

Aktenzeichen: 2 AZR 500/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 3. April 2008
- 2 AZR 500/06 -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 29. März 2005
- 5/17 Ca 6976/04 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 23. Januar 2006
- 16 Sa 991/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Änderungskündigung

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 500/06

16 Sa 991/05

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

3. April 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartel und Falke für
Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Revision der Beklagten im
Übrigen wird das Urteil des Hessischen Landesarbeits-
gerichts vom 23. Januar 2006 - 16 Sa 991/05 - teilweise,
soweit es die Klageanträge zu 2 (Änderungskündigung
vom 27. Dezember 2004) und zu 3 (vorläufige Weiter-
beschäftigung) betrifft und im Kostenausspruch ins-
gesamt, aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen
Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten
des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von zwei auf betriebliche 1
Gründe gestützten Kündigungen und einen Weiterbeschäftigungsantrag.

Der 1950 geborene Kläger ist seit Juni 2000 bei der Beklagten, die im 2
Internet Stellenvermittlung betreibt, als „Software Developer“ beschäftigt. Nach
dem Verkauf der Geschäftsanteile der Beklagten an ein US-amerikanisches
Unternehmen beschloss die Beklagte, die IT-Abteilung, in der der Kläger tätig
war, von 24,5 auf acht Vollzeitstellen zu reduzieren.

Am 8. Juli 2004 bewarb sich der Kläger auf die von der Beklagten aus- 3
geschriebene Stelle eines „Multimedia Producers“. Nachdem der Betriebsrat mit
Schreiben vom 9. Juli 2004 einer betriebsbedingten Kündigung des Klägers
widersprochen hatte, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 12. Juli 2004
dem Kläger zum 31. Dezember 2004. Am 21. Juli 2004 teilte der Kläger der
Beklagten mit, er wolle die Stelle eines Multimedia Producers annehmen,
schlug aber weitere Verbesserungen des Angebots der Beklagten (Ausschluss



betriebsbedingter Kündigungen für die Dauer von zwei Jahren etc.) vor. Dieses Angebot lehnte die Beklagte ab. Nachdem der Kläger gegen die Kündigung Klage erhoben hatte, verhandelten die Parteien nochmals über eine Weiterbeschäftigung des Klägers als Multimedia Producer. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung vom 12. Juli 2004 hilfsweise zum 31. Dezember 2004 und bot dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als Multimedia Producer zu einer Monatsvergütung iHv. 3.200,00 Euro zu ansonsten unveränderten Arbeitsbedingungen an. Der Kläger hatte zuvor im Prozess ua. erklärt, bei einer Änderungskündigung zum 31. Dezember 2004 werde er die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist nicht rügen. Der Kläger hat das Angebot nicht - auch nicht unter Vorbehalt - angenommen.

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und hält beide Kündigungen für rechtsunwirksam. Die Beendigungskündigung vom 12. Juli 2004 sei wegen der vorrangigen Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf der Stelle eines Multimedia Producers unwirksam, die Änderungskündigung vom 27. Dezember 2004 insbesondere wegen der vorgeschlagenen Gehaltshöhe, die unter dem Gehalt vergleichbarer Mitarbeiter liege.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Kündigung vom 12. Juli 2004 zum 31. Dezember 2004 beendet worden ist,
2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 27. Dezember 2004 beendet worden ist.
3. Für den Fall des Obsiegens mit einem der beiden Kündigungsschutzklageanträge wird die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzstreits als Software Developer weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, schon die Beendigungskündigung vom 12. Juli 2004 sei wirksam. Sie sei auch



nicht verpflichtet gewesen, dem Kläger die Stelle als Multimedia Producer im Wege einer Änderungskündigung anzubieten. Dessen Verhalten insgesamt belege, dass er nicht bereit gewesen wäre, das Angebot einer Weiterarbeit als Multimedia Producer anzunehmen. Jedenfalls sei das Arbeitsverhältnis auf Grund der Änderungskündigung vom 27. Dezember 2004 beendet. Das Änderungsangebot liege hinsichtlich des Einkommens mit 3.200,00 Euro im oberen Bereich der für Multimedia Producer gezahlten Gehälter, die sich in einem Rahmen von 2.500,00 Euro bis 3.491,00 Euro bewegten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Das Landes-
arbeitsgericht hat der Klage auf die Berufung des Klägers in vollem Umfang
stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt
die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

