SAE 1987, 175 m. Anm. Löwisch und BAG, AP § 87 BetrVG - Lohngestaltung - Nr. 4 = BB 1981, 789 für die Festlegung von Grundsätzen, nach denen Widerrufsvorbehalte ausgeübt werden sollen.

48) BAG (GS), NZA 1987, 168.

49) BAG, AP § 87 BetrVG - Lohngestaltung - Nr. 4, für den Widerruf.

50) Zuletzt BAG, AP § 9 KSchG 1969 Nr. 6.

51) Vgl. zuletzt BAG, NZA 1987, 94 = Betr 1986, 2604.

52) Vgl. dazu Herschel-Löwisch (o. Fußn. 2), § 2 Anm. 52f.

53) BAG, AP § 626 BGB - Änderungskündigung - Nr. 1 = BB 1973, 1212.

54) BAG, AP § 15 KSchG 1969 Nr. 10 = Betr 1981, 2283 = BB 1981, 2069.

nehmers wird dort anzunehmen sein, wo der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers, etwa infolge einer Betriebsänderung, weggefallen ist oder wo der Arbeitnehmer die Anforderungen des Arbeitsplatzes schlechterdings nicht mehr erfüllt. Einen Arbeitnehmer nur zu bezahlen, aber nicht beschäftigen zu können, ist regelmäßig unzumutbar.

c) *Außerordentliche Änderungskündigung und ordentliche Kündigungsfristen.* Es besteht Einigkeit darüber, daß eine außerordentliche Änderungskündigung, die die Funktion einer tarifvertraglich ausgeschlossenen ordentlichen Kündigung übernimmt, die gesetzlichen und tarifvertraglichen Kündigungsfristen einhalten muß, die gelten würden, wäre die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen<sup>55</sup>. Regelmäßig sind diese Fristen auch einzuhalten, wenn es um die außerordentliche Kündigung eines nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmers geht<sup>56</sup>. Nur dort, wo die Situation des Unternehmers die Durchbrechung auch dieser Fristen erfordert, kann die außerordentliche Änderungskündigung der unkündbaren Arbeitnehmer wie auch der an sich ordentlich kündbaren Arbeitnehmer kurzfristig erfolgen.

d) *Außerordentliche Änderungskündigung und Frist des § 626 II BGB.* Auf die außerordentliche Änderungskündigung ist auch § 626 II BGB anzuwenden. Der Lauf der dort festgelegten Ausschlussfrist beginnt im Fall der betriebsbedingten Änderungskündigung, wenn *feststeht*, welche bestimmten Arbeitnehmer nicht mehr auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz oder nicht mehr zu ihren bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden können und deshalb Änderungskündigungen notwendig sind<sup>57</sup>.

## II. Änderung von Arbeitsbedingungen ohne Änderungskündigung

### 1. Änderung durch Änderungsvertrag

Keinen Bedenken begegnet regelmäßig die nach § 305 BGB mögliche Änderung der Arbeitsbedingungen durch Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Verbindet der Arbeitgeber das Angebot zum Abschluß eines solchen Änderungsvertrages mit der Erklärung, er werde, wenn der Arbeitnehmer sich nicht einverstanden erkläre, eine Änderungskündigung aussprechen, so stellt das keine widerrechtliche Drohung i. S. des § 123 BGB dar<sup>58</sup>. Erst die Androhung einer ordentlichen oder gar außerordentlichen *normalen* Kündigung, um den Arbeitnehmer zum Abschluß eines Änderungsvertrages zu veranlassen, muß als unverhältnismäßig und damit widerrechtlich i. S. des § 123 BGB angesehen werden, weil ein verständiger Arbeitgeber, dem es nur um die Änderung geht, zu diesem Mittel angesichts der Möglichkeit der Änderungskündigung nicht greift<sup>59</sup>.

Verfährt der Arbeitgeber bei derartigen Änderungsverträgen nach allgemeinen Grundsätzen, unterliegen diese, soweit § 87 I BetrVG eingreift, es etwa um eine Veränderung der Versorgungsordnung geht, der Mitbestimmung durch den Betriebsrat. Es gilt insoweit nichts anderes als bei der Änderungskündigung.

