

Aktenzeichen: 2 AZR 609/95
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 25. April 1996
- 2 AZR 609/95 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 21. Dezember 1994
- 19 Ca 11725/94 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 03. Juli 1995
- 9 Sa 27/95 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Ja

N

Entscheidungsstichwort:

Änderungskündigung zur nachträglichen Befristung eines unbestimmten Arbeitsverhältnisses (hier: Wissenschaftlicher Oberassistent an Universität im Beitrittsgebiet) - Soziale Auswahl - Personalratsbeteiligung

Gesetz:

KSchG §§ 1, 2; HRG §§ 42 ff., 72 Abs. 1; BerlHG §§ 87 ff., 105 ff.; ErgGBerlHG § 1 Abs. 2; HPersÜG § 4; PersVG Bln §§ 84, 89 Abs. 1; BPersVG § 108 Abs. 2

Leitsatz:

Die nachträgliche Befristung eines zunächst auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses kann im Wege der Änderungskündigung erfolgen (Aufgabe der Senatsrechtsprechung Urteil vom 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - BAGE 46, 191 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Die Änderung der Arbeitsbedingungen ist allerdings unter anderem dann unwirksam, wenn die Befristung nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 609/95

9 Sa 27/95 Berlin

Verkündet am
25. April 1996

Jatz,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 1996 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bröhl und Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Timpe und Dr. Bensinger für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 3. Juli 1995 - 9 Sa 27/95 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der 1942 geborene, verheiratete Kläger, dessen Ehefrau berufstätig und der gegenüber zwei 1970 und 1974 geborenen Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist, trat im September 1981 als wissenschaftlicher Oberassistent am Fachbereich Asien- und Afrikawissenschaften am Südasien-Institut (Neueste Geschichte Südasiens und Geschichte der deutsch-indischen Beziehungen) in die Dienste der Beklagten. Sein monatliches Bruttogehalt betrug zuletzt 5.200,-- DM. Er wurde 1981 zum Dr. rer. pol. promoviert und erhielt 1985 die Facultas docendi. 1989 schloß er die Promotion B ab und erwarb den akademischen Grad eines Dr. sc. phil.

Nach Umstrukturierung des Südasien-Instituts wurde der Kläger dem Fachgebiet Südasien/Neue Geschichte zugeordnet, das Spezialgebiet des Klägers (Neueste Geschichte Südasiens und Geschichte der deutsch-indischen Beziehungen) wird von der Beklagten in der bisherigen Form nicht mehr angeboten. Der Soll-Stellenplan für das Institut sieht derzeit zwei Lehrstühle vor, und zwar einen "Alte Geschichte Indiens" und einen anderen "Moderne Geschichte und Gesellschaft Südasiens". Darüber hinaus sind ins-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gesamt drei bzw. vier befristete Assistentenstellen und eine unbefristete Stelle für eine Lehrkraft vorgesehen.

Am 29. Juli 1992 hatte der Kläger seine Übernahme nach dem Berliner Hochschulpersonalübernahmengesetz (HPersÜG) vom 11. Juni 1992 als Hochschuldozent bzw. wissenschaftlicher Mitarbeiter mit Daueraufgaben (Funktionsstelle) beantragt. Nachdem der Kläger von der zuständigen Struktur- und Berufungskommission (SBK) am 24. September 1993 angehört worden war, faßte sie folgenden Beschluß:

"Der Antragssteller wurde persönlich und fachlich positiv bewertet. Seinem Antrag auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsrechtsverhältnis (Dozent nach BerlHG § 109/2, unbefr. wiss. MA) kann nicht entsprochen werden, da entsprechende Stellen im Soll-Stellenplan nicht vorhanden sind. Es wird deshalb die Übernahme auf eine Stelle des Überhangs empfohlen. Das Lehrangebot von Herrn O (Neueste Geschichte Südasiens und Geschichte der deutsch-indischen Beziehungen) stellt eine sinnvolle Ergänzung zum Deputat der Professur für Moderne Geschichte und Gesellschaft Südasiens dar."