7

Entscheidungsgründe

Die Revision ist teilweise begründet. Soweit sie die Kündigung vom
12. Juli 2004 betrifft, hat sie zwar keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat
der Klage insoweit zu Recht stattgegeben. Die Revision ist aber begründet,
soweit es die Wirksamkeit der Kündigung vom 27. Dezember 2004 angeht. Ob
die Kündigung vom 27. Dezember 2004 das Arbeitsverhältnis der Parteien
beendet hat, bedarf weiterer tatrichterlicher Feststellungen. Die deshalb er-
forderliche Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechts-
streits hinsichtlich des auf die Kündigung vom 27. Dezember 2004 bezogenen
Kündigungsschutzantrags erstreckt sich auch auf den Weiterbeschäftigungs-
antrag.

8

A. Das Landesarbeitsgericht hat, soweit es die Kündigung vom 12. Juli
2004 betrifft, angenommen, diese Kündigung sei sozialwidrig, weil für den
Kläger unstreitig eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestanden habe. Diese
hätte ihm im Wege der Änderungskündigung angeboten werden müssen. Die
Änderungskündigung vom 27. Dezember 2004 sei ebenfalls rechtsunwirksam.

9



Dies ergebe sich schon daraus, dass die Beklagte dem Arbeitnehmer M, der bis vor einem halben Jahr als Aushilfe beschäftigt worden sei, ein Gehalt von 3.400,00 Euro bezahle und damit mehr als die dem Kläger angebotenen 3.200,00 Euro.

B. Dem stimmt der Senat nur im Hinblick auf die Kündigung vom 12. Juli 2004 zu. 10

I. Die Kündigung vom 12. Juli 2004 ist sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die ausgesprochene Beendigungskündigung war unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit der Mittel (*Senat 29. November 1990 - 2 AZR 282/90 - RzK I 5a 4, zu II 1 der Gründe; 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, zu B II 3 c der Gründe*) nicht als ultima-ratio geboten. Da eine anderweitige Beschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen möglich war, musste die Beklagte anstatt einer Beendigungskündigung eine entsprechende Änderungskündigung aussprechen. Für eine Beendigungskündigung lag deshalb kein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor. 11

1. Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung liegt nur vor, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der bei Ausspruch der Kündigung bestehenden Lage durch andere Maßnahmen technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art als durch eine Beendigungskündigung zu entsprechen. Das Merkmal der Dringlichkeit betrieblicher Erfordernisse konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip), aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Beschäftigung auf einem geeigneten freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten muss (*st. Rspr. des Senats 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, zu B II 3 c der Gründe; 21. April 2005 - 2 AZR 132/04 - BAGE 114, 243, zu B II 2 der Gründe*). 12



2. Die Beklagte war nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, dem Kläger die Stelle als Multimedia Producer im Wege einer Änderungskündigung anzubieten. Dies hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt. 13
- a) Zutreffend ist das Berufungsgericht auf der Grundlage der Rechtsprechung des Senats davon ausgegangen, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers objektiv möglich war. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten war der Arbeitsplatz als „Multimedia Producer“ frei und der Kläger hätte auf diesem weiterbeschäftigt werden können. Die Beklagte hat im gesamten Rechtsstreit nicht geltend gemacht, dass ein Einsatz des Klägers auf dieser Stelle nicht möglich gewesen wäre. Dagegen spricht in besonderem Maße, dass die Parteien im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Kündigung vom 12. Juli 2004 gerade über den künftigen Einsatz des Klägers auf dieser Stelle verhandelt hatten, nachdem sich der Kläger auf diese Stelle beworben hatte. 14
- b) Der Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen den ultima-ratio-Grundsatz steht das spätere Verhalten des Klägers nicht entgegen. Dies hat das Landesarbeitsgericht ebenfalls zutreffend entschieden. Die hiergegen von der Revision geführten Angriffe rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. 15
- aa) Die Revision macht geltend, die Beklagte habe im Hinblick auf das spätere Verhalten des Klägers davon absehen können, ihm den Arbeitsplatz als Multimedia Producer im Wege der Änderungskündigung anzubieten. Der Kläger hätte dieses Angebot sowieso abgelehnt. 16
- bb) Diesem Angriff der Revision hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand. Aus dem späteren Verhalten des Klägers kann nicht in der notwendigen Eindeutigkeit geschlossen werden, der Kläger hätte das Angebot definitiv bereits im Vorfeld abgelehnt und auch eine entsprechende Änderungskündigung damit überflüssig werden lassen (*vgl. Senat 21. April 2005 - 2 AZR 132/04 - BAGE 114, 243, zu B II 4 c ee der Gründe*). 17



