

Aktenzeichen: 2 AZR 796/05
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 18. Januar 2007
- 2 AZR 796/05 -

I. Arbeitsgericht
Mannheim

Urteil vom 13. Juli 2004
- 12 Ca 29/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg (Mannheim)

Urteil vom 17. August 2005
- 13 Sa 78/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Änderungskündigung - Sozialauswahl

Gesetz:

KSchG aF § 2 Satz 2, § 1 Abs. 3

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 796/05
13 Sa 78/04
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Januar 2007

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

2.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Dr. Eylert sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartel und Löllgen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - 13 Sa 78/04 - vom 17. August 2005 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung. 1

Der 1952 geborene Kläger ist seit 1986 bei den beiden beklagten Versicherungen angestellt. Er war bis zum 31. Dezember 2000 als „Bezirksdirektor“ tätig. Im Rahmen der Umstrukturierungsmaßnahme „S“ ersetzten die Beklagten im Jahr 2000 die Bezirksdirektionen durch die Landesdirektionen Süd, Süd-West, Nord, West und Ost. Gleichzeitig wurden die Positionen von - jeweils dem Landesdirektor unterstellten - Betriebsberatern eingeführt. Von bundesweit zwölf vorhandenen Stellen wurden acht Stellen besetzt. 2

Der in der Nähe von S wohnhafte Kläger wurde einvernehmlich ab 1. Januar 2001 als einer von zwei Betriebsberatern in der Landesdirektion Süd-West teilweise im Innen- und teilweise im Außendienst eingesetzt. Der geänderte Arbeitsvertrag des Klägers vom 8. Februar/22. Mai 2001 enthält unter Ziff. 2.3 einen Änderungs- und Versetzungsvorbehalt, nach dem die Beklagten den Kläger jederzeit aus betrieblichen Erwägungen mit einer angemessenen anderen Aufgabe, - auch an einem anderen Dienstort - betrauen können. Das Jahresentgelt des Klägers als Betriebsberater lag - bei einem einzelvertraglich vereinbarten höheren Fixum als üblich - in den Jahren 2001 bis 2003 zwischen 70.000 und 100.000 Euro. Am 1. Oktober 2001 und am 1. Oktober 2002 wurde für die Landesdirektion West jeweils ein Betriebsberater neu eingestellt. Ebenfalls zum 1. Oktober 2001 wurde die Betriebsberaterin V. für die Landesdirektion Süd eingestellt. 3



Im September 2003 beschlossen die Beklagten ein ergänzendes Programm zur Umorganisation („Feinjustierung S“), das neben der Schließung mehrerer Regionaldirektionen ua. eine Reduzierung der Betriebsberater bundesweit von zwölf auf sieben vorsah. Proportional zur Gebietsgröße bzw. der Anzahl der potentiell zu beratenden Agenturen sollte in den Landesdirektionen Nord, Ost, Süd-West, Süd und West jeweils eine Betriebsberaterstelle eingespart werden. Während der Stellenabbau in den anderen Landesdirektionen durch Streichung nicht besetzter Stellen bzw. durch ein zu erwartendes Ausscheiden einer in Elternzeit befindlichen Mitarbeiterin umgesetzt wurde, beschlossen die Beklagten für den Bereich der Landesdirektion Süd-West, eine der beiden tatsächlich besetzten Betriebsberaterstellen abzubauen.

4

Nach Anhörung des Betriebsrates kündigten die Beklagten das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 zum 31. Dezember 2004 und boten ihm zugleich ab 1. Januar 2005 die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als Vertriebsleiter der Regionaldirektion K mit den zu betreuenden Regionen P, Z und S an. Zwischen den Parteien ist streitig, in welchem Umfang eine tatsächliche Anwesenheit des Vertriebsleiters im ca. 85 km vom Wohnort des Klägers entfernt liegenden K erforderlich ist. Nach dem beigefügten Vertragsangebot der Beklagten sollte auf Grund eines anzuwendenden Sozialplans aus dem Jahr 2000 das bisherige Jahresgehalt des Klägers weitergezahlt werden. Ab 2008 sollte der Kläger ein Entgelt erhalten, das sich aus einem Festgehalt, einer variablen Vergütung, einem an die Eigenleistung des Klägers gebundenen, erfolgsabhängigen Bestandteil und einer leistungsabhängigen „On-Top-Vergütung“ zusammensetzt und sich im Rahmen von 36.800 bis 100.900 Euro bewegt. Demgegenüber erzielte ein Betriebsberater bisher - bei vergleichbaren Vergütungsbestandteilen und gleichem Fixum - üblicherweise mindestens 38.300 Euro bis höchstens 97.200 Euro.

5

Der Kläger hat das Angebot der Beklagten unter Vorbehalt angenommen. Er hat mit seiner Änderungsschutzklage geltend gemacht, die Änderungskündigung sei unwirksam. Das Änderungsangebot sei nicht hinreichend bestimmt. Bei Ausspruch der Kündigung sei der künftige Bedarf an Betriebsberatern noch völlig unklar gewesen. Die Tätigkeit eines Vertriebsleiters beeinträchtige in gravierender Weise seinen Lebensrhythmus. Er müsse täglich in K präsent sein und die neu „anzulernenden“ Vertriebspartner an 60 Tagen jährlich - vor allem in den Abendstunden - begleiten. Die Sozialauswahl sei fehlerhaft. Sie sei nur auf die Landesdirektion Süd-West beschränkt worden. Alle acht Betriebsberater seien aber bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen gewesen. Zumindest die drei in den Jahren 2001 und 2002 eingestellten Betriebsbera-

6



ter seien auf Grund ihrer kürzeren Betriebszugehörigkeit sozial weniger schutzbedürftig. Er hätte deshalb auf der Stelle der zum 1. Oktober 2001 eingestellten Betriebsberaterin V. in der Landesdirektion Süd weiterbeschäftigt werden müssen. Auch innerhalb der Landesdirektion Süd-West sei er auf Grund seiner Unterhaltspflichten gegenüber seinen beiden noch in der Ausbildung befindlichen Kindern und seiner nicht berufstätigen Ehefrau, die ihren kranken Vater pflege, sozial schutzbedürftiger als der weiterbeschäftigte Betriebsberater H. Darüber hinaus habe er die für den Arbeitsmarkt wichtige Altersgrenze von 50 Jahren überschritten.