Die Personalkommission beschloß in ihrer Sitzung vom 18. und 19. November 1993 die Weiterbeschäftigung des Klägers auf einer Überhangstelle im bisherigen Rechtsverhältnis als Oberassistent bis zum 31. Dezember 1996 und lehnte den weitergehenden Antrag des Klägers ab. Die Präsidentin der Beklagten machte sich die Beschlüsse des Kuratoriums und der Personalkommission zu eigen und entschloß sich, auf deren Grundlage den Ist-Personalbestand an den beschlossenen Soll-Personalbestand anzupassen und eine entsprechende Kündigung auszusprechen.



Mit Schreiben vom 24. Februar 1994 leitete der Personalleiter der Beklagten das Verfahren der Beteiligung des Personalrats für eine "Änderungskündigung" gegenüber dem Kläger ein. Der Personalrat widersprach gemäß Beschluß vom 10. März 1994 der beabsichtigten Kündigung. Mit Schreiben vom 24. März 1994 teilte der Kanzler der Beklagten dem Personalrat mit, daß an der Kündigungsabsicht festgehalten werde. Nachdem der Vorsitzende der Personalkommission der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 10. März 1994 zugestimmt hatte, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 29. März 1994 den Arbeitsvertrag des Klägers fristgerecht zum 30. September 1994 bei gleichzeitigem Angebot einer befristeten Weiterbeschäftigung bis 31. Dezember 1996. Der Kläger nahm das Vertragsangebot am 13. April 1994 unter dem Vorbehalt an, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt sei.

Mit seiner am selben Tag beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt. Er hat die Ansicht vertreten, es handele sich vorliegend nicht um eine Änderungs-, sondern um eine Beendigungskündigung. Es bedürfe deshalb keiner Prüfung, ob ein sachlicher Grund für die Befristung vorgelegen habe. Im übrigen ergebe sich ein solch sachlicher Grund weder aus dem HRG noch dem HPersÜG. Der Bedarf für seine Beschäftigung werde auch nicht spätestens 1996 wegfallen, weil nicht davon auszugehen sei, daß sämtliche Studenten der alten Studiengänge ihr Studium im Jahre 1996 zum Abschluß bringen könnten.

Dringende betriebliche Erfordernisse für die Kündigung lägen nicht vor. Schon durch die Ausschreibung eines C 4 Lehrstuhles



für Moderne Geschichte und Gesellschaft Südasiens habe die Beklagte zu erkennen gegeben, daß zum Zeitpunkt der Kündigung ein unbefristeter Bedarf bestehe. Auch sei aus dem unterbreiteten Angebot einer befristeten Weiterbeschäftigung zu entnehmen, daß mindestens bis zum Jahr 1996 ein Bedarf für seine Tätigkeit vorliege.

Zudem sei die soziale Auswahl fehlerhaft. Die wissenschaftliche Mitarbeiterin Dr. K A , mit der ein bis 1999 befristeter Arbeitsvertrag geschlossen worden sei, und auch die wissenschaftlichen Mitarbeiter Dr. B R und Dr. F B seien mit ihm vergleichbar und sozial weniger schutzwürdig.

Im übrigen habe die Beklagte vor dem Ausspruch der Kündigung den Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt. Herr Ba sei nicht ausreichend als Vertreter der Dienststellenleiterin, der Präsidentin, zur Einleitung des Mitwirkungsverfahrens ermächtigt gewesen. Eine Erörterung der beabsichtigten Maßnahme habe ebenfalls nicht mit der Leiterin der Dienststelle stattgefunden. Mit Nichtwissen sei zu bestreiten, daß dem Personalrat seine, des Klägers, Personen- und Sozialdaten sowie die Sozialdaten der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer mitgeteilt worden seien.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß die Änderung seiner Arbeitsbedingungen durch die Kündigung der Beklagten vom 29. März 1994 unwirksam ist;



