

**Änderungskündigung: Soll's außerordentlich sein, muss besonders intensiv geprüft werden**

Will ein Arbeitgeber einem Mitarbeiter, der ordentlich nicht mehr kündbar ist, außerordentlich (mit Auslaufrfrist) eine Änderungskündigung aussprechen (hier, um einen technischen Kundenberater an einen Arbeitsplatz zu versetzen, der für alle Mitarbeiter zentral eingerichtet wurde), so muss er besonders intensiv nachweisen, dass es sich dabei „um die einzige nach dem unternehmerischen Konzept verbleibende Beschäftigungsmöglichkeit“ handelt. (Der Arbeitgeber, so das BAG, wäre verpflichtet gewesen, „die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem Heimarbeitsplatz zu prüfen“. Da er das nicht getan hatte, wurde die Änderungskündigung für unwirksam erklärt.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Wirksamkeit einer auf betriebsbedingte Gründe gestützten außerordentlichen Änderungskündigung; Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit; Pflicht des Arbeitgebers zur Beschränkung der durch die unternehmerische Entscheidung notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß; Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem Heim-Arbeitsplatz**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 02.03.2006

**Aktenzeichen:** 2 AZR 64/05

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2006, 19305

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Berlin - 02.12.2004 - AZ: 16 Sa 1261/04

**Rechtsgrundlagen:**

§ 626 BGB

§ 1 KSchG

§ 2 KSchG

§ 13 KSchG

Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 12 GG

**Fundstellen:**

AuA 2007, 413 (Kurzinformation)

AuA 2006, 684-685 (Volltext mit red. LS u. Anm.)

AuR 2006, 331 (amtl. Leitsatz)

AUR 2006, 331 (amtl. Leitsatz)

DB 2006, 1740 (Volltext)

EzA-SD 16/2006, 11-14

FA 2006, 348 (amtl. Leitsatz)

NJW-Spezial 2006, 421-422 (Kurzinformation)

NZA 2006, 985-988 (Volltext mit amtl. LS)

schnellbrief 2006, 3-4

ZBVR online 2010, 16 (red. Leitsatz)

ZfPR online 2010, 22 (red. Leitsatz)

---

## BAG, 02.03.2006 - 2 AZR 64/05

### Tenor:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 2. Dezember 2004 - 16 Sa 1261/04 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer mit notwendiger Auslaufrist ausgesprochenen außerordentlichen Änderungskündigung, die von der Beklagten auf betriebliche Gründe gestützt wird. Der Kläger hat das ihm unterbreitete Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen.
- 2 Der 1944 geborene Kläger trat im Jahre 1968 in die Dienste der Beklagten. Zuletzt war er als technischer Kundenberater im Verkaufszentrum Berlin der Beklagten bei einer monatlichen Bruttovergütung von 4.350,87 Euro tätig. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis kraft einzelvertraglicher Vereinbarung anwendbaren Manteltarifvertrag für die Angestellten der Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg, Tarifgebiet I, vom 10. Mai 1990 (Fassung vom 18. Mai 2002) kann dem Kläger - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen abgesehen - nur noch aus "wichtigen Gründen" gekündigt werden.
- 3 Die im Wesentlichen telefonisch durchgeführte technische Kundenberatung der Beklagten umfasste Anfang 2003 etwa 17 Mitarbeiter, von denen etwa zehn in der im Raum S gelegenen Zentrale arbeiteten, während die übrigen Berater an verschiedenen anderen Standorten angesiedelt waren.
- 4 Im Frühjahr 2003 fasste die Beklagte den Entschluss, die technische Kundenberatung in der Zentrale zusammenzufassen. Dementsprechend schloss sie am 19. November 2003 mit dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. Im Interessenausgleich heißt es unter Ziff. 2 ua.:  
  
*"Den von diesem Interessenausgleich betroffenen Mitarbeitern wird auf deren Wunsch und im Rahmen der technischen und arbeitsorganisatorischen Möglichkeiten ein Home-Office-Arbeitsplatz eingerichtet."*
- 5 In einer Protokollnotiz heißt es außerdem:  
  
*"<sup>2</sup> Protokollnotiz: Die Geschäftsleitung weist nach Prüfung darauf hin, dass nach heutigem Stand die Einrichtung von Arbeitsplätzen im home-office aus arbeitsorganisatorischen Gründen nicht möglich ist."*
- 6 In Ziff. 4 des Interessenausgleichs sind "Grundsätze" niedergelegt, die ua. verschiedene Verpflichtungen der Beklagten gegenüber den von der Reorganisation betroffenen Arbeitnehmern

enthalten.