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - beantragt:

7

festzustellen, dass die Änderungskündigung der Beklagten zu 1) und des Beklagten zu 2) vom 19. Dezember 2003 unwirksam ist.

Die Beklagten haben zur Begründung ihrer Klageabweisungsanträge ausgeführt: Der bisherige Arbeitsplatz des Klägers sei auf Grund ihrer umstrukturierenden Unternehmerentscheidung weggefallen. Es liege ausschließlich in ihrer Kompetenz, ob sie zukünftig überhaupt das Angebot einer Betriebsberatung zur Verfügung stellten. Entgegen der pauschalen Behauptung des Klägers habe eine andere Einsatzmöglichkeit für Betriebsberater nicht bestanden. Die Sozialauswahl sei auf die Landesdirektion Süd-West beschränkt. Die einzelnen Landesdirektionen seien eigenständige Betriebe. Der Kläger sei zwar mit dem in D wohnenden H. vergleichbar, der seit 1976 im Unternehmen arbeite, drei Jahre jünger als der Kläger sei und eine berufstätige Ehefrau unterhalte. Die Sozialauswahl halte sich aber innerhalb des dem Arbeitgeber zustehenden Wertungsspielraums. Auch seien die angebotenen Änderungen dem Kläger eher zumutbar als H. Der in S wohnhafte Kläger könne überwiegend von zu Hause aus tätig werden. Lediglich montags müsse er an Treffen mit den neuen Vertriebspartnern in K teilnehmen. Selbst wenn eine Sozialauswahl unter allen Betriebsberatern durchzuführen wäre, sei zu berücksichtigen, dass dann für mehrere Mitarbeiter ein Ortswechsel notwendig würde und mehrere (Änderungs-)Kündigungen ausgesprochen werden müssten. Frau V. sei darüber hinaus schon nicht mit dem Kläger vergleichbar, weil sie die für eine Vertriebsleiterstelle notwendige fachliche Ausbildung und Außendienst Erfahrung nicht besitze.

8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.

9



Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. 10

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine die Klage abweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Änderungskündigung sei nicht unwirksam. Der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt worden. Das Änderungsangebot der Beklagten sei inhaltlich hinreichend bestimmt und formgerecht. Die Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt und nicht unverhältnismäßig. Der arbeitsvertraglich vereinbarte Änderungs- und Versetzungsvorbehalt erlaube es den Beklagten nicht, dem Kläger ohne Änderungskündigung eine Tätigkeit als Vertriebsleiter, die ein völlig anderes Berufsbild umfasse, zuzuweisen. Der Änderungskündigung habe ein dringendes betriebliches Bedürfnis zugrunde gelegen. Die Beklagte habe die unternehmerische Organisationsentscheidung getroffen, die Betriebsberaterstellen von zwölf auf sieben zu verringern. Es lägen keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch vor. Die Änderungen seien unvermeidbar gewesen, auch wenn sie für den Kläger mit einer erheblichen, aber ohne Umzug zu bewältigenden räumlichen Veränderung und einer erheblichen Modifikation der Vergütungsstruktur verbunden seien. Andere Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem freien Arbeitsplatz des Unternehmens habe es für den Kläger nicht gegeben. Die Sozialauswahl sei selbst dann ordnungsgemäß, wenn man zugunsten des Klägers unterstelle, die Landesdirektion Süd-West sei kein eigenständiger Betrieb. Der Kläger habe sich namentlich nur auf die Mitarbeiter H. und V. bezogen. Deshalb seien die anderen Betriebsberater nicht in den auswahlrelevanten Personenkreis einzubeziehen. Ob H. für die Vertriebsleiterstelle überhaupt annähernd gleich geeignet und damit mit dem Kläger vergleichbar sei, sei zweifelhaft. Selbst wenn man dies unterstelle, hätten die Beklagten ihren Wertungsspielraum angesichts der Sozialdaten der beiden Betriebsberater nicht überschritten, wenn sie sich zur Weiterbeschäftigung von H. entschlossen hätten. Wenn auch der Kläger ggf. auf der Stelle von V. einsetzbar gewesen wäre, entfalle gleichwohl eine Vergleichbarkeit, weil V. für die Position einer Vertriebsleiterin nicht annähernd gleich geeignet sei. Sie habe keine Erfahrung für diese Tätigkeit und dürfe auch nicht ausbilden. 11

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in Teilen der Begründung. Die zulässige Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegan- 12



gen, dass die Änderungskündigung der Beklagten vom 19. Dezember 2003 die Arbeitsbedingungen mit Ablauf der Kündigungsfrist zum 1. Januar 2005 rechtswirksam geändert hat.