hilfsweise

festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 29. März 1994 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, die Änderungskündigung sei sozial gerechtfertigt. Das Arbeitsgebiet des Klägers werde in der bisherigen Form nicht weitergeführt. Sie sei verpflichtet, ihre Personalstruktur entsprechend den gesetzlichen Vorgaben anzupassen. Am Südasien-Institut sei nach der verbindlichen Stellenausstattung für das Fachgebiet Südasien/Neue Geschichte von der Professorenstelle und einer Stelle für eine Lehrkraft für besondere Aufgaben (Sprachlehre) abgesehen nur noch eine Stelle zur befristeten Beschäftigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters vorgesehen. Der habilitierte Kläger komme aber für eine befristete Assistentenstelle nicht in Betracht, da er aufgrund seiner Qualifikation die Stelle eines Hochschullehrers anstrebe und im Berufungsverfahren auf den Listenplatz 3 gesetzt worden sei. Eine der Qualifikation des Klägers entsprechende Sollstelle sei nicht vorhanden. Die Überhangstelle für eine befristete Beschäftigung sei dem Kläger vor allem aus sozialen Gründen angeboten worden und schon jetzt stehe fest, daß ein Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung nach 1996 nicht bestehe. Aufgrund der Befristung der Haushaltsmittel bis Ende 1996 und nach den Hochschulgesetzen sei die Befristung sachlich gerechtfertigt. Die soziale Auswahl sei nicht zu beanstanden; vergleichbare Mitarbeiter gebe es nicht, jedenfalls würden sie ebenfalls nicht unbefristet beschäftigt. Der Personalrat sei vor Ausspruch der streitigen Kündigung ordnungsgemäß angehört



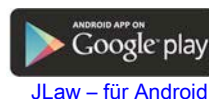
worden. Ihm seien alle kündigungsrelevanten Tatsachen mitgeteilt worden bzw. bekannt gewesen und dem Leiter der Personalabteilung sei die volle für die Personalratsbeteiligung erforderliche Zuständigkeit übertragen gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Hauptantrag stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts und die Zurückweisung der Berufung der Beklagten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt gemäß §§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, Haupt- und Hilfsantrag des Klägers seien unbegründet, weil die streitige Änderungskündigung das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der von dem Kläger unter Vorbehalt erklärten Annahme des Änderungsangebots in ein befristetes Arbeitsverhältnis umgewandelt habe. Es liege eine echte Änderungskündigung vor. Die Vertragsänderung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und daher sozial gerechtfertigt. Aufgrund einer von dem neuen Hochschulrecht und dem Haushaltsplan gedeckten autonomen Struktur- und Organisationsentscheidung der Beklagten sei die Stelle des Klägers ent-



fallen, eine Übernahme des Klägers auf eine Stelle zur unbefristeten Weiterbeschäftigung sei danach nicht möglich und folglich eine Beendigungskündigung an sich gerechtfertigt. Mit dem Ausspruch der Änderungskündigung habe die Beklagte nur dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, weshalb es auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Befristung nicht ankomme. Im übrigen liege ein solch sachlicher Grund vor, weil aufgrund greifbarer Tatsachen mit einiger Sicherheit zu erwarten sei, daß die Arbeitskraft des Klägers in absehbarer Zeit nicht mehr benötigt werde und der Kläger aus sozialen Gründen auf einer Überhangstelle im Sinne von § 4 HPersÜG beschäftigt werde. Die soziale Auswahl sei nicht zu beanstanden, weil die vom Kläger als vergleichbar benannten Arbeitnehmer ebenfalls Änderungskündigungen verbunden mit einem Angebot zur befristeten Weiterbeschäftigung erhalten hätten. An einer fehlerhaften Beteiligung des Personalrats scheitere die Wirksamkeit der Änderungskündigung schon deshalb nicht, weil im Berliner Personalvertretungsgesetz eine Unwirksamkeit der getroffenen Maßnahme für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Personalratsbeteiligung nicht vorgesehen sei.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe bei Prüfung der Personalratsbeteiligung § 108 Abs. 2 BPersVG nicht beachtet.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, bei der streitigen Maßnahme handle es sich um eine Änderungskündigung, bei der aufgrund der Annahme des Ände-



rungsangebots unter Vorbehalt die soziale Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen zu prüfen sei (§ 2 i.V.m. § 1 KSchG). Seine gegenteilige Rechtsprechung (Urteil vom 17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - BAGE 46, 191 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) gibt der Senat auf.