- 7 Nach dem Sozialplan muss die Beklagte allen Mitarbeitern einen geeigneten und gleichwertigen Arbeitsplatz anbieten. Ferner sind für den Fall der Versetzung Milderungsmaßnahmen (ua. Erstattung von Umzugskosten, Kosten für Heimfahrten und die Anmietung einer Wohnung bei doppelter Haushaltsführung) vorgesehen. Bei Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen oder einvernehmlichem Ausscheiden ist eine Abfindung zu zahlen, die im Falle des Klägers 86.872,00 Euro betragen würde.
- 8 Nach Anhörung des Betriebsrats, der der Kündigung widersprach, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 26. Januar 2004 außerordentlich mit Auslaufzeit zum 31. August 2004 und bot dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wie folgt an:
- "Zugleich bieten wir Ihnen an, Sie vom 01.09.2004 an in unserem Betrieb in W als technischen Berater in unserer Technischen Hotline TTDE/CIC-TH zu beschäftigen. Anwendung findet der Tarif Nordwürttemberg/Nordbaden.*
- Ihr monatliches Gehalt setzt sich wie folgt zusammen:*
- Die mit der Versetzung auftretenden Kosten werden entsprechend dem Sozialplan vom 19.11.2003 erstattet. Alle anderen vertraglichen Regelungen bleiben unverändert."*
- 9 Der Kläger, der das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen hat, hält die Änderungskündigung für unwirksam. Der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden. Es fehle an dem nach dem Tarifvertrag notwendigen wichtigen Grund. Dass die Beklagte eine nachhaltige Entscheidung zur Konzentration der Telefonberatung in W gefasst habe, bestreite er. Die Beklagte äußere sich insbesondere nicht dazu, was sie nach 2007 plane. Die Kündigung verstoße gegen die im Interessenausgleich niedergelegten "Grundsätze". Schließlich hätte die Beklagte ihm - als milderer Mittel - die Fortsetzung der Arbeit in Berlin auf einem Heim-Arbeitsplatz ("home-office") anbieten müssen, von dem aus er die technische Kundenberatung mit Anbindung an die Telefonanlage in W ohne Probleme hätte durchführen können.
- 10 Der Kläger hat, soweit noch von Interesse, beantragt
- festzustellen, dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 26. Januar 2004, der klägerischen Partei am 29. Januar 2004 zugegangen, sozial ungerechtfertigt und unwirksam ist.
- 11 Die Beklagte hat beantragt,
- die Klage abzuweisen.
- 12 Sie hält die Änderungskündigung für wirksam. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Dass die unternehmerische Entscheidung zur Zentralisierung der Kundenberatung getroffen worden sei, folge nicht nur aus dem Interessenausgleich, sondern auch daraus, dass sie unstreitig umgesetzt sei. Sie sei auch betriebswirtschaftlich geboten gewesen. Die Einrichtung eines Heim-Arbeitsplatzes sei organisatorisch unsinnig. Es stelle außerdem einen Eingriff in ihre durch Art. 2 und 12 GG geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit dar, wenn sie verpflichtet werde, einen Arbeitsplatz anzubieten, den sie nach ihren unternehmerischen Dispositionen nicht einrichten wolle. Es gebe in Wahrheit keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger, so dass nur die außerordentliche Änderungskündigung übrig bleibe. Der Kläger habe auch nicht vorgetragen, inwieweit ihm die Arbeit in W unzumutbar sei, zumal die Beklagte die nach dem Sozialplan vorgesehenen Leistungen erbringe. Der Interessenausgleich schließe Änderungskündigungen gerade nicht aus, sondern sehe sie vor.

- 13 Das Arbeitsgericht hat, soweit von Interesse, nach dem Klageantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

### Entscheidungsgründe

- 14 Die Revision hat keinen Erfolg.

15 **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, eine außerordentliche Änderungskündigung könne grundsätzlich auch auf betriebsbedingte Gründe gestützt werden. Es müssten aber, entsprechend den vom Bundesarbeitsgericht für die außerordentliche Beendigungskündigung entwickelten Grundsätzen, erhöhte Anforderungen gestellt werden. Der Arbeitgeber müsse deshalb, wenn die Änderungskündigung eine Versetzung zum Ziel habe, im Einzelnen darlegen, weshalb eine Weiterbeschäftigung am bisherigen Ort unmöglich oder unzumutbar geworden sei. Diesen Anforderungen werde das Vorbringen der Beklagten nicht gerecht. Die Entscheidung der Beklagten, die technische Kundenberatung in W zusammenzufassen, sei eine unternehmerische Entscheidung, die von den Arbeitsgerichten nicht auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen sei. Im Hinblick auf die ordentliche Unkündbarkeit des Klägers werde das an sich unverbindliche Inaussichtstellen eines "home-office" im Interessenausgleich zu einer Verpflichtung, deren Einhaltung unmöglich oder unzumutbar sein müsse, wenn die Kündigung nach den Maßstäben des § 626 BGB Bestand haben solle. Die Beklagte habe aber als einzig messbares Ergebnis von der Reorganisation erwartete Effizienzsteigerung angegeben, dass die einzelnen Kundengespräche im Durchschnitt von W aus eine halbe Minute kürzer dauerten, als sie von Berlin aus dauern würden. Das reiche nicht aus.