- I. Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die ordentliche Änderungskündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 2 Satz 1 iVm. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs standen einer Weiterbeschäftigung des Klägers zu seinen bisherigen Arbeitsbedingungen als Betriebsberater der Landesdirektion Süd-West dringende betriebliche Erfordernisse entgegen. Auch hat die Beklagte die Sozialauswahl fehlerfrei durchgeführt und sich darauf beschränkt, dem Kläger nur solche Vertragsänderungen vorzuschlagen, die er billigerweise hinnehmen muss. 13
1. Auf die Kündigung vom 19. Dezember 2003, die dem Kläger am 24. Dezember 2003 zugegangen ist, ist § 1 KSchG in der vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 2003 geltenden Fassung des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (Korrekturgesetz) (BGBl. I S. 3843) anzuwenden (im Folgenden: KSchG aF). Ob eine Willenserklärung rechtsgestaltend wirkt, kann nur nach der bei ihrem Zugang (§ 130 BGB) bestehenden Rechtslage beurteilt werden (vgl. Senat 23. November 2000 - 2 AZR 533/99 - BAGE 96, 306). 14
2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die soziale Rechtfertigung ist im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der sozialen Rechtfertigung iSv. § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG handelt es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (st. Rspr. vgl. Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138). 15
3. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil stand. 16
- a) Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist wirksam, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen 17



muss. Im Rahmen der §§ 1, 2 KSchG ist dabei zu prüfen, ob das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist (*st. Rspr. Senat 18. Mai 2006 - 2 AZR 230/05 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 83 = EzA KSchG § 2 Nr. 59; 22. April 2004 - 2 AZR 385/03 - BAGE 110, 188*). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (*st. Rspr. Senat 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151*). 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; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106d; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 65*). Ausgangspunkt ist dabei die bisherige vertragliche Regelung. Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81 = EzA KSchG § 2 Nr. 54*).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Änderungskündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2, § 2 KSchG aF bedingt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 18

aa) Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, bei dem Entschluss der Beklagten, die Zahl der Betriebsberaterstellen bundesweit von zwölf auf sieben zu verringern, handele es sich um eine unternehmerische Organisationsentscheidung, die sich unmittelbar auf die Beschäftigung des Klägers auswirkt. Eine solche Organisationsentscheidung unterliegt im Kündigungsschutzprozess nur einer Missbrauchskontrolle. Sie ist lediglich dahingehend zu überprüfen, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich und ob sie ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Änderungsbedarf ist (*nur Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81 = EzA KSchG § 2 Nr. 54*). Da für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung die Vermutung spricht, sie sei aus sachlichen Gründen erfolgt, Rechtsmissbrauch also die Ausnahme ist, hat im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und im Streitfall zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffene innerbetriebliche Strukturmaßnahme offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - aaO; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61*). 19



Der Kläger hat einen solchen Sachverhalt nicht dargetan. Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, für einen Beschäftigungsüberhang an Betriebsberatern spreche bereits die Tatsache, dass von den ursprünglich im Jahr 2000 von den Beklagten im Rahmen des Umstrukturierungsprogramms „S“ für erforderlich gehaltenen zwölf Betriebsberaterstellen zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs bereits drei Stellen in den Landesdirektionen Nord, Ost und Süd nicht besetzt und durch die Elternzeit einer Betriebsberaterin eine weitere Stelle in der Landesdirektion West zumindest faktisch frei war. Da in der Landesdirektion Süd-West keine Vakanzen bestanden, konnte einem Personalüberhang dort nicht durch Streichung leerer Planstellen begegnet werden. Angesichts dieser Situation liegt die pauschale Behauptung des Klägers, die Beklagten hätten sich lediglich seiner entledigen wollen, fern. Ausreichende Anhaltspunkte für eine vorgeschobene Personalmaßnahme, um den Kläger aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen, sind nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr als der Kläger nach Ausspruch der Änderungskündigung weiter in einem - wenn auch inhaltlich geänderten - Arbeitsverhältnis zu den Beklagten stehen sollte.

20

bb) Die Beklagten haben sich mit dem Ausspruch der Änderungskündigung darauf beschränkt, dem Kläger nur solche Änderungen seines Arbeitsverhältnisses vorzuschlagen, die er billigerweise hinnehmen muss. Zwar unterscheidet sich das Berufsbild eines Agenturen beratenden Betriebsberaters von dem eines Vertriebsleiters, dessen Aufgabe es ist, neue Vertriebspartner einzuarbeiten und an das Unternehmen der Beklagten zu binden. Es ist revisionsrechtlich aber nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht annimmt, wegen der wirtschaftlichen Absicherung des Klägers über die dreijährige Bestandsgarantie seiner Vergütung und des Umstandes, dass ein Umzug nach K zur Aufnahme der Tätigkeit eines Vertriebsleiters der Regionaldirektion für den Kläger nicht erforderlich sei, sei das Änderungsangebot vom Kläger billigerweise hinzunehmen. Gegen diese Feststellungen und Bewertung des Landesarbeitsgerichts hat die Revision auch keine Einwendungen erhoben.

21

cc) Neben dem abgegebenen Änderungsangebot gab es keine anderen, der beruflichen Qualifikation des Klägers entsprechenden zumutbaren Arbeitsbedingungen, die die Beklagten dem Kläger im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses stattdessen hätte anbieten müssen. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, alle Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung, auf die sich der Kläger berufen hat, hätten sich erst nach Ausspruch der Kündigung ergeben und seien zum Kündigungszeitpunkt für die Beklagten nicht erkennbar gewesen. Hiergegen hat sich die Revision nicht gewandt. Zu Unrecht

22



beanstandet sie, das Landesarbeitsgericht habe übersehen, dass der Kläger sich bereits erstinstanzlich darauf berufen habe, dass der Betriebsberater T. nunmehr kommissarisch die Aufgaben des Regionaldirektors in Ka wahrnehme. Allein aus diesem Vortrag ergibt sich nicht, dass die Stelle des Regionaldirektors bereits zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs frei oder absehbar war, dass die Stelle frei werden würde.