a) In dem genannten Urteil hat der Senat erkannt, es handele sich nicht um eine Änderungskündigung, die gemäß § 2 KSchG unter Vorbehalt angenommen und gemäß § 4 Satz 2 KSchG mit einer Änderungsschutzklage bekämpft werden könne, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Kündigung nur noch eine befristete Weiterbeschäftigung anbiete. Eine Änderungskündigung setze voraus, daß das Arbeitsverhältnis, wenn auch zu geänderten Bedingungen, so doch auf unbestimmte Zeit fortgesetzt werden solle. Dies folge daraus, daß die Änderung nach den kündigungsrechtlichen Maßstäben des § 1 KSchG oder des § 626 BGB darauf zu prüfen sei, ob sie sozial gerechtfertigt bzw. unabweisbar notwendig sei und ob die neuen Bedingungen für den Arbeitnehmer zumutbar bzw. von ihm billigerweise hinzunehmen seien, während eine Befristung bereits dem Grunde nach nur auf ihre sachliche Rechtfertigung, nicht aber auf die soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG geprüft werden könne.

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur, wenn auch ohne eigene Begründung, auf Zustimmung gestoßen (vgl. KR-Rost, 3. Aufl., § 2 KSchG Rz 10 a; Kittner/Trittin, KSchR, 2. Aufl., § 2 KSchG Rz 6, 101; Ascheid, Kündigungsschutzrecht, Rz 467; Löwisch, NZA 1988, 633; Schulin, SAE 1986, 279). Überwiegend wird



sie allerdings abgelehnt (vgl. von Hoyningen-Huene, Anm. zu AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., § 2 Rz 8 f.; Schaub in Hromadka, Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 73 f.; Linck, AR-Blattei SD 1020.1.1 Rz 12 ff.; Plander, NZA 1993, 1057, 1060 ff.; jetzt auch KR-Rost, 4. Aufl., § 2 KSchG Rz 10 a). Die vom Bundesarbeitsgericht gemachte Einschränkung finde im Wortlaut des § 2 KSchG keine Stütze. Sei die Befristung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt, sei sie für den Arbeitnehmer nicht annehmbar, was die Änderungskündigung sozialwidrig mache. Das bedeute aber nicht, daß die Befristung als solche auf ihre soziale Rechtfertigung zu überprüfen sei. Den betroffenen Arbeitnehmern müsse auch in diesen Fällen die zusätzliche Wahlmöglichkeit des § 2 KSchG eröffnet werden.

b) Der Senat hält diese Kritik für berechtigt. Es geht überhaupt nicht darum, allgemein Befristungsabreden auf ihre soziale Rechtfertigung zu überprüfen. Auch die unter dem Druck der Kündigung vorbehaltlos zustandegekommene Befristungsvereinbarung ist nur darauf zu untersuchen, ob sie durch sachliche Gründe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gedeckt ist. Begrifflich liegt aber bei einer mit dem Angebot befristeter Weiterbeschäftigung verbundenen Kündigung eine Änderungskündigung vor. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem Arbeitnehmer die zusätzliche Wahlmöglichkeit des § 2 KSchG verwehrt werden sollte. Mit der Ablehnung der angebotenen Vertragsänderung oder deren Annahme unter Vorbehalt wird die Überprüfungsmöglichkeit der Kündigung bzw. der Änderung auf ihre soziale Rechtfertigung gemäß § 1 KSchG eröffnet. Auch bei der Überprüfung der Änderung geht es



aber nicht um eine Inhaltskontrolle der g e ä n d e r t e n
B e d i n g u n g e n am Maßstab des § 1 KSchG, sondern - punk-
tueller Streitgegenstand - um die Sozialwidrigkeit der Änderung,
d.h. des Abgehens von der bisherigen Bedingung eines Arbeitsver-
hältnisses auf unbestimmte Zeit. Quasi als Vorfrage fließt dann
allerdings in die Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Ände-
rung ein, ob die Befristung als solche durch sachliche Gründe ge-
deckt ist (vgl. dazu BAG Urteil vom 24. Januar 1996 - 7 AZR
496/95 -, zur Veröffentlichung bestimmt). Andernfalls müßte der
Arbeitnehmer die Änderung, also die Umstellung auf eine solche
Befristung, billigerweise nicht hinnehmen, was die Änderung der
Arbeitsbedingungen im Sinne von §§ 1, 2 KSchG sozialwidrig machen
würde. Es gibt keinen vernünftigen Grund dafür, daß der Arbeit-
nehmer die Wirksamkeit der Befristung nur und erst dann überprü-
fen lassen können soll, wenn er sich vorbehaltlos auf sie einge-
lassen hat. Die Änderung kann aber auch dann, wenn die Befristung
als solche sachlich gerechtfertigt ist, aus anderen Gründen sozi-
alwidrig sein, z. B. wenn die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3
KSchG fehlerhaft erfolgt ist.