### 2. Änderung durch einseitige Leistungsbestimmung

a) *Das Verhältnis von einseitiger Leistungsbestimmung und Änderungskündigung.* Soweit das ihm zustehende Direktionsrecht reicht oder soweit ihm sonst ein vertragliches Leistungsbestimmungsrecht i. S. des § 315 BGB, insbesondere ein Widerrufsvorbehalt eingeräumt ist, kann der Arbeitgeber durch dessen Ausübung eine von ihm für notwendig gehaltene Änderung der Arbeitsbedingungen her-

beiführen. Eine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes liegt in der Zulassung dieser Wege zur Änderung der Arbeitsbedingungen nicht. Vielmehr wird gegenüber der Ausübung des Direktionsrechts oder der einseitigen Leistungsbestimmung der Vertragsinhaltsschutz dadurch gewahrt, daß jene nur nach billigem Ermessen erfolgen können<sup>60</sup>.

Die Maßstäbe des billigen Ermessens sind dabei auch nicht notwendig die der sozialen Rechtfertigung i. S. des § 1 KSchG. So ist es insbesondere möglich, das billige Ermessen vertraglich näher zu konkretisieren. Etwa kann die Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufs bei Vorliegen „betrieblicher Gründe“ und nicht erst beim Vorliegen „dringender betrieblicher Gründe“ vertraglich zugelassen werden<sup>61</sup>.

Nicht in Betracht kommt eine Änderung der Arbeitsbedingungen auf Grund eines vorbehaltenen Leistungsbestimmungsrechts nur dort, wo wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages, etwa die Lohnzahlungspflicht als Ganzes, der einseitigen Änderung unterliegen sollen. Hier würde praktisch der Kündigungsschutz auch als Bestandschutz umgangen, was nicht zulässig sein kann<sup>62</sup>.

Auf die Änderung der Arbeitsbedingungen durch einseitige Leistungsbestimmung sind die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes über die Änderungskündigungen nicht anzuwenden. Insbesondere muß der Arbeitnehmer, wenn er sich gegen eine im Wege der Leistungsbestimmung erfolgende Änderung seiner Arbeitsbedingungen wendet, nicht die Klagfrist des § 4 KSchG einhalten<sup>63</sup>.

Die Umdeutung einer sich als unwirksam erweisenden einseitigen Leistungsbestimmung in eine Änderungskündigung kommt schon wegen der vom Arbeitnehmer gegenüber der Kündigung einzuhaltenden Klagfrist nicht in Betracht<sup>64</sup>. Möglich ist aber, daß der Arbeitgeber mit der einseitigen Leistungsbestimmung eine vorsorgliche Änderungskündigung für den Fall verbindet, daß erstere sich als unwirksam erweist. Hierin liegt lediglich eine zulässige Rechtsbedingung.

Das BAG meint, dem Arbeitgeber sei dort, wo die Ausübung eines vertraglichen Leistungsbestimmungsrechts möglich ist, die Änderungskündigung versagt. Ihre Ausübung sei wegen der damit verbundenen „Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses“ unverhältnismäßig<sup>65</sup>. Das ist nicht richtig. Angesichts der Regelung der §§ 2, 4 S. 2, 8 KSchG ist mit der Änderungskündigung heute keine ins Gewicht fallende Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses mehr verbunden. Zudem nötigt die Auffassung des BAG den Arbeitgeber geradezu, in Zweifelsfällen mit einer Änderungskündigung die einseitige Leistungsbestimmung, insbesondere einen Widerruf zu verbinden. Ein derartiger Zwang zur Komplizierung des Verfahrens sollte vermieden werden, in-

55) BAG, NZA 1985, 559 = AP § 626 BGB Nr. 86 m. Anm. *Herschel* = Betr 1985, 1743 = BB 1985, 1915.

56) BAG, AP § 9 KSchG 1969 Nr. 6.