Die Revision verkennt insoweit, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ist. Die im Nachhinein eintretenden Umstände wie die Ablehnung eines späteren Angebots können nur bedingt berücksichtigt werden. Für die Annahme einer endgültigen vorbehaltlosen Ablehnung bieten, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, weder die Verhandlungen der Parteien kurz nach Ausspruch der ersten Kündigung noch die spätere Erklärung des Klägers gegenüber dem Personalleiter eine hinreichende Grundlage.

18

Auch aus dem Verhalten des Klägers nach Zugang der Änderungskündigung vom 27. Dezember 2004 kann nichts anderes abgeleitet werden. Die Revision übersieht, dass diese Kündigung annähernd ein halbes Jahr nach Zugang der Beendigungskündigung vom 12. Juli 2004 und nur wenige Tage vor Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist ausgesprochen wurde. Es ist auch unter Berücksichtigung der Erklärung des Klägervertreters im Gutetermin am 12. November 2004 daraus nicht ableitbar, der Kläger hätte ein im Wege der Änderungskündigung unterbreitetes Angebot im Juli 2004 definitiv und vorbehaltlos abgelehnt. Die Ablehnung der mit dieser Kündigung angebotenen geänderten Arbeitsbedingungen kann auch durch zwischenzeitliche Entwicklungen verursacht gewesen sein. So kann sich die Einstellung des Klägers zur Beklagten gewandelt haben, er könnte eine andere Arbeitsstelle in einem anderen Unternehmen in Aussicht genommen haben etc. Einen sicheren Rückschluss auf das Verhalten des Klägers im Juli 2004 vor Ausspruch der ersten Kündigung lässt sich daraus nicht entnehmen.

19

Berücksichtigt man die im Juli 2004 zwischen den Parteien geführten Gespräche, so steht nur fest, dass sich der Kläger in Erwartung einer möglichen Beendigungskündigung auf die Stelle eines Multimedia Producers sogar gesondert beworben hat. Die mangelnde Ernsthaftigkeit dieser Bewerbung hat die Beklagte nicht einmal behauptet, zumal sie dem Kläger auf diese Bewerbung hin die Stelle dann tatsächlich angeboten hat.

20

II. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Änderungskündigung vom 27. Dezember 2004 nicht für unwirksam befunden

21



werden. Ob diese Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien beendet hat, steht noch nicht fest und bedarf weiterer Tatsachenfeststellungen und der tatrichterlichen Würdigung. Dies führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

1. Das Landesarbeitsgericht hat diese Kündigung zu Recht nicht bereits deshalb für unwirksam erachtet, weil sie von der Beklagten vorbehaltlich der Unwirksamkeit der Kündigung vom 12. Juli 2004 ausgesprochen wurde. Damit hat die Beklagte entgegen der Auffassung des Klägers keine bedingte Kündigung erklärt, die wegen Bedingungsfeindlichkeit der Kündigungserklärung unzulässig wäre. Es handelt sich insoweit nur um eine so genannte Rechtsbedingung. Diese ist rechtlich zulässig (*vgl. schon BAG 27. März 1987 - 7 AZR 527/85 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 29 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 22, zu I der Gründe*). 22
2. Das Landesarbeitsgericht hat zugunsten der Beklagten lediglich unterstellt, für die Änderungskündigung vom 27. Dezember 2004 hätten dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG vorgelegen, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers zu seinen bisherigen Arbeitsbedingungen bei der Beklagten entgegenstanden. Das tatsächliche Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse kann auf Grund der bisherigen Feststellungen vom Senat nicht abschließend beurteilt werden. 23
3. Ebenso wenig steht fest, ob sich die Beklagte bei diesem - vom Landesarbeitsgericht unterstellten - aner kennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, dem Kläger nur solche Vertragsänderungen vorzuschlagen, die dieser billigerweise hinnehmen musste. Die vom Landesarbeitsgericht hierzu gegebene Begründung trägt jedenfalls nicht die Annahme, die dem Kläger angebotene Vergütung sei unangemessen niedrig. 24
- a) Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln (*st. Rspr. des Senats 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 84 = EzA KSchG § 2 Nr. 58; 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - Rn. 30, EzA* 25