4. Die Kündigung ist auch nicht wegen einer nicht ausreichenden sozialen Auswahl nach § 2 Satz 1, § 1 Abs. 3 KSchG aF unwirksam. 23

a) Bei der Prüfung der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers (§ 1 Abs. 3 KSchG) handelt es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil die Rechtsbegriffe selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr. vgl. Senat 23. November 2000 - 2 AZR 533/99 - BAGE 96, 306; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138*). Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand. 24

b) Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF ist eine aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ausgesprochene Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. 25

aa) Das Gebot der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers gilt auch für betriebsbedingte Änderungskündigungen (§ 2 Satz 1 KSchG). Anders als bei einer Beendigungskündigung ist bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung die Sozialauswahl jedoch nicht an der Prüfung auszurichten, welcher von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern durch den Verlust des Arbeitsplatzes am wenigsten hart getroffen wird. Da bei der ordentlichen Änderungskündigung unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer sie unter Vorbehalt angenommen hat oder nicht, die soziale Rechtfertigung des Änderungsangebotes im Vordergrund steht, ist bei der sozialen Auswahl primär darauf abzustellen, wie sich die vorgeschlagene Vertragsänderung auf den sozialen Status vergleichbarer Arbeitnehmer auswirkt. Es ist vor allem zu prüfen, ob der Arbeitgeber, statt die Arbeitsbedingungen des gekündigten Arbeitnehmers zu ändern, diese Änderung einem anderen 26



vergleichbaren Arbeitnehmer hätte anbieten können, dem sie in sozialer Hinsicht eher zumutbar gewesen wäre. Hinzu kommt, dass für die in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer bei der Änderungskündigung ein anderer Maßstab gilt als bei der Beendigungskündigung. Bei einer Beendigungskündigung ist die Vergleichbarkeit gegeben, wenn die betreffenden Arbeitnehmer nach ihren bisherigen Tätigkeiten miteinander verglichen werden können und damit gegeneinander austauschbar sind. Bei der Änderungskündigung kommt hinzu, dass diese Arbeitnehmer auch für die Tätigkeit, die Gegenstand des Änderungsangebotes ist, wenigstens annähernd gleich geeignet sind. Die Austauschbarkeit muss sich also auch auf den mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz beziehen (*BAG 13. Juni 1986 - 7 AZR 623/84 - BAGE 52, 210; vgl. zur Rechtslage nach der Neufassung von § 1 Abs. 3 KSchG zum 1. Januar 2004 vgl. etwa KR-Rost 8. Aufl. § 2 KSchG Rn. 103b*).

bb) Die Sozialauswahl ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF nicht auf einen Vergleich des Lebensalters, der Dauer der Betriebszugehörigkeit und der Unterhaltspflichten beschränkt. Da bei der Änderungskündigung im Rahmen der Sozialauswahl zu prüfen ist, welchen Arbeitnehmern die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen eher zumutbar ist, muss sich die Abwägung auch daran orientieren, welchem Arbeitnehmer eine Umstellung auf die neue Tätigkeit nach seiner Vorbildung und seinen persönlichen Eigenschaften leichter oder schwerer fällt. Hier können Eigenschaften wie Wendigkeit, schnelle Auffassungsgabe, Anpassungsfähigkeit und Gesundheitszustand von Bedeutung sein. Alle diese Umstände, die jeweils ein verschiedenes Gewicht haben können, fließen in die Sozialauswahl ein und sind gegeneinander abzuwägen. Allerdings steht dem Arbeitgeber hierbei ein gewisser Wertungsspielraum zu. Das Gesetz verlangt von ihm nur eine „ausreichende“ Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte. Erst wenn es an einer ausreichenden Berücksichtigung fehlt, ist die Sozialauswahl mit Mängeln behaftet und die Kündigung deshalb sozialwidrig (*BAG 13. Juni 1986 - 7 AZR 623/84 - BAGE 52, 210; Senat 18. Oktober 1984 - 2 AZR 543/83 - BAGE 47, 80; 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151*).

c) Unter Anwendung des vorstehenden Maßstabs hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, die Beklagten hätten bei der angegriffenen Änderungskündigung soziale Gesichtspunkte „ausreichend“ berücksichtigt.

27

28



aa) Die Revision beanstandet zu Unrecht, das Landesarbeitsgericht habe ver- 29
kannt, dass die Landesdirektionen der Beklagten keine eigenständigen Betriebe seien
und deshalb die Sozialauswahl unter allen Betriebsberatern hätte erfolgen müssen.

Im Ausgangspunkt zutreffend meint die Revision, die Pflicht zur sozialen Aus- 30
wahl sei nach ständiger Rechtsprechung des Senats betriebsbezogen (vgl. 2. Juni
2005 - 2 AZR 158/04 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 73 = EzA KSchG § 1
Soziale Auswahl Nr. 61). Sie beachtet jedoch nicht, dass das Landesarbeitsgericht
zugunsten des Klägers unterstellt hat, dass alle Landesdirektionen der Beklagten einen
einheitlichen Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes bilden und deshalb
grundsätzlich - unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast nach § 1 Abs. 3
Satz 3 KSchG aF - eine Sozialauswahl unter Einbeziehung sämtlicher Landesdirektio-
nen erforderlich gewesen wäre. Des Weiteren verkennt die Revision, dass nach stän-
diger Rechtsprechung des Senats eine Kündigung wegen nicht ausreichender Sozial-
auswahl nicht unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber zwar unrichtige Erwägungen ange-
stellt hat, diese aber gleichwohl zufällig zu einem zutreffenden bzw. vertretbaren Er-
gebnis geführt haben (16. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - BAGE 62, 116). Selbst wenn die
Beklagten deshalb den Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer
wegen der Verkennung des Betriebsbegriffs zu eng gezogen haben sollten, indem sie
ihn nur auf die Landesdirektion Süd-West beschränkt haben, kann diese Sozialauswahl
im Ergebnis dennoch zutreffend sein, weil der Kläger von den von ihm benannten zu
vergleichenden Betriebsberatern tatsächlich der sozial am wenigsten Schutzbedürftige
war. Dies hat das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender
Weise - bei unterstellt einheitlichem Betrieb aller Landesdirektionen - angenommen.
Einer Entscheidung, ob die Landesdirektionen der Beklagten jeweils eigenständige
Betriebe darstellen, bedurfte es daher nicht.