57) BAG, AP § 626 BGB – Ausschlussfristen – Nr. 102.

58) *Dungl*, in: Festschr. f. Floretta, S. 359.

59) Vgl. *Herschel-Löwisch* (o. Fußn. 2), § 2 Anm. 81.

60) Für das Direktionsrecht BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 26 m. Anm. *Löwisch* = BB 1980, 1267; für die Ausübung eines Widerrufsvorbehalts BAG, AP § 315 BGB Nr. 12 = BB 1971, 309 und BB 1983, 1791 = Betr 1983, 1368 = EzA § 315 BGB Nr. 28 m. Anm. *Herschel*; diese Entscheidungen verneinen die vom BAG in der Entscheidung AP § 611 BGB – Lohnzuschläge – Nr. 5 = BB 1967, 744, offengelassene Frage, ob auch ein Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben zulässig ist.

61) BAG, BB 1983, 1791.

62) BAG, BB 1983, 1791; vgl. auch BAG, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 6; das Problem, um das es in dieser Entscheidung ging, nämlich ein Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers über den Umfang der entgeltpflichtigen Grundarbeitszeit, ist inzwischen durch § 4 BeschFG gelöst.

63) BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 8 = BB 1960, 445.

64) *LAG Berlin*, EzA § 140 BGB Nr. 6.

65) BAG, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 3 = BB 1983, 1413.

dem man die Wege der einseitigen Leistungsbestimmung und der Änderungskündigung unabhängig voneinander bestehen läßt.

b) *Die einseitige Leistungsbestimmung kraft Direktionsrechts.* Eine Änderung der Arbeitsbedingungen durch einseitige Leistungsbestimmung ist nur soweit möglich, wie das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers sachlich reicht. Die Feststellung dieser sachlichen Reichweite bereitet beim Direktionsrecht häufig Schwierigkeiten. Sie hängt in erster Linie von der engeren oder weiteren Beschreibung der Arbeitspflicht im Arbeitsvertrag und den diesen gestaltenden Bestimmungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ab<sup>66</sup>. Nur soweit dieser Rahmen nicht überschritten wird, kann der Arbeitgeber auf Grund des Direktionsrechts die Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen, einen Wechsel in der Art der Beschäftigung vorschreiben oder den Arbeitsbereich verkleinern<sup>67</sup>.

Regelmäßig nicht mehr vom Direktionsrecht gedeckt ist eine Veränderung der Arbeitsleistung, die zu einer Änderung des Arbeitsentgelts führt. Daß der Arbeitnehmer von vornherein mit Maßnahmen des Arbeitgebers einverstanden ist, die zu einer Veränderung des Arbeitsentgelts führen, kann ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht angenommen werden<sup>68</sup>.

Nicht mehr vom Direktionsrecht gedeckt ist auch die Übertragung einer grundlegend anderen Tätigkeit, etwa die Beschäftigung eines Pförtners als Nachtwächter<sup>69</sup>. Auch der Wechsel von Akkordarbeit zu Zeitarbeit und umgekehrt stellt eine so gravierende Änderung der Tätigkeit dar, daß sie mangels konkreter Anhaltspunkte im Arbeitsvertrag vom Direktionsrecht nicht gedeckt ist<sup>70</sup>. Hingegen ist die Verwendung eines als „kaufmännischer Angestellter“ angestellten Arbeitnehmers im Innendienst statt bisher im Außendienst angesichts der Weite der Formulierung vom Direktionsrecht gedeckt<sup>71</sup>.