16 **B.**

Dem stimmt der Senat im Ergebnis und im Wesentlichen auch in der Begründung zu.

17 **I.**

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine ordentliche Kündigung sei ausgeschlossen gewesen und die Beklagte habe die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes ( § 626 Abs. 1 BGB , §§ 13 , 2 KSchG ) zur Rechtfertigung der außerordentlichen Änderungskündigung nicht ausreichend dargelegt, ist zutreffend.

18 **1.**

Zu Recht und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (*vgl. zuletzt: 17. März 2005 - 2 ABR 2/04 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 59; 7. Oktober 2004 - 2 AZR 81/04 - BAGE 112, 148; 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - BAGE 51, 200*) hat das Landesarbeitsgericht angenommen, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes könne auch eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Änderungskündigung gerechtfertigt sein (*vgl. ausführlich Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit § 18 IV S. 170 ff.*).

19 **2.**

Die Beklagte hat es an ausreichendem Vortrag zum Vorliegen eines wichtigen Grundes fehlen lassen. Dies hat das Landesarbeitsgericht entgegen der Auffassung der Beklagten in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen.

20 **a)**

Die Voraussetzungen einer auf betriebliche Gründe gestützten außerordentlichen Änderungskündigung aus wichtigem Grund gehen über die Anforderungen an eine ordentliche Änderungskündigung hinaus. Mit dem Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit geht der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer eine besondere Verpflichtung nicht nur hinsichtlich des Bestandes, sondern auch in Bezug auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses ein. Dem müssen sowohl die materiellen Anforderungen an den wichtigen Grund als auch die Anforderungen an die Darlegungslast im Prozess Genüge tun.

21 b)

Bereits eine betriebsbedingte *ordentliche* Änderungskündigung kann nur dann wirksam sein, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81 = EzA KSchG § 2 Nr. 54). 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. BAG 22. April 2004 - 2 AZR 385/03 - BAGE 110, 188 [BAG 22.04.2004 - 2 AZR 385/03] ; 23 . November 2000 - 2 AZR 617/99 - BAGE 96, 294 [BAG 23.11.2000 - 2 AZR 617/99] ; 18 . November 1999 - 2 AZR 77/99 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 55 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 104; 24. April 1997 - 2 AZR 352/96 - BAGE 85, 358). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (st. Rspr. BAG 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151 [BAG 19.05.1993 - 2 AZR 584/92] ).

22 aa)

Die die ordentliche Änderungskündigung sozial rechtfertigenden dringenden betrieblichen Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 , § 2 KSchG setzen voraus, dass das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb zu den bisherigen Bedingungen entfallen ist (BAG 22. April 2004 - 2 AZR 385/03 - BAGE 110, 188 [BAG 22.04.2004 - 2 AZR 385/03] ; 27. September 2001 - 2 AZR 246/00 - EzA KSchG § 2 Nr. 41). Dies kann auf einer unternehmerischen Entscheidung zur Umstrukturierung des gesamten oder von Teilen eines Betriebs oder einzelner Arbeitsplätze beruhen, von der auch das Anforderungsprofil der im Betrieb nach Umstrukturierung verbleibenden Arbeitsplätze erfasst werden kann.

23 bb)

Eine solche Organisationsentscheidung unterliegt im Kündigungsschutzprozess nur einer Missbrauchskontrolle. Sie ist lediglich dahingehend zu überprüfen, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist und ob sie ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Änderungsbedarf ist (BAG 27. September 2001 - 2 AZR 246/00 - EzA KSchG § 2 Nr. 41; 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 77, zu B I 1 der Gründe; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - BAGE 81, 86, 97; 18 . Oktober 2000 - 2 AZR 465/99 - BAGE 96, 95 [BAG 18.10.2000 - 2 AZR 465/99] ). Das gilt auch für die Gestaltung des Anforderungsprofils der durch Umstrukturierung entstandenen, neu zugeschnittenen Arbeitsplätze (18. Oktober 2000 - 2 AZR 465/99 - aaO; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 1012/94 - ; 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - aaO; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - BAGE