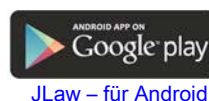
c) Die Argumente, mit der die Revision die bisherige Senats-
rechtsprechung verteidigt, überzeugen nicht.

§ 2 KSchG unterscheidet, anders als § 1 Abs. 1 TVG, nicht
zwischen Inhalts- und Beendigungsnormen. Allgemein wird der Be-
griff der Arbeitsbedingungen in einem weiten Sinn verstanden; er
umfaßt den gesamten Umfang und Inhalt der Rechte und Pflichten
der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis (v. Hoyningen/Huene,
Anm. zu AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung,



m.w.N.)). Im juristischen Sprachgebrauch werden die Arbeitsbedingungen gleichgesetzt mit der rechtlichen Gestaltung, die das Arbeitsverhältnis gefunden hat (Nikisch, Arbeitsrecht I, 3. Aufl., § 25 II. 1. S. 252). Putzo erwähnt ausdrücklich auch tarifliche Beendigungsnormen als Beispiel von Arbeitsbedingungen (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 55. Aufl., Einführung vor § 611 Rz 71). Es besteht keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber den Begriff in § 2 KSchG in einem engeren Sinne verstanden wissen wollte. Auch aus dem Normzweck läßt sich solches nicht ableiten. § 2 KSchG bezweckt, wie die Revision zutreffend ausführt, den Vertragsinhaltsschutz. Eine Befristungsabrede ist ebenso wie die Abrede einer Beschäftigung auf unbestimmte Zeit Inhalt des Arbeitsvertrages (§ 620 Abs. 1 BGB). Der Bestand des Arbeitsvertrages ist bei Versagung der Wahlmöglichkeit des § 2 KSchG durch die Kündigung sofort zum Kündigungstermin gefährdet, die Annahme unter Vorbehalt sichert demgegenüber den Bestand des Arbeitsvertrages jedenfalls für den im Befristungsangebot vorgesehenen Zeitraum.

Entgegen der Ansicht der Revision stellt nicht jede Änderungskündigung mit Befristungsangebot eine unzulässige Vorratskündigung dar. Dies wird in Fällen deutlich, in denen eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen zweifelsfrei nicht möglich ist, etwa bei einer Stilllegung des Betriebs, für den der Arbeitsvertrag geschlossen worden ist, bei gleichzeitig bestehender zeitlich begrenzter Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens. Vorbehaltlich der Prüfung, ob sachliche Gründe die zeitliche Begrenzung des Beschäftigungsange-



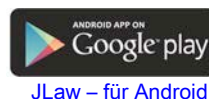
bots rechtfertigen, ist der Unternehmer frei in seiner Entscheidung, ob er Arbeitsplätze für eine Beschäftigung von unbestimmter Dauer oder nur für eine befristete Beschäftigung schafft und auf dem Arbeitsmarkt anbietet. Da das Kündigungsschutzgesetz die freie Unternehmerentscheidung grundsätzlich achtet, kann der Arbeitgeber nicht unter Berufung auf dieses Gesetz gezwungen werden, einen aus sachlichen Gründen nur für eine befristete Beschäftigung vorgesehenen Arbeitsplatz in jenem anderen Betrieb des Unternehmens dem durch die Betriebsschließung vom Verlust seines Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmer auf unbestimmte Zeit zur Verfügung zu stellen.

Daran ändert sich nichts, wenn der Arbeitgeber hinsichtlich befristeter und unbefristeter Beschäftigung unterschiedlich konzipierte Arbeitsplätze in ein und demselben Betrieb vorhält. Die Konzeption eines Arbeitsplatzes dahingehend, daß dieser nur für begrenzte Zeit zur Verfügung gestellt wird, ist eine Unternehmerentscheidung, die lediglich darauf geprüft werden kann, ob sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, wenn der auf diesem Arbeitsplatz befristet beschäftigte Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristungsabrede geltend macht. Fällt für einen Arbeitnehmer aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse seine bisher auf unbestimmte Zeit bestehende Beschäftigungsmöglichkeit weg, so bedingt dies gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG die ordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses. Andere zur Weiterbeschäftigung geeignete freie Arbeitsplätze sind ihm zur Vermeidung der Kündigung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zwar anzubieten, der Arbeitnehmer kann aber nicht verlangen, daß der Arbeit-



geber hierfür die Konzeption dieser Arbeitsplätze ändert. Der Arbeitnehmer kann allerdings - wie dargelegt - hinsichtlich eines solch freien Arbeitsplatzes überprüfen lassen, ob eine vorgesehene Befristung als solche sachlich gerechtfertigt ist. Ist sie es nicht, so ist dem Arbeitnehmer diese einschränkende Arbeitsbedingung billigerweise nicht zuzumuten; die entsprechende Änderungskündigung widerspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil eine Weiterbeschäftigung auf dem anderen Arbeitsplatz zu unveränderten Arbeitsbedingungen möglich gewesen wäre oder weil die Weiterbeschäftigung auf diesem Arbeitsplatz zu veränderten Bedingungen auf unbestimmte Zeit hätte erfolgen können. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, in einem solchen Fall sei die Kündigung zur Unzeit oder auf Vorrat erfolgt, denn Anlaß der Änderungskündigung ist der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit auf dem bisherigen Arbeitsplatz.

Ob etwas anderes dann gelten könnte, wenn die unternehmerische Konzeption des anderen freien Arbeitsplatzes dahingehend, daß auf ihm nur eine Beschäftigung auf Zeit angeboten werden soll, allein auf § 1 BeschFG fußt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, denn auf § 1 BeschFG hat sich die Beklagte nicht berufen. Offen bleiben kann ferner - weil hier nicht geltend gemacht -, ob der Arbeitnehmer eine erneute Änderung der Arbeitsbedingungen dahingehend verlangen kann, daß eine unbefristete Weiterbeschäftigung erfolgt, wenn die Befristung durch den Arbeitgeber im Wege der Änderungskündigung erzwungen wurde und wenn sich im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergibt. Dafür könnte sprechen, daß auch nach betriebsbedingten Kündigungen aufgrund der (nachwirkenden)



Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (§ 242 BGB) ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers gegeben sein könnte, wenn sich die betrieblichen Verhältnisse ändern (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 7. März 1996 - 2 AZR 180/95 - zur Veröffentlichung vorgesehen, m.w.N.; KR-Etzel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rz 237, 518, m.w.N.).

2. Die streitige Änderung der Arbeitsbedingungen ist, wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis ebenfalls zutreffend angenommen hat, nicht gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt.

a) Die Beklagte konnte durch gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare (unternehmerische) Organisationsentscheidungen die für eine Dauerbeschäftigung vorgesehenen Stellen des akademischen Mittelbaus (Funktionsstellen) verringern und auf die einzelnen Fachbereiche, Institute und Arbeitsbereiche verteilen. Daß solche Entscheidungen unter Beachtung der Vorgaben des Haushaltsgesetzgebers und der §§ 72 Abs. 1 Satz 3, 42 ff. HRG i.V.m. §§ 87 ff. BerlHG, 1 Abs. 2 ErgGBerlHG durch die zuständigen Hochschulgremien getroffen wurden, hat die Beklagte im einzelnen dargelegt. Anhaltspunkte dafür, daß diese grundlegenden Entscheidungen so nicht getroffen wurden oder daß sie als solche rechtlich zu beanstanden wären, hat weder der Kläger aufgezeigt noch sind sie sonst ersichtlich. Vor dem Hintergrund des gesetzlichen Auftrags zur Neustrukturierung der Hochschulen kann im Zusammenhang mit den genannten Organisationsentscheidungen von offenkundiger Unsachlichkeit oder Willkür (vgl. hierzu BAG Urteil vom 26. Juni 1975 - 2 AZR 499/74 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) keine Rede sein. Aufgrund der den Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist



davon auszugehen, daß das Spezialgebiet des Klägers künftig so nicht mehr angeboten wird und daß der Soll-Stellenplan am Südasien-Institut im akademischen Mittelbau - abgesehen von einer Stelle für eine Lehrkraft für besondere Aufgaben (Sprachlehre), die auch der Kläger nicht für sich reklamiert - keine Stellen für eine Beschäftigung auf unbestimmte Zeit mehr vorsieht. Eine Professorenstelle kann der Kläger zur Vermeidung der Befristung schon deshalb nicht beanspruchen, weil es sich dabei um eine Beförderungsstelle handeln würde (vgl. BAGE 65, 61 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Urteil vom 7. Februar 1991 - 2 AZR 205/90 - BAGE 67, 198 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung).

b) Die Ausgestaltung der übrigen Stellen am Institut als solche für eine lediglich befristete Beschäftigung ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Für die im Stellenplan vorgesehenen Sollstellen folgt dies schon aus §§ 72 Abs. 1 Satz 3, 48 ff. HRG, 105 ff. BerlHG. Für Überhangstellen ergibt sich der sachliche Grund der Befristung aus § 4 HPersÜG in Verbindung mit dem Umstand, daß der (Haushalts-)gesetzgeber unbestritten Überhangstellen und entsprechende Haushaltsmittel nur zeitlich begrenzt aus sozialen Erwägungen zur Verfügung gestellt hat (vgl. BAG Urteil vom 25. Januar 1980 - 7 AZR 69/78 - AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag). Entgegen der Ansicht der Revision ist es insoweit auch nicht erforderlich, daß sich der Haushaltgesetzgeber speziell mit der dem Kläger angebotenen Überhangstelle und ihrer personellen Zuordnung befaßt hat (vgl. BAGE 60, 1 = AP Nr. 125 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).



c) Gegenüber dem Gebot des Hochschulrahmengesetzes zur strukturellen Anpassung der Hochschulen der neuen Bundesländer an die in den alten Bundesländern von diesem Gesetz vorgegebene Hochschulstruktur müssen die in den besonderen persönlichen Umständen begründeten Interessen des Klägers zurücktreten. Daß 1994 Abs. 4 der Anlage I Kap. XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 EV, der eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses erleichtert hätte, nicht mehr in Kraft war, ändert daran nichts. Die Stelle des Klägers, auf der er für unbestimmte Zeit beschäftigt war, ist im Zuge der Neustrukturierung weggefallen. Andere geeignete freie Stellen für eine dauerhafte Weiterbeschäftigung sind nicht vorhanden. Die sonstigen Stellen lassen - wie dargelegt - aus sachlichen Gründen nur eine befristete Beschäftigung zu. Bei dieser Sachlage mußte der Kläger im Grundsatz eine Änderung der Arbeitsbedingungen durch Befristung des Arbeitsverhältnisses billigerweise hinnehmen.

3. Die Reaktion der Beklagten auf den Wegfall der Dauerstelle des Klägers entsprach allerdings nur dann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn sie den Kläger mit der Änderung der Arbeitsbedingungen nicht stärker als erforderlich belastete. Stand eine geeignete freie Stelle zur Verfügung, auf der der Kläger länger als mit der streitigen Änderungskündigung vorgesehen hätte beschäftigt werden können, so war diese dem Kläger anzubieten. Soweit um eine solche Stelle mehrere vergleichbare, vom Wegfall ihrer Dauerstelle betroffene Arbeitnehmer konkurrierten, hatte die Beklagte bei der Auswahl soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 3 KSchG analog). Die in § 1 Abs. 3 KSchG zum Ausdruck gekommene Wertentscheidung des Gesetzgebers gebietet es,



daß die eine längere Weiterbeschäftigung ermöglichende Stelle dem sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer angeboten wird, wenn nicht berechnigte betriebliche Bedürfnisse einer solchen Auswahl entgegenstehen.

Vorliegend hat der Kläger zwar geltend gemacht, die Arbeitnehmerin Dr. A sei vergleichbar, sozial weniger schutzwürdig und ihr sei ein bis 1999 befristeter Arbeitsvertrag angeboten worden. Das Landesarbeitsgericht hat eine Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl gleichwohl im Ergebnis zu Recht verneint. Wie die Parteien nämlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig gestellt haben, hatte Frau Dr. A ebenfalls eine auf eine Befristung bis Ende 1996 abzielende Änderungskündigung erhalten. Daß sich die Beklagte später im Kündigungsschutzprozeß auf einen Vergleich dahingehend einließ, daß das Arbeitsverhältnis von Frau Dr. A bis 1999 fortgeführt wird, machte die Änderung der Arbeitsbedingungen beim Kläger nicht nachträglich sozial ungerechtfertigt.

Die weiteren Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu § 1 Abs. 3 KSchG und den Arbeitnehmern Dr. R , Dr. B und L hat die Revision nicht angegriffen. Sie lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

4. Der Kläger hat ferner eine ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats in Zweifel gezogen. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, daß dem Personalrat gemäß § 89 Abs. 1 PersVG Bln lediglich ein Mitwirkungsrecht zustand. Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel. Soweit der



Kläger einen Fehler bei der Vertretung der Präsidentin der Beklagten moniert hat, kann damit die Unwirksamkeit der Beteiligung der Personalvertretung schon deshalb nicht begründet werden, weil der Personalrat dies nicht gerügt hat (vgl. Senatsurteil vom 26. Oktober 1995 - 2 AZR 743/94 - PersR 1996, 129). Der Kläger hat jedoch darüber hinaus bestritten, daß seine Personal- und Sozialdaten dem Personalrat mitgeteilt worden seien. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen, weil es - wie die Revision zu Recht rügt - § 108 Abs. 2 BPersVG übersehen hat. Nach dieser Rechtsfolgenregelung ist eine Kündigung nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Personalrat zuvor überhaupt beteiligt zu haben, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seiner Beteiligungspflicht nach den einschlägigen Bestimmungen des Personalvertretungsgesetzes des Landes nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist (vgl. BVerfG Beschluß vom 27. März 1979 - 2 BvL 2/77 - BVerfGE 51, 43, 54 = AP Nr. 1 zu § 108 BPersVG, zu B I der Gründe; vgl. auch Germelmann/Binkert, PersVG Berlin, § 84 Rz 50 und § 87 Rz 109). Dazu gehört eine hinreichend ausführliche Unterrichtung (Germelmann/Binkert, aaO, § 84 Rz 50).

Ob der Gesetzgeber, da er ein Beteiligungsrecht des Personalrats ganz hätte ausschließen können (vgl. BVerfG, aaO), auch hätte regeln können, daß die Unwirksamkeitsfolge für die Kündigung nur bei gänzlich unterbliebener Beteiligung des Personalrats eintritt, kann offenbleiben. Erst 1994 hat der Gesetzgeber die Neufassung des PersVG Bln bekannt gemacht (GVBl. S. 337). Wenn er trotz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (aaO) und



der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z.B. Senatsurteil vom 31. August 1989 - 2 AZR 453/88 - AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein, zu II 1 der Gründe, m.w.N.) zu den Rechtsfolgen einer nicht ordnungsgemäßen Personalratsbeteiligung eine ausdrücklich abweichende Regelung unterließ, wollte er ersichtlich die in § 108 Abs. 2 BPersVG angeordnete Rechtsfolge auch für Fälle unzureichender Unterrichtung des Personalrats oder nahm sie jedenfalls in Kauf.

Zum Umfang der Unterrichtungspflicht im einzelnen gilt gleiches wie bei der Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG (BAG aaO, m.w.N.). Dem Personalrat sind deshalb grundsätzlich die wichtigsten Personal- und Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers mitzuteilen (vgl. Senatsurteil vom 15. Dezember 1994 - 2 AZR 327/94 - AP Nr. 67 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B I 3 b (2) der Gründe). Das sind neben dem Alter auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit sowie ggf. Unterhaltspflichten und ein etwaiger Sonderkündigungsschutz. Insoweit bedarf der Sachverhalt weiterer Aufklärung, weshalb die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen war.

Etzel

Richter am BAG

Fischermeier

Bröhl hat Urlaub.

Etzel

Timpe

Bensinger