Die Arbeitspflicht kann, ohne daß der Wortlaut des Arbeitsvertrages verändert worden ist, durch die langandauernde Übertragung einer bestimmten Tätigkeit auf diese konkretisiert werden, mit der Folge, daß die Zuweisung einer anderen Tätigkeit kraft Direktionsrecht nicht mehr möglich ist<sup>72</sup>.

c) *Die einseitige Leistungsbestimmung kraft Widerrufsvorbehalts – insbesondere bei Versorgungsleistungen.* Da es sich beim Widerrufsvorbehalt um ein ausdrücklich eingeräumtes Leistungsbestimmungsrecht handelt, ist seine – von den Parteien gewollte – sachliche Reichweite meist leicht feststellbar. Das Problem liegt allein bei der Bestimmung der Billigkeitsgrenzen für die Ausübung des Vorbehalts. Was insoweit den Fall der betrieblichen Ruhegeldordnung angeht, der durch die Entscheidung des Großen Senats des BAG<sup>73</sup> zur Beschränkung ablösender Betriebsvereinbarungen besondere Bedeutung erlangt hat, so wird in der Literatur nahezu einhellig die Auffassung vertreten, aus der neueren Rechtsprechung des BAG ergebe sich, daß ein Widerruf billigem Ermessen überhaupt nur dann entsprechen, wenn sich das Unternehmen in einer wirtschaftlichen Notlage befindet. Die Widerrufsvorbehalte seien damit nur deklaratorischer Natur, denn wegen wirtschaftlicher Notlage könnten Ruhegeldzusagen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auch ohne Vorbehalt angepaßt werden<sup>74</sup>.

Diese Auffassung ist nur zum Teil richtig. Zwar hat das BAG in der Tat ausgeführt, daß ein Vorbehalt eine Kürzung oder Einstellung von Versorgungsbezügen nur dann und in dem Umfange erlaube, wie es zur Rettung des Unternehmens unerläßlich scheint, und daß in einem solchen Fall sinngemäß die Grundsätze gälten, die das Ge-

richt in seiner Entscheidung vom 10. 12. 1971<sup>75</sup> für die Einstellung und Kürzung von Versorgungsleistungen bei vorbehaltlosen Versorgungszusagen aufgestellt hat<sup>76</sup>. Auch trifft es zu, daß das BAG in einer weiteren Entscheidung sich auf den Standpunkt gestellt hat, daß die Anwartschaften aus individuellen Versorgungszusagen trotz eines Widerrufsvorbehalts ebenfalls nur unter diesen strengen Voraussetzungen gekürzt werden können<sup>77</sup>.

Indessen ist es etwas anderes, in bereits entstandene Ruhegeldansprüche von Pensionären oder in eine individuelle Versorgungszusage einzugreifen, als eine einheitlich geltende Versorgungsordnung gegenüber den noch aktiven Arbeitnehmern hinsichtlich ihrer künftig erst entstehenden Anwartschaften anzupassen. Daß den Pensionären gegenüber eine Kürzung ihrer Ruhegelder nur unter strengen Voraussetzungen der Billigkeit entsprechen kann, leuchtet ein. Und es erscheint auch vertretbar, demjenigen, der eine individuelle Versorgungszusage erhalten hat, diese nicht nur gegenüber dem Eingriff durch ablösende Betriebsvereinbarungen, sondern auch gegenüber einem vorbehaltenen Widerruf weitgehend zu sichern. Aber der Anpassung abstrakt-genereller Versorgungsordnungen kann der Grundsatz der Billigkeit keine derartig engen Grenzen setzen. Die begünstigten Arbeitnehmer können, wie das BAG in den schon im Zusammenhang mit der Änderungskündigung (oben I 3b) erörterten Entscheidungen vom 8. 12. 1981<sup>78</sup> richtig formuliert hat, nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß die einmal geschaffene Versorgungsordnung unverändert aufrechterhalten bleiben werde. In einer sich ständig wandelnden Welt dürfen Versorgungssysteme nicht versteinern, müssen Anpassungen an veränderte Versorgungsbedürfnisse sowie rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen möglich bleiben. Die einzelnen begünstigten Arbeitnehmer dürfen demgegenüber nicht erwarten, daß die Entwicklung gerade vor ihrer Versorgungsplanung Halt macht. Sie müssen billigerweise damit rechnen, daß die Versorgungsordnung aus sachlichen Gründen geändert wird.

66) BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 14 = BB 1962, 297; AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 24 = BB 1973, 1356.

67) BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 26 m. Anm. Löwisch = BB 1980, 1267.

68) BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 2 = BB 1958, 1094; AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 22; AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 172 = BB 1976, 793; zu Einzelbeispielen vgl. Herschel-Löwisch (o. Fußn. 2), § 3 Anm. 73.

69) LAG Düsseldorf, BB 1959, 667.

70) LAG Düsseldorf, WA 1950, 161; a. M. LAG Hamm, BB 1960, 824.

71) BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 26.

72) BAG, AP § 611 BGB – Direktionsrecht – Nr. 14, für die Konkretisierung der Tätigkeit eines Arbeitnehmers des öffentlichen Dienstes auf eine bestimmte Vergütungsgruppe; LAG Düsseldorf, Betr 1974, 1967, für den jahrelangen Einsatz als Kraftfahrer. Dies gilt aber nicht immer, so wird man nicht annehmen können, daß auch eine ausgesprochene Vertrauensposition durch bloßen Zeitablauf zum Vertragsinhalt wird.

73) BAG, NZA 1987, 94.

74) Blomeyer-Otto, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 1984, Einl. Anm. 361; Heubeck-Höhne-Paulsdorff-Rau-Weinert, BetrAVG 1, 2. Aufl. (1982), § 1 Anm. 412 jew. m. w. Nachw.; Schulin, Betr 1984, Beil. Nr. 10, S. 4; Kemper, Betr 1987, 986.

75) AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 154 = BB 1972, 317 = Betr 1972, 419 = SAE 1973, 246 m. Anm. Richardi.

76) BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 15 = BB 1972, 1009 = Betr 1972, 1069 = SAE 1973, 96 m. Anm. Sieg; im Prinzip nicht anders BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 175 = BB 1977, 1353 = Betr 1977, 1655; auch BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Unterstützungskassen – Nr. 12 = BB 1981, 979 = Betr 1981, 750, wo diese Grundsätze auf einen Fall angewandt worden sind, in dem die Satzung einer Unterstützungskasse einen Rechtsanspruch auf die Versorgungsleistungen ausschloß.

77) BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 177 = BB 1978, 450 = Betr 1978, 545.

78) ZIP 1985, 257.

Diesen Spielraum allein der vorbehaltenen ablösenden Betriebsvereinbarung einzuräumen, macht, wie Coester<sup>79</sup> zutreffend herausgearbeitet hat, keinen Sinn. Der Arbeitnehmer ist gegenüber der Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufs des Arbeitgebers nicht weniger, aber auch nicht mehr schutzbedürftig als gegenüber jenem. Dieser gleiche Schutz ist aber gewährleistet, weil die Ausübung des vorbehaltenen Widerrufs nach § 315 BGB der gerichtlichen Kontrolle auf die Einhaltung des billigen Ermessens ebenso unterliegt wie die ablösende Betriebsvereinbarung der aus § 75 BetrVG abgeleiteten Billigkeitskontrolle. Maßstab sind dabei die in den Entscheidungen vom 8. 12. 1981 entwickelten Grundsätze<sup>80</sup>. Vorzuziehen ist also – auf der Grundlage der Unterscheidung von erdienten und noch nicht erdienten Anwartschaften – zunächst eine „abstrakte“ Billigkeitskontrolle, welche die Verschlechterung der Leistungsordnung insgesamt betrachtet. Danach ist im Sinne einer „konkreten“ Billigkeitskontrolle in einer zweiten Stufe zu überprüfen, ob eine insgesamt billigenwerte Neuregelung für den Einzelfall korrigiert werden muß, weil sie dort zu unbilligen Härten führt.

d) Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der einseitigen Leistungsbestimmung. Auch wenn eine vom Arbeitgeber angeordnete Änderung der zu leistenden Arbeit vom Direktionsrecht individualrechtlich gedeckt ist, kann sie doch kollektivrechtlich als Versetzung nach § 95 III BetrVG aufzufassen sein. Sie ist dann im Rahmen des § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

Wird das Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung, insbesondere der Widerrufsvorbehalt, genutzt, um allgemein oder für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen zu verändern, unterliegt die Festsetzung der Grundsätze, nach denen die Veränderung erfolgen soll, insoweit der Mitbestimmung, als Angelegenheiten des § 87 I BetrVG betroffen sind. Das insoweit zur Änderungskündigung Gesagte (oben I 5b) gilt auch hier.