bb) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, die Beklagten hätten ihren 31
Wertungsspielraum bei der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte iSd. § 1 Abs. 3
Satz 1 KSchG aF nicht überschritten, weil sie den Betriebsberater H. zu unveränderten
Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt haben.

(1) Nach dem Gesetzeswortlaut (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF) hat der Arbeitge- 32
ber die sozialen Gesichtspunkte „ausreichend“ zu berücksichtigen. Die Auswahlent-
scheidung muss nur vertretbar sein und nicht unbedingt der Entscheidung entspre-
chen, die das Gericht getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich soziale Erwägungen
hätte anstellen müssen. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz eingeräumte Wertungsspiel-



raum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können (*Senat 5. Dezember 2002 - 2 AZR 549/01 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 59 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 49; 18. Januar 1990 - 2 AZR 357/89 - BAGE 64, 34*).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat den Kläger gegenüber dem in der Landesdirektion Süd-West und damit in jedem Fall dem gleichen Betrieb angehörigen H. zu Recht nicht als deutlich schutzwürdiger in diesem Sinne angesehen. Es hat unterstellt, H. sei für die Stelle des Vertriebsleiters K annähernd gleich geeignet wie der Kläger, obwohl er - anders als der Kläger - eine berufliche Vorbildung im Bereich der Krankenversicherung und keine Führungserfahrung als Bezirksdirektor besitzt.

33

(3) Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Gewichtung der Sozialdaten bewegen sich im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Die Beklagten durften die mit zehn Jahren erheblich längere Betriebszugehörigkeit Hs. stärker gewichten als die - unterstellt vollumfänglich bestehenden - Unterhaltungspflichten des Klägers gegenüber seiner Ehefrau und seinen noch in der Ausbildung befindlichen Kindern. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht weiter angenommen, der geringfügige Altersunterschied von drei Jahren zwischen dem Kläger und H. sei nicht ausschlaggebend. Das vom Kläger angeführte Argument, er habe die für den Arbeitsmarkt wichtige Altersgrenze von 50 Jahren im GegenSatz zu Herrn H. überschritten, spielt keine maßgebliche Rolle. Die Änderungskündigung sollte gerade nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Der Einwand der Revision, der Kläger habe dargelegt, H. könne die geänderte Position ohne erhebliche Fahrzeiten wahrnehmen, ist nicht entscheidungserheblich. Das Landesarbeitsgericht hat auf die dem H. nicht zuzumutenden Wegezeiten nicht abgestellt.

34

cc) Soweit das Landesarbeitsgericht weiter angenommen hat, die in der Landesdirektion Süd eingesetzte Betriebsberaterin V. sei mit dem Kläger nicht vergleichbar, weil sie nicht als Vertriebsleiterin tätig werden könne, hat die Revision diese tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mit ausreichenden Verfahrensrügen angegriffen. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

35

Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass der Kläger insoweit der ihm nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht genügt hat, indem er den Vortrag der Beklagten, Frau V. fehle es an der für die

36



Vertriebsleiterposition nötigen Außendienstterfahrung und einer entsprechenden fachlichen Ausbildung, im Kammertermin vor dem Landesarbeitsgericht am 17. August 2005 lediglich mit Nichtwissen bestritten hat.

dd) Weitere Betriebsberater waren auch bei einem unterstellt einheitlichen Betrieb aller Landesdirektionen nicht in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF einzubeziehen. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht die Darlegungs- und Beweislast nicht verkannt. Zu Recht hat es angenommen, der Kläger hätte die ihm nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegende Darlegungslast nicht erfüllt, weil er keine weiteren mit ihm vergleichbaren sozial weniger schutzwürdigen Betriebsberater benannt habe.

37

(1) Nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit der Sozialauswahl ergibt, zunächst dem Arbeitnehmer. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (*vgl. 18. Mai 2006 - 2 AZR 245/05 - EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 148; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 697/01 - BAGE 104, 138*) ist dabei aber die Darlegungslast abgestuft. Es ist zunächst Sache des Arbeitnehmers, die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen, sofern er über die erforderlichen Informationen verfügt. Soweit er hierzu nicht in der Lage ist und er deswegen den Arbeitgeber zur Mitteilung der Gründe auffordert, die ihn zu der Auswahl veranlasst haben, hat der Arbeitgeber als Folge seiner materiellen Auskunftspflicht gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG auch im Prozess substantiiert vorzutragen. Diese sich aus der Mitteilungspflicht ergebende Vortragslast ist allerdings auf die subjektiven, vom Arbeitgeber tatsächlich angestellten Überlegungen beschränkt. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die vollständige Auflistung der Sozialdaten aller objektiv vergleichbaren Arbeitnehmer (*Senat 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151; BAG 21. Dezember 1983 - 7 AZR 421/82 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 29*). Gibt der Arbeitgeber keine oder keine vollständige Auskunft, so kann der Arbeitnehmer bei fehlender eigener Kenntnis seiner aus § 1 Abs. 3 KSchG iVm. § 138 Abs. 1 ZPO herzuleitenden Substantiierungspflicht, die Namen sozial stärkerer Arbeitnehmer zu nennen, nicht genügen. In diesen Fällen ist der der fehlenden Kenntnis des Arbeitnehmers entsprechende Vortrag, es seien sozial stärkere Arbeitnehmer als er vorhanden, schlüssig und ausreichend (*Senat 21. Juli 1988 - 2 AZR 75/88 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 17 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 26*).