KSchG § 2 Nr. 66). Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen (*vgl. Senat 3. Juli 2003 - 2 AZR 617/02 - BAGE 107, 56, zu II 3 a der Gründe; KR-Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106d; HaKo-Pfeiffer 3. Aufl. § 2 KSchG Rn. 38; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 2 Rn. 129a; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 2 Rn. 42*). Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, dh. die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter von dem Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich (*Senat 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 24, aaO; 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - Rn. 28, BAGE 115, 149*). Aus dem Vorbringen des Arbeitgebers muss erkennbar sein, dass er auch unter Berücksichtigung der vertraglich eingegangenen Verpflichtungen alles Zumutbare unternommen hat, die durch die unternehmerische Entscheidung notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken (*Senat 2. März 2006 - 2 AZR 64/05 - Rn. 29, aaO; 17. März 2005 - 2 ABR 2/04 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 59, zu B II 4 der Gründe*).

b) Wenn durch das Änderungsangebot neben der Tätigkeit (Arbeitsleistungspflicht) auch die Gegenleistung (Vergütung) geändert werden soll, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Eine gesonderte Rechtfertigung der Vergütungsänderung ist nur dann entbehrlich, wenn sich die geänderte Vergütung aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt (Tarifautomatik) (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - Rn. 37, BAGE 115, 149*). Allerdings kommt eine Vergütungsreduzierung bei geänderter Arbeitsleistung nicht nur dann in Betracht, wenn ein festes Vergütungssystem besteht. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, sich einem wie auch immer gearteten Vergütungssystem zu unterwerfen. Er ist frei, die Löhne und Gehälter frei auszuhandeln. Er kann deshalb auch in Fällen der Tätigkeitsänderung dem Arbeitnehmer eine von ihm selbst und unabhängig von Vergütungssystemen festgesetzte Gegenleistung (Entgelt) anbieten. Bei der Festsetzung muss er allerdings den Änderungsschutz berücksichtigen und im

26



Prozess die Gründe darlegen, die ihn unter Berücksichtigung des Änderungsschutzes zu den angebotenen Vertragsbedingungen bewogen haben. So kann eine Entgeltreduzierung bei geändertem Arbeitsinhalt beispielsweise durch einen evident geringeren Marktwert der neu angebotenen gegenüber der bisherigen Tätigkeit gerechtfertigt sein (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - Rn. 44, aaO; 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - Rn. 32, EzA KSchG § 2 Nr. 66*).

c) Nach diesen Grundsätzen kann bislang nicht festgestellt werden, ob sich die Beklagte bei ihrem Änderungsangebot in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit gehalten hat. 27

aa) Es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um eine Lohnkürzung bei unverändertem Inhalt der Arbeitspflicht, sondern um die Änderung der Tätigkeit und eine daran anknüpfende Neufestsetzung des Entgelts. Während der Kläger zuvor im Betrieb der Beklagten als Software Developer in der IT-Abteilung beschäftigt wurde, soll ihm durch die Änderungskündigung die Stelle eines Multimedia Producers zugewiesen werden, wofür ihm die Beklagte außerdem eine geringere Vergütung zahlen will. 28