### 3. Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen

In der Entscheidung vom 13. 6. 1986<sup>81</sup> hat das BAG erstmals die Möglichkeit anerkannt, im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses einzelne Arbeitsbedingungen zu befristen. Damit ist ein weiterer Weg eröffnet, Arbeitsbedingungen änderbar zu halten. Praktisch ist nicht nur an den Fall der befristeten Übertragung einer bestimmten Funktion zu denken, um den es in der erwähnten Entscheidung des BAG ging, sondern auch an die befristete Vollzeitarbeit einer eigentlichen Teilzeitkraft, an die befristete Einführung bestimmter Arbeitszeitformen, etwa der gleitenden Arbeitszeit, vor allem wenn diese im Betrieb erst erprobt werden soll sowie an die befristete Gewährung von Entgeltzulagen und Sozialleistungen.

Gegenüber dem Kündigungsschutzgesetz muß – abgesehen vom Geltungsbereich des § 1 BeschFG – auch die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen dem Grunde und der Dauer nach sachlich gerechtfertigt sein. Dabei gelten indessen nicht ohne weiteres die für die Befristung von Arbeitsverträgen insgesamt aufgestellten Grundsätze. Vielmehr sind diese wegen der regelmäßig geringeren sozialen Schutzbedürftigkeit unter Beachtung der spezifischen Zielsetzung des kündigungsschutzrechtlichen Vertragseinhaltsschutzes zu modifizieren<sup>82</sup>.

Gegenüber der Änderungskündigung und der einseitigen Leistungsbestimmung kann sich das Gestaltungsmittel der Befristung deshalb als vorteilhaft erweisen, weil maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung allein der der Festlegung der befristeten Arbeitsbedingungen ist, weil das Fehlen des Sachgrundes im Streitfall vom Arbeitnehmer nachzuweisen ist und weil

die Frage der Sozialauswahl hier keine Rolle spielt. Der Arbeitgeber erhält so in vielen Fällen eine festere Basis für seine Disposition: Kann er im Zeitpunkt der Befristung sicher sein, für sie einen sachlichen Grund zu haben, so verleiht ihm das die weitere Sicherheit, für den Zeitpunkt des Ablaufs der Befristung neu disponieren zu können, gleichgültig wie die betriebliche Entwicklung verlaufen ist, wie sich die Verhältnisse der von der Befristung betroffenen Arbeitnehmer inzwischen darstellen und wie diese Umstände von den Gerichten beurteilt werden. Zwar ist mit der Befristung das Risiko verbunden, für die Dauer der festgelegten Geltungszeit an die Vertragsbedingungen gebunden zu sein. Aber auch dieses Risiko kann sogar noch eingeschränkt werden, indem ein Kündigungs- oder Widerspruchsrecht vereinbart wird<sup>83</sup>.

Wird einem bereits im Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer befristet eine bestimmte Funktion übertragen, so löst das das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG aus, wenn die Übertragung den Begriff i. S. des § 95 III BetrVG erfüllt. Erfolgt die befristete Übertragung der Funktion schon bei der Einstellung, so unterliegt sie als Modalität der Einstellung ebenfalls diesem Beteiligungsrecht. Das führt aber nicht dazu, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zu der Versetzung oder Einstellung mit der Begründung verweigern könnte, die Befristung sei wegen Fehlens eines sachlichen Grundes unzulässig. Denn § 99 BetrVG bezweckt nicht die Abwehr von Rechtsverstößen des Arbeitgebers bei der Vertragsgestaltung, hier der Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes, sondern nur den Schutz des Arbeitnehmers wie der übrigen Belegschaft vor ungerechtfertigten Nachteilen, die sich aus der tatsächlichen Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ergeben<sup>84</sup>.