38



Die gleichen Erwägungen gelten, wenn dem Vortrag des Arbeitgebers zu entnehmen ist, er habe die Sozialauswahl unter Berücksichtigung des Vortrags des Arbeitnehmers nicht auf aus dessen Sicht vergleichbare Arbeitnehmer erstreckt und er es unterlässt, seinen Vortrag im Prozess zu ergänzen. Die aus § 1 Abs. 3 Satz 1 letzter Halbs. KSchG folgende subjektiv determinierte materielle Mitteilungspflicht des Arbeitgebers wird bei dieser Fallgestaltung ergänzt durch die prozessuale Erklärungspflicht nach § 138 ZPO. Ergibt sich aus der Mitteilung des Arbeitgebers, dass er Tatsachen, die gemäß § 1 Abs. 3 KSchG objektiv erheblich sein können, in seine subjektiven Erwägungen nicht einbezogen hat, und behauptet der gekündigte Arbeitnehmer bei fehlender eigener Kenntnis, gerade aus diesen Tatsachen ergebe sich die Unrichtigkeit der sozialen Auswahl, so ist es eine Obliegenheit des Arbeitgebers, seinen Vortrag hinsichtlich dieser Tatsachen zu ergänzen. Anderenfalls ist der dem Kenntnisstand des Arbeitnehmers entsprechende und ihm konkreter nicht mögliche Vortrag, soziale Gesichtspunkte seien nicht ausreichend berücksichtigt, als unstreitig anzusehen (*Senat 5. Mai 1994 - 2 AZR 917/93 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 23 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 31; 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - BAGE 62, 116*).

39

(2) Unter Berücksichtigung dieses Rahmens ist der Kläger hinsichtlich weiterer möglicher vergleichbarer und sozial weniger schutzwürdiger Betriebsberater aus anderen Landesdirektionen darlegungspflichtig geblieben. Dies gilt selbst dann, wenn man zu seinen Gunsten unterstellt, alle Betriebsberater seien in einem Betrieb tätig.

40

(2.1.) Die Beklagten haben sich darauf berufen, die Sozialauswahl sei nur zwischen dem Kläger und H. durchzuführen gewesen, da die Landesdirektion Süd-West nach ihrer - im Einzelnen begründeten - Auffassung einen Betrieb darstelle. Sie haben darüber hinaus vorgetragen, eine Abwägung sämtlicher Sozialdaten der beiden Mitarbeiter falle zugunsten Hs. aus. Dies gelte umso mehr, als dem Kläger die Tätigkeit der Vertriebsleitung in K eher zumutbar sei, weil er unstreitig nicht umziehen müsse. Damit haben die Beklagten die Gründe dargelegt, die sie zur sozialen Auswahl des Klägers bestimmt haben. Sie haben damit zunächst ihrer materiell-rechtlichen Auskunftspflicht (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG) genügt.

41

(2.2.) Es wäre im Rahmen der abgestuften Darlegungslast nunmehr Sache des Klägers gewesen, eventuelle Fehler der Sozialauswahl darzutun. Der Kläger hat zwar in der Klageschrift gerügt, wegen des einheitlichen Betriebs sämtlicher Landesdirektionen sei eine Sozialauswahl zwischen allen acht Betriebsberatern erforderlich gewesen.

42



Zuletzt hat er sich jedoch nur darauf berufen, ihm sei an der Stelle der Betriebsberaterin V. in der Landesdirektion Süd gelegen gewesen. Damit ist er seiner Darlegungslast bezüglich weiterer mit ihm vergleichbarer Betriebsberater gerade nicht nachgekommen. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb zutreffend angenommen, eine gerichtliche Überprüfung der Sozialdaten könne nicht „von Amts wegen“ erfolgen, da eine solche Prüfung zu dem Ergebnis führen könne, dass die Auswahl gerade auf einen Arbeitnehmer falle, den der Kläger unter keinen Umständen verdrängen wollte. Der Arbeitnehmer muss wegen der ihm ausdrücklich zugewiesenen Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, aus denen sich eine nicht ausreichende Sozialauswahl ergeben soll, die sozial weniger schutzbedürftigen Arbeitnehmer benennen (*Senat 18. Oktober 1984 - 2 AZR 543/83 - BAGE 47, 80; 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151*). Namentlich benannt hat der Kläger - neben dem ohnehin auch von den Beklagten berücksichtigten H. - nur V., deren Arbeitsort, die Landesdirektion Süd, sich als einziger in erreichbarer Nähe zu seinem Wohnort befindet.

