

Aktenzeichen: 2 AZR 368/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 6. September 2007
- 2 AZR 368/06 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 7. Dezember 2004
- 16 Ca 2511/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 20. Januar 2006
- 11 Sa 755/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Änderungskündigung - Ablehnung des Änderungsangebotes - Direktionsrecht

Gesetz:

KSchG § 2

Leitsätze:

keine



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 368/06
11 Sa 755/05
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
6. September 2007

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Anschlussberufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und Revisionsbe-
klagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 6. September 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und Löllgen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 20. Januar 2006 - 11 Sa 755/05 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

im Kostenausspruch und soweit es die Kündigungsschutzklage des Klägers abgewiesen hat, aufgehoben.

2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 7. Dezember 2004 - 16 Ca 2511/04 - in diesem Umfang wie folgt abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 26. März 2004 nicht zum 30. April 2004 aufgelöst worden ist.

3. Der Kläger hat die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu 29 %, die Beklagte zu 71 % zu tragen. Der Kläger hat die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu 8 %, die Beklagte zu 92 % zu tragen. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten zuletzt noch um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war seit 1994 in dem von der Beklagten betriebenen Restaurant beschäftigt. Das Lokal war ursprünglich in drei Bereiche gegliedert, ein Restaurant für gehobene Ansprüche, eine Pizzeria und eine Gaststätte. Im Jahr 2004 beschloss die Beklagte, ihre Lokalität künftig als „Brauhausrestaurant“ zu führen. Der Pizzaofen wurde deshalb aus dem Gastraum in die Küche gestellt. Auch nach dem Umbau wird auf der Speisekarte der Beklagten Pizza angeboten. Bis zum Jahr 2004 gehörte die Anfertigung von Pizzen zu den Aufgaben des Klägers, der keine abgeschlossene Ausbildung zum Koch hat. 2

Der Kläger war in der Zeit von Herbst 2003 bis Ende Februar 2004 arbeitsunfähig erkrankt. Mit Schreiben vom 27. Februar 2004 teilte die Beklagte dem Kläger mit, nach ihrem neuen Konzept werde künftig keine Pizzeria mehr betrieben, er könne aber nach dem Umbau ab 1. April 2004 als Küchenhilfe und Spüler arbeiten. Das entspreche der ursprünglich vereinbarten Tätigkeit. Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 3. März 2004 erwidert hatte, er habe nie als Küchenhilfe und Spüler gearbeitet und werde das auch nach dem Umbau nicht tun, sprach die Beklagte mit Schreiben vom 14. März 2004 unter Berufung auf ihr Direktionsrecht eine förmliche Versetzung in 3



die Spülküche ab 22. März 2004 aus und bot dem Kläger zudem einen Aufhebungsvertrag zum 31. März 2004 an.

Der Kläger wandte sich zunächst gegen die als Kündigung verstandene Versetzung. Nachdem die Frage erörtert worden war, ob die Versetzung eventuell eine Änderungskündigung erfordere, sprach die Beklagte mit Schreiben vom 26. März 2004 eine Kündigung zum 30. April 2004 aus und bot dem Kläger die Weiterbeschäftigung ab 1. Mai 2004 als Küchenhilfe und Spüler zu im Übrigen unveränderten Bedingungen an. Zugleich wies die Beklagte dem Kläger die gleiche Tätigkeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu. Der Kläger hat das Angebot nicht - auch nicht unter Vorbehalt - angenommen.

4

Der Kläger wendet sich gegen die Kündigung vom 26. März 2004 und hat zunächst behauptet, er sei Pizzabäcker und angelernter Koch und auch praktisch von Beginn an von der Beklagten als solcher eingesetzt worden. Alle Tätigkeiten, die er bisher verrichtet habe, fielen nach wie vor an. Die von der Beklagten behauptete unternehmerische Entscheidung, nur noch ausgebildete Köche und Aushilfen zu beschäftigen, werde bestritten. Zuletzt hat der Kläger behauptet, er sei ursprünglich als Küchenkraft eingestellt worden. Bereits im ersten Jahr seien ihm sämtliche Tätigkeiten übertragen worden, die in der Küche anfielen. Weniger als 20 % seiner Arbeitszeit habe er mit Pizzabacken verbracht. Der Kläger hat zuletzt die Auffassung vertreten, die Änderungskündigung sei schon deshalb unwirksam, weil bereits die Weisung im Schreiben vom 27. Februar 2004 wirksam gewesen sei.

5

Der Kläger hat beantragt

6

festzustellen, dass das Vertragsverhältnis der Parteien durch die ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 26. März 2004 zum 30. April 2004 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Kläger habe nicht als Koch gearbeitet. Hierzu fehle ihm auch die Ausbildung. Er sei zunächst als Spüler und Helfer eingestellt worden. Erst in der Folgezeit sei er als Pizzabäcker angelernt worden. Er habe fast ausschließlich und nicht nur zu 20 % den Pizzaofen in der Gaststätte bedient. Soweit er andere Speisen als Pizza zubereitet habe, seien dies vorbereitete Speisen gewesen. Das verbliebene Pizzangebot reiche nicht mehr für eine Vollbeschäftigung. Nach der Umstrukturierung habe sie beschlossen, in der Küche neben den Lehrlingen nur noch ausgebildete Köche und

7



Helfer zu beschäftigen. Im Übrigen sei die Änderungskündigung schon deshalb nicht unverhältnismäßig, weil sie gegenüber der sonst notwendigen verhaltensbedingten Beendigungskündigung das mildere Mittel dargestellt habe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit von Interesse - nach Beweisaufnahme abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Kündigungsschutzantrag weiter.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Die Klage ist begründet.

9

A. Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Mit der Entscheidung, den Pizzeriabereich im Gastraum zu schließen, sei zumindest ein wichtiger Teil der bisherigen Tätigkeit des Klägers entfallen. Die Versetzung vom 14. März 2004 sei durch das Direktionsrecht der Beklagten gedeckt gewesen. Dennoch sei auch die Änderungskündigung gerechtfertigt. Wenn ein zuvor wirksam versetzter Arbeitnehmer den mit Änderungskündigung erneut angebotenen Arbeitsplatz ausdrücklich abgelehnt habe, sei die dann noch verbleibende Beendigungskündigung wirksam. Sie verstoße nicht gegen den Grundsatz des „mildesten Mittels“. Die Kündigung erweise sich auch unter dem Gesichtspunkt der verhaltensbedingten Kündigung als wirksam, weil der Kläger sich beharrlich geweigert habe, die ihm - wirksam - zugewiesene neue Arbeit auszuführen. Einer Abmahnung habe es nicht bedurft.

10

B. Dem kann der Senat nur in Teilen der Begründung zustimmen. Entgegen der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung hat die Kündigung der Beklagten das Arbeitsverhältnis nicht zum 30. April 2004 beendet.

11

I. Die dem Kläger im Zusammenhang mit der Änderungskündigung angetragene und auf betriebliche Gründe gestützte Änderung der Arbeitsbedingungen ist sozial ungerechtfertigt nach § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG. Die Kündigung verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist deshalb unwirksam. Da die von der Beklagten beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen - wovon das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgeht - bereits durch die Ausübung des Weisungsrechts der Beklagten erreicht wurde, bedurfte es keiner Änderungskündigung. Die vom Senat für

12



den Fall des Ausspruchs einer später vom Arbeitnehmer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung entwickelte Rechtsprechung lässt sich entgegen der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung nicht auf Änderungskündigungen übertragen, bei denen der Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen abgelehnt hat.

1. Ob die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dessen Würdigung tragen, die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger sei durch eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten entfallen, kann dahinstehen. 13
2. Jedenfalls erweist sich die Kündigung als unverhältnismäßig. 14
 - a) Das Landesarbeitsgericht nimmt zu Recht an, dass die Beklagte dem Kläger auf Grund des ihr zustehenden Direktionsrechts wirksam eine Tätigkeit als Küchenhelfer und Spüler zugewiesen hat. 15
 - aa) Das Direktionsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber, die Einzelheiten der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistungen zu bestimmen, soweit diese nicht anderweitig geregelt sind. Sein Umfang bestimmt sich vor allem nach dem Inhalt des Arbeitsvertrags. Es kann einzelvertraglich oder auch durch tarifliche Regelung innerhalb bestimmter Grenzen erweitert werden, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht (vgl. § 106 GewO; *siehe auch: BAG 10. November 1992 - 1 AZR 185/92 - AP LPVG NW § 72 Nr. 6; 30. August 1995 - 1 AZR 47/95 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 14; 24. April 1996 - 4 AZR 976/94 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 49 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 17; 21. November 2002 - 6 AZR 82/01 - BAGE 104, 16; 27. Mai 2004 - 6 AZR 192/03 - EzBAT § 8 BAT Direktionsrecht Nr. 56*). Allerdings ist der Arbeitgeber bei der Erteilung von Weisungen nicht frei. Er muss seine Weisungen unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Falles und Berücksichtigung sowohl der betrieblichen als auch der Interessen des Arbeitnehmers erteilen (*BAG 23. Juni 1993 - 5 AZR 337/92 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 42 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 13*). 16
 - bb) Das Landesarbeitsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Beklagte berechtigt war, dem Kläger eine Tätigkeit als Küchenhilfe und Spüler zuzuweisen. Davon gehen - jedenfalls im Revisionsverfahren - auch beide Parteien aus. Wenn der Kläger zuletzt vorträgt, zunächst Küchenkraft gewesen zu sein und die Beklagte von einer Einstellung als Helfer und Spüler spricht, 17



so unterscheiden sich diese Darstellungen hinsichtlich der Aufgaben, für die der Kläger ursprünglich eingestellt war, letztlich nicht.

b) Nachdem die Beklagte dem Kläger bereits mit Schreiben vom 27. Februar 2004 mitgeteilt hatte, ihm nach dem Umbau wieder den Arbeitsplatz als Küchenhilfe und Spüler zur Verfügung stellen zu wollen, sind die Arbeitsbedingungen spätestens durch die hierauf folgende förmliche Ausübung ihres Direktionsrechts durch das Schreiben vom 14. März 2004 zum 22. März 2004 geändert worden. Der Ausspruch der gerade auf diese Änderungen gerichteten Änderungskündigung erweist sich deshalb als unverhältnismäßig, da er überflüssig gewesen ist. 18

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine „überflüssige“ Änderungskündigung wegen der damit verbundenen Bestandsgefährdung unverhältnismäßig mit der Folge der Unwirksamkeit (24. Juni 2004 - 8 AZR 22/03 - ZTR 2004, 579; 9. Februar 1989 - 6 AZR 16/87 -; 21. Januar 1988 - 2 AZR 533/87 -; 28. April 1982 - 7 AZR 1139/79 - BAGE 38, 348), wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht angenommen hat. Demgegenüber führt nach bisheriger Rechtsprechung des Senats eine „überflüssige“ Änderungskündigung bei Annahme des mit der Änderungskündigung verbundenen Angebots unter Vorbehalt nicht zur Unwirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (26. Januar 1995 - 2 AZR 371/94 - BAGE 79, 159; s. auch BAG 9. Juli 1997 - 4 AZR 635/95 - AP BAT 1975 §§ 22, 23 Nr. 233 = EzA KSchG § 2 Nr. 27; s. aber auch 28. August 2004 - 1 AZR 419/03 - BAGE 111, 361). Bei der Änderungsschutzklage nach § 2 KSchG gehe es um den Inhaltsschutz. Wenn die angebotenen Änderungen ohnehin gölten, sei es auf Grund einer Weisung, sei es wegen sozialer Rechtfertigung, bedürfe es des Inhaltsschutzes nicht (BAG 9. Juli 1997 - 4 AZR 635/95 - aaO). Die Frage, ob die im Änderungsangebot des Arbeitgebers enthaltenen Arbeitsbedingungen gerade infolge der mit der Änderungskündigung angebotenen Vertragsänderung gelten, ob es also zu einer Herbeiführung der Änderungen der Änderungskündigung bedurfte oder ob die angebotenen Arbeitsbedingungen ohnehin Grundlage des Arbeitsverhältnisses sind, sei daher nur als ein Element der Begründetheitsprüfung anzusehen (BAG 21. Februar 1991 - 2 AZR 432/90 - mwN) mit der Folge, dass es einer sozialen Rechtfertigung nicht bedürfe, wenn die angebotenen Arbeitsbedingungen zB wegen einer wirksamen Weisung oder einer Änderung des Tarifvertrags bereits unabhängig hiervon eingetreten seien (BAG 9. Juli 1997 - 4 AZR 635/95 - aaO; kritisch von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 19



14. Aufl. § 2 Rn. 56; KR-Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106b; Busemann/Schäfer Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 5. Aufl. Rn. 442; APS-Künzl 2. Aufl. § 2 KSchG Rn. 119; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1278; Berkowsky NZA 1999, 293 (296); vgl. auch BAG 28. August 2004 - 1 AZR 419/03 - aaO, wonach die Änderung zwar unverhältnismäßig ist, die Änderungsschutzklage aber trotzdem als unbegründet abzuweisen ist, weil es nach ihrem Streitgegenstand nur noch um die Feststellung geht, zu welchen Bedingungen das Arbeitsverhältnis fortbesteht).

bb) Ob hieran festzuhalten ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Entgegen 20
der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung ist es jedenfalls nicht gerechtfertigt, diese Rechtsprechung auf Fälle auszudehnen, in denen der Arbeitnehmer - wie der Kläger - die geänderten Arbeitsbedingungen nicht unter Vorbehalt angenommen, sondern endgültig abgelehnt hat.

(1) In Fällen der vorliegenden Art geht es nicht um Inhaltsschutz. Die Parteien 21
streiten ausschließlich um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bereits diese Bestandsgefährdung verbietet es, die Kündigung als verhältnismäßig zu betrachten, obwohl es ihrer nicht bedurfte, weil die Änderung der Arbeitsbedingungen bereits auf Grund der Ausübung des Direktionsrechts eingetreten war. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, es sei nicht der Arbeitgeber, der den Bestand des Arbeitsverhältnisses aufs Spiel setze. Der Arbeitnehmer habe ja die Möglichkeit, die geänderten Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung anzunehmen (so bei abzusehender gerichtlicher Auseinandersetzung über den Inhalt des Direktionsrechts in Zweifelsfällen: ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 17). Diese Auffassung schiebt im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung das Risiko für die Wirksamkeit von Arbeitsweisungen dem Arbeitnehmer zu.

(2) Soweit das Landesarbeitsgericht darauf abhebt, die Änderungskündigung sei 22
bereits deshalb verhältnismäßig, weil die Alternative der Ausspruch einer verhaltensbedingten Beendigungskündigung gewesen sei, überzeugt auch dies nicht. Das Landesarbeitsgericht berücksichtigt hierbei nicht ausreichend, dass der Ausspruch einer verhaltensbedingten Beendigungskündigung - anders als eine Änderungskündigung aus betrieblichen Gründen - regelmäßig eine vorherige Abmahnung erfordert, welche dem Arbeitnehmer die Gefährdung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses vor Augen führt.



- (3) Wenn das Landesarbeitsgericht ausführt, der Arbeitgeber müsse zumindest zum hilfswisen Ausspruch einer Änderungskündigung berechtigt sein, wenn die Respektierung eines von ihm in Anspruch genommenen Direktionsrechts durch den Arbeitnehmer nicht erwartet werden könne, kann auch dies der Kündigung nicht zur Wirksamkeit verhelfen. Die Argumentation des Berufungsgerichts scheitert bereits daran, dass die Beklagte nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im Tatbestand seiner Entscheidung die Änderungskündigung gerade nicht lediglich hilfswise ausgesprochen hat. Ob der Ausspruch der Kündigung unter einer solchen Bedingung zulässig wäre, kann deshalb dahingestellt bleiben. 23
- (4) Der Arbeitnehmer, der unter den hier gegebenen Umständen die Unwirksamkeit der Kündigung geltend macht, verhält sich nicht treuwidrig. Dem Arbeitgeber wird nichts Unzumutbares abverlangt, wenn er darauf verwiesen wird, von seinem Direktionsrecht Gebrauch zu machen. Er kann dem Arbeitnehmer die betreffende Tätigkeit ohne weiteres zuweisen. Weigert sich der Arbeitnehmer, die Tätigkeit auszuüben, hat er keinen Vergütungsanspruch. Ein nicht den wirksamen Weisungen des Arbeitgebers entsprechendes Angebot der Arbeitsleistung setzt den Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug. Der Arbeitgeber kann überdies nach Abmahnung verhaltensbedingt kündigen. 24
- II. Die Kündigung ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch nicht als verhaltensbedingte Beendigungskündigung nach § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Ihre Wirksamkeit scheitert am Fehlen einer vorangegangenen Abmahnung. Eine Abmahnung war entgegen der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung auch nicht entbehrlich. 25
1. Die Prüfung, ob auf Grund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich ist, ist zwar weitgehend eine Aufgabe der Tatsacheninstanz und unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung (*BAG 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 16; 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - NJW 2006, 530; 15. November 2001 - 2 AZR 605/00 - BAGE 99, 331*). 26
2. Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des Berufungsgerichts, eine Abmahnung sei wegen des Hinweises auf die Alternative eines Aufhebungsvertrags im Schreiben vom 14. März 2004 entbehrlich gewesen, jedoch nicht stand. Während der Abschluss eines Aufhebungsvertrags eine Einigung der 27



Parteien auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu bestimmten Konditionen erfordert, führt der Ausspruch einer Kündigung durch eine einseitige Gestaltungs-erklärung des Arbeitgebers auch gegen den Willen des Arbeitnehmers zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger musste daher nicht wegen des in Aussicht gestellten Aufhebungsvertrags davon ausgehen, dass die Beklagte bei seiner weiteren Weigerung, als Küchenhilfe und Spüler zu arbeiten, das Arbeitsverhältnis wegen Vertragspflichtverletzung aus verhaltensbedingten Gründen kündigen würde.

III. Die Kosten der Revision fallen der Beklagten zur Last (§ 91 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidung hinsichtlich der Kosten aus den Vorinstanzen ergibt sich aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

28

Rost

Bröhl

Schmitz-Scholemann

F. Löllgen

Sieg