Wird die Wirkung einer befristeten Bedingung des Arbeitsvertrages durch den Zeitablauf beendet, so erfüllt dies nicht den Tatbestand der Kündigung i. S. des § 102 BetrVG<sup>85</sup>. Ist allerdings die Befristung sachlich nicht gerechtfertigt und damit für die Beendigung der Wirkung der Vertragsbedingung eine Änderungskündigung notwendig, so unterliegt diese dem Mitbestimmungsrecht nach § 102 BetrVG<sup>86</sup>.

Die Vergabe von Zulagen zum Arbeitsentgelt und von Sozialleistungen gehören zur betrieblichen Lohngestaltung und unterliegt damit der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 10 BetrVG. Mitbestimmungspflichtig ist dabei aber nur die Lohngestaltung im eigentlichen Sinne, also die technische Seite der Entgeltfindung, nicht auch die Entscheidung über die Vergabe der Zulagen und Sozialleistungen überhaupt. Ob der Arbeitgeber solche Leistungen vergibt, welchen Zweck er mit ihnen verfolgt, welchem Personenkreis er sie zukommen läßt und welchen finanziellen Aufwand er für sie vorsieht, ist seiner Entscheidung ebenso vorbehalten wie die Abschaffung, Zweckänderung und Kürzung des finanziellen Aufwands für solche Zulagen<sup>87</sup>. Daraus folgt, daß auch die Entscheidung der Frage, ob er solche Leistungen unbefristet oder befristet

79) BB 1984, 799 ff.; s. auch schon Sieg, SAE 1973, 99 ff.

80) Vgl. Coester, BB 1984, 802 f. und zuletzt BAG, Betr 1987, 1639.

81) Betr 1987, 1029.

82) BAG, Betr 1987, 1099; vgl. Löwisch, zFA 1986, 5 ff.

83) Dazu, daß bei der Ausübung eines solchen zusätzlichen Kündigungs- oder Widerrufsrechts strenge Anforderungen an die soziale Rechtfertigung bzw. die Billigkeit der Ermessensausübung zu stellen sind, vgl. Löwisch, BB 1985, 1201.

84) BAG, AP § 99 BetrVG 1972 Nr. 8 = BB 1979, 422 = Betr 1978, 2033 und AP § 99 BetrVG 1972 Nr. 21 = Betr 1986, 124 = BB 1986, 525.

85) Vgl. Galperin-Löwisch, BetrVG, 6. Aufl. (1982), § 102 Anm. 15.

86) Galperin-Löwisch (o. Fußn. 85), § 102 Anm. 16.

87) Vgl. m. Nachw. Löwisch, BetrVG, 1985, § 87 Anm. 87 f.

für eine bestimmte Zeit gewähren will, allein beim Arbeitgeber liegt. Allerdings ist, was die Zulagen zum Arbeitsentgelt angeht, zu beachten, daß die Rechtsprechung des BAG dem Betriebsrat auch hinsichtlich an sich mitbestimmungsfreier Fälle einer Entgeltregelung ein *Zustimmungsrecht* gewährt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, daß sich auch die Entscheidungen des Arbeitgebers in diesem mitbestimmungsfreien Raum letztlich auf das innerbetriebliche Lohngefüge auswirken<sup>88</sup>. Verweigert der Betriebsrat im Hinblick auf die Befristung seine Zustimmung zur Einführung einer vom Arbeitgeber geplanten Entgeltzulage, so muß der Arbeitgeber also entweder von der Befristung oder von der Einführung der Zulage überhaupt absehen oder aber gem. § 87 II BetrVG die Einigungsstelle anrufen, um die von ihm geplante Regelung durchzusetzen.

---

88) BAG, AP § 87 BetrVG 1972 – Lohngestaltung – Nr. 2 = BB 1979, 1824 = Betr 1979, 2496; AP § 87 BetrVG 1972 – Vorschlagswesen – Nr. 1 m. Anm. *Herschel* = BB 1982, 861 = Betr 1981, 1882 und AP § 87 BetrVG 1972 – Prämie – Nr. 1 = BB 1982, 245 = Betr 1982, 1276.