(2.3.) Soweit die Revision weiter auf den namentlich benannten Betriebsberater T. abstellt, hat der Kläger diesen Mitarbeiter vorinstanzlich lediglich zu der Frage einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit als Regionaldirektor, nicht jedoch als vergleichbaren Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl zur Änderungskündigung als Vertriebsleiter benannt. Ob der Kläger sich in den Vorinstanzen zuletzt überhaupt noch darauf berufen wollte, andere weniger sozial schutzwürdige Betriebsberater seien ebenso geeignet für die ihm angebotene Position des Vertriebsleiters K, lässt sich seinem Sachvortrag nicht zweifelsfrei entnehmen. Selbst wenn man dies unterstellen und zusätzlich davon ausgehen würde, dass er die übrigen Betriebsberater zumindest nicht namentlich benennen musste, weil ihr Kreis überschaubar ist und sie daher für die Beklagten identifizierbar waren, hat der Kläger jedoch nicht dargelegt, die anderen Betriebsberater seien für die Tätigkeit als Vertriebsleiter wegen ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Vorerfahrung annähernd gleich geeignet. Er hat auch nicht dargetan, dass sie auf Grund ihrer Sozialdaten weniger schutzwürdig waren und deshalb die Änderungskündigung sozial ungerechtfertigt ist. Soweit der Kläger meint, zumindest die drei erst in 2001 und 2002 eingestellten Betriebsberater seien allein wegen ihrer kürzeren Betriebszugehörigkeit sozial weniger schutzwürdig als er, verkennt er, dass keinem Auswahlkriterium bei der Sozialauswahl ein genereller und absoluter Vorrang zukommt. Eine solche schematisierende Betrachtung widerspricht der Grundwertung des § 1 Abs. 3 KSchG, nach dem die soziale Auswahl stets die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern und deren Grunddaten berücksichtigen

43



und abwägen muss (*Senat 8. August 1985 - 2 AZR 464/84 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 10 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 21; 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151*).

(2.4.) Wenn der Kläger erstmals in der Revision geltend macht, ihm seien nähere Angaben zu den anderen Kollegen mangels Kenntnis nicht möglich gewesen, scheint dies angesichts der überschaubaren Anzahl der bei den Beklagten tätigen Betriebsberatern schon wenig lebensnah. Dies gilt umso mehr als der Kläger auch in der Klageschrift vorgetragen hat, er könne Angaben zum Lebensalter und den Unterhaltungspflichten der drei zuletzt eingestellten Betriebsberater machen, was aber angesichts deren kurzer Betriebszugehörigkeit von ihm jedoch „nicht vertieft zu werden“ brauche. Ungeachtet dessen ist dieser neue Vortrag in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigungsfähig und daher ungeeignet, nachträglich eine umfangreiche Behauptungslast der Beklagten auszulösen. Selbst wenn der Kläger keine näheren Kenntnisse über die Sozialdaten und die Vorbildung der übrigen Betriebsberater besessen haben sollte, hätte er die Beklagte zumindest - frühzeitig - auffordern müssen, die ihr bekannten Einzelheiten zu diesen - mit ihm möglicherweise vergleichbaren und sozial weniger schutzwürdigen - Betriebsberatern im Rechtsstreit darzulegen. Zwar sind an das Auskunftsverlangen eines Arbeitnehmers im Rahmen der Sozialauswahl keine übertriebenen formalen Anforderungen zu stellen (*vgl. zur „1. Stufe“ Senat 8. August 1985 - 2 AZR 464/84 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 10 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 21*). Wenn der Arbeitnehmer jedoch wie vorliegend zu erkennen gibt, über für die Sozialauswahl relevante Kenntnisse zu von ihm für vergleichbar gehaltenen Arbeitnehmern zu verfügen, muss er - um eine sekundäre Behauptungslast einer zunächst vollständig zu ihren subjektiven Erwägungen bei der Sozialauswahl Auskunft erteilenden Arbeitgeberin auszulösen - deutlich machen, inwieweit ihm weiterer Sachvortrag mangels eigener Kenntnis nicht möglich ist. Dass eine solche Auskunft in Ermangelung eigener Kenntnisse des Klägers vorinstanzlich von den Beklagten verlangt worden wäre, behauptet die Revision selbst nicht. Die Revision unterliegt einem Zirkelschluss, wenn sie davon ausgeht, eine Aufforderung an die Beklagten, die Gründe für eine bundesweite Sozialauswahl vorzutragen, sei entbehrlich gewesen, weil diese eine solche ohnehin nicht vorgenommen hätten. Die Aufforderung des Arbeitnehmers an seine Arbeitgeberin zu Angaben über von ihr im Rahmen der Sozialauswahl nicht berücksichtigter Arbeitnehmer bezieht sich zwangsläufig immer auf eine hypothetische und nur nach dem Dafürhalten des Arbeitnehmers unzutreffende Sozialauswahl.

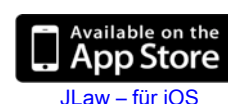
44

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



(2.5.) Da der Kläger insoweit bereits seiner Darlegungslast nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG nicht nachgekommen ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob die Sozialauswahl nicht schon deshalb fehlerfrei war, weil dann nicht nur für den auf eine Betriebsberaterstelle in einer anderen Landesdirektion zu versetzenden Kläger, sondern möglicherweise auch für den dort betroffenen und weitere Betriebsberater ein Ortswechsel erforderlich geworden wäre. Da den Beklagten im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG ein Wertungsspielraum zusteht und sie soziale Gesichtspunkte nur „ausreichend“ berücksichtigen müssen, ist die Berufung auf ein derartiges Auswahlkriterium bei der Änderungskündigung jedenfalls nicht ausgeschlossen, wenn anderenfalls umfangreiche „Kettenversetzungen“ durchzuführen wären. § 1 Abs. 3 KSchG verlangt nicht, einer Arbeitgeberin hierdurch ein erhöhtes Prozessrisiko aufzuerlegen. Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Senats zur anderweitigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit (21. April 2005 - 2 AZR 244/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 80 = EzA KSchG § 2 Nr. 52) - bis auf Extremfälle - grundsätzlich der Arbeitnehmer selbst zu entscheiden hat, ob er eine Weiterbeschäftigung unter möglicherweise erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen für zumutbar hält oder nicht. Diese Rechtsprechung betrifft nur freie Arbeitsplätze, während bei der Sozialauswahl eine Abwägung zwischen sämtlichen vom Beschäftigungsüberhang betroffenen Arbeitnehmer vorgenommen und deren Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen.