bb) Soweit es die mit der Änderungskündigung angebotene neue Tätigkeit anbelangt, ist ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht erkennbar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Angebot der geänderten Tätigkeit nach dem vom Landesarbeitsgericht unterstellten Sachverhalt zur Vermeidung einer sonst erforderlichen Beendigungskündigung unvermeidbar war. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung, die eine aus betrieblichen Gründen sonst erforderlich werdende Beendigungskündigung vermeidet, ist jedoch stets zulässig (*vgl. Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - BAGE 115, 149*). Stellt das Landesarbeitsgericht nach Zurückverweisung fest, dass der Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr in der IT-Abteilung als Software Developer oder auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt werden konnte und lediglich die Stelle eines Multimedia Producers zur Besetzung frei war, dürfte diese Voraussetzung zu bejahen sein. Für die Verhältnismäßigkeit der Tätigkeit als Multimedia Producer spricht dann zunächst, dass sich der 29



Kläger auf diese Stelle beworben hatte und auch der Betriebsrat unter Hinweis auf diese Stelle der Kündigung widersprochen hat.

cc) Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann jedenfalls eine Unverhältnismäßigkeit der Vergütung aus der angebotenen Höhe der Vergütung nicht abgeleitet werden. Es ist insoweit zu prüfen, ob die Änderung der Tätigkeit des Klägers die vorgeschlagene Entgeltänderung erforderlich machte. Dies ist nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht auszuschließen.

30

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Änderungskündigung sei unverhältnismäßig, denn die Beklagte habe die Gründe für die angetragene Vergütungsänderung nicht ausreichend dargelegt. So habe die Beklagte nicht vorgebracht, dass der Marktwert der Tätigkeit als Multimedia Producer deutlich geringer sei als der als Software Developer. Ebenso wenig könne dem Vorbringen entnommen werden, dass die angebotene Vergütung der für die Tätigkeit üblichen Vergütung entspreche. In dem Betrieb der Beklagten würden weitere acht Multimedia Producer beschäftigt, deren Vergütungen sich in einem Rahmen zwischen 2.500,00 Euro und 3.491,00 Euro monatlich bewege. Die dem Kläger angebotene Vergütung liege unterhalb derjenigen des ebenfalls als Multimedia Producers beschäftigten M, dessen Vergütung sich auf 3.400,00 Euro belaufe, obschon er diese Tätigkeit erst seit einem halben Jahr ausgeübt habe und zuvor als Aushilfe beschäftigt gewesen sei.

31

Mit dieser Würdigung verletzt das Landesarbeitsgericht § 2 Satz 1 KSchG und überschreitet den tatrichterlichen Wertungsspielraum. Dies gilt insbesondere deshalb, weil das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft tragend nur auf einen einzelnen Arbeitnehmer als Vergleichsperson abstellt, ohne die Vergütungshöhe der anderen als Multimedia Producer beschäftigten Arbeitnehmer hinreichend in seine Wertung einzubeziehen.

32

Ergibt sich bei einer Änderungskündigung die Höhe der Vergütung für die geänderte Tätigkeit nicht automatisch etwa aus einem Tarifvertrag oder einer vom Arbeitgeber aufgestellten Vergütungsordnung, sondern hat der Arbeitgeber die Gehälter aller vergleichbaren Arbeitnehmer frei ausgehandelt,

33



so ist nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu prüfen, ob die dem Arbeitnehmer konkret angebotene Vergütung dessen Änderungsschutz im Sinne der Senatsrechtsprechung (23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - BAGE 115, 149) hinreichend berücksichtigt. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, wie sich aus der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts konsequenterweise wohl ergäbe, dem betroffenen Arbeitnehmer im Wege der Änderungskündigung die höchste für vergleichbare Tätigkeiten gezahlte Vergütung anzubieten. Er hat vielmehr lediglich den Arbeitnehmer, dem gegenüber er eine Änderungskündigung ausspricht, unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes in das frei ausgehandelte Vergütungsgefüge einzuordnen. Bietet er dabei dem Arbeitnehmer eine Vergütung an, die die durchschnittlich gezahlte Vergütung merklich unterschreitet, so muss er darlegen, welche weiteren Gesichtspunkte ihn zu dieser niedrigen Vergütungsfestsetzung bewogen haben und inwiefern dabei der bestehende Änderungsschutz hinreichend berücksichtigt ist. Bewegt sich demgegenüber die angebotene Vergütung verglichen mit der der anderen Arbeitnehmer im oberen Bereich, so spricht zunächst eine Vermutung dafür, dass die angebotene Vergütung vom Arbeitnehmer billigerweise hinzunehmen ist. Dann muss der Arbeitnehmer im Rahmen der abgestuften Darlegungslast weitere Gesichtspunkte vortragen, die es gerade bei ihm unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes erfordern, dass seine geänderte Tätigkeit noch höher vergütet wird.

Danach war dem Landesarbeitsgericht nicht in der Wertung zu folgen, die ausgesprochene Änderungskündigung sei vor allem deshalb rechtsunwirksam, weil dem Kläger im Vergleich zu dem Arbeitnehmer M eine zu geringe Vergütung angeboten worden sei.

34

Auszugehen ist von den seitens der Beklagten mit ihren Multimedia Producern vereinbarten Vergütungen zwischen 2.500,00 Euro und 3.491,00 Euro. In diesem Rahmen kann die dem Kläger angebotene Vergütung von 3.200,00 Euro nicht als unüblich angesehen werden. Sie liegt unzweifelhaft im oberen Bereich der ansonsten vereinbarten Vergütungen. Unangemessen wird die dem Kläger angebotene Vergütung auch nicht schon deshalb, weil dem Arbeitnehmer M eine Vergütung in Höhe von 3.400,00 Euro gewährt wird. Zwar

35



trifft zu, dass dieser Arbeitnehmer lediglich ein halbes Jahr diese Tätigkeit in einem festen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ausgeübt hat und zuvor als „Aushilfe“ beschäftigt war. Dies steht aber der Annahme einer höheren Erfahrung in der konkreten Tätigkeit, auf die die Beklagte nach ihrer Behauptung bei der Vergütungsfestsetzung abstellt, nicht entgegen. Zum einen ist auch eine um ein halbes Jahr längere Tätigkeit geeignet, eine größere Erfahrung zu vermitteln, außerdem kann nicht mit dem Landesarbeitsgericht allein aus der Bezeichnung „Aushilfe“ hergeleitet werden, der Arbeitnehmer M habe keine größere Erfahrung als der Kläger gehabt und sei deshalb nicht als qualifizierter anzusehen gewesen. Weitere Gesichtspunkte, die eine die schon im oberen Bereich liegende Vergütung übersteigende Qualifikation des Klägers darlegen und ein entsprechend höheres Gehalt rechtfertigen könnten, hat der Kläger nicht vorgetragen.

4. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung auf Grund des bisherigen und gegebenenfalls weiteren Vorbringens der Parteien zu prüfen haben, ob die dem Kläger angebotene Vergütung unter Berücksichtigung des bei der Beklagten bestehenden Vergütungsgefüges für Multimedia Producer den Änderungsschutz des Klägers hinreichend berücksichtigt. Dafür, dass der Kläger die geänderte Vergütung billigerweise hinnehmen musste, scheint zunächst zu sprechen, dass er die schon unmittelbar nach der ersten Kündigung angebotene Vergütung von 3.200,00 Euro beanstandungslos angenommen und selbst nicht geltend gemacht hat, der Wert einer derartigen Tätigkeit liege auch unter Berücksichtigung der an vergleichbare Arbeitnehmer gezahlten Gehälter höher als 3.200,00 Euro. Sollte nach allem die Wirksamkeit der Änderungskündigung nicht an der Höhe der angebotenen Vergütung scheitern, so wird zu prüfen sein, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung iSv. § 1 Abs. 2, § 2 KSchG vorlag, insbesondere, ob für den Kläger eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu günstigeren Arbeitsbedingungen auf einem der bei der Beklagten verbleibenden IT-Arbeitsplätze bestand. Möglicherweise werden auch sonstige Unwirksamkeitsgründe, insbesondere die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung zu prüfen sein, zu denen das Landesarbeitsgericht ebenfalls keine Feststellungen getroffen hat.

36



- III. Der auf vorläufige Weiterbeschäftigung gerichtete Antrag des Klägers 37
unterliegt ebenfalls der Aufhebung und Zurückverweisung.
- IV. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu 38
entscheiden haben.

Rost

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Bartel

Torsten Falke