- II. Die Änderungsschutzklage ist nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam. 45
1. Die Kündigung ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 46
- a) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagten den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt haben. Es hat ausgeführt, unabhängig davon, wann das Anhörungsschreiben vom 11. Dezember 2003 beim Betriebsrat eingegangen sei, hätten die Beklagten die Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG jedenfalls wegen der abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats am 17. Dezember 2003 nicht abwarten müssen. Auch inhaltlich sei die Unterrichtung des Betriebsrats nicht zu beanstanden. Die Beklagten hätten ihn über die entfallende Betriebsberaterstelle in der Landesdirektion Süd-West, die für den Kläger nicht notwendige räumliche Veränderung, seine für die Vertriebsleiterfunktion in der Regionaldirektion K fachliche und persönliche Eignung und ihre Abwägungsüberlegungen bezüglich des Kollegen H. informiert. 47



- b) Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts hat die Revision nicht angegriffen. Sie lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen. Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört worden, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat - wie hier - die aus seiner Sicht tragenden Kündigungsgründe mitgeteilt hat (*st. Rspr. Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 461/03 - AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 9; 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - BAGE 108, 269*). 49
2. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch angenommen, das mit der Kündigung vom 19. Dezember 2003 verbundene Änderungsangebot der Beklagten sei inhaltlich ausreichend bestimmt und genüge dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB. 50
- a) Eine Änderungskündigung ist nach der Legaldefinition aus § 2 Satz 1 KSchG ein aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Zur Kündigungserklärung muss als zweites Element ein Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen hinzukommen. Dieses (Änderungs-) Angebot muss wie jedes Angebot iSv. § 145 BGB eindeutig bestimmt bzw. bestimmbar sein (*Senat 16. September 2004 - 2 AZR 628/03 - BAGE 112, 58; 17. Mai 2001 - 2 AZR 460/00 - EzA BGB § 620 Kündigung Nr. 3; von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 8; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 2 Rn. 12; Hromadka DB 2002, 1323*). Das Änderungsangebot muss wie jede empfangsbedürftige Willenserklärung vom Empfängerhorizont aus beurteilt werden und in sich verständlich und geschlossen sein (*MünchKomm-BGB/Kramer 4. Aufl. § 145 Rn. 4; Soergel BGB 13. Aufl. § 145 Rn. 4; Palandt/Heinrichs BGB 62. Aufl. § 145 Rn. 1*). Dem gekündigten Arbeitnehmer muss erkennbar sein, welche (wesentlichen) Arbeitsbedingungen künftig gelten sollen und welchen Inhalt das Arbeitsverhältnis zukünftig haben soll (*APS-Künzl 2. Aufl. § 2 KSchG Rn. 17; HK-KSchG/Weller/Hauck 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 18*). Ist das Änderungsangebot nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar, so führt dies zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung. 51
- b) Dabei erstreckt sich das Schriftformerfordernis des § 623 BGB nicht nur auf die Änderungskündigung sondern auch auf das Änderungsangebot. Das Änderungsangebot ist Bestandteil der Kündigung. Eine Trennung von Kündigung und Angebot mit der Folge, dass der Arbeitgeber das Angebot auch mündlich abgeben kann, verkennt, dass Kündigung und Angebot eine Einheit bilden, es sich also um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt (*Senat 16. September 2004 - 2 AZR 628/03 - BAGE 112, 58*). 52



mwN). Es ist aber ausreichend, wenn der Inhalt des Änderungsangebots im Kündigungsschreiben hinreichenden Anklang gefunden hat. Die Formvorschrift des § 623 BGB dient vor allem dem Schutz vor Übereilung (Warnfunktion) und der Rechtssicherheit (Klarstellungs- und Beweisfunktion) (*Senat 16. September 2004 - 2 AZR 628/03 - aaO; ErfK/Müller-Glöge 7. Aufl. § 623 BGB Rn. 1-3; APS-Preis 2. Aufl. § 623 BGB Rn. 1-3*).

c) Die Auslegung des im Kündigungsschreiben vom 19. Dezember 2003 enthaltenen Änderungsangebots obliegt dabei vorrangig dem Tatsachengericht, da es sich um eine nicht typische Willenserklärung handelt. Das Revisionsgericht kann die Auslegung einer solchen nicht typischen Willenserklärung nur darauf überprüfen, ob die Rechtsvorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt sind, ob dabei nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen und ob das tatsächliche Vorbringen der Parteien vollständig verwertet oder ob eine gebotene Auslegung völlig unterlassen worden ist (*Senat 17. September 1998 - 2 AZR 725/97 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 36; 17. Mai 2001 - 2 AZR 460/00 - EzA BGB § 620 Kündigung Nr. 3*). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts stand. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, die im Änderungsangebot angetragene Bezirksgröße sei für den Kläger klar erkennbar. Aus den Einwendungen des Klägers im Rechtsstreit lässt sich auch entnehmen, dass er sich den Umfang seines neuen Gebietes in der Regionaldirektion K zumindest ausreichend erschließen konnte. Es ist weiter auch nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht die dem Kläger angebotenen und in den verschiedenen Anlagen zum Kündigungsschreiben erläuterten Vergütungskonditionen als ungewöhnlich ausdifferenziert betrachtet hat. Dies gilt umso mehr als sie sich zumindest der Sache nach wenig von den bisherigen Vergütungsbestandteilen des Klägers unterscheiden.

III. Die Kosten der erfolglosen Revision fallen dem Kläger zur Last (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Rost

Bröhl

Eylert

Bartel

Löllgen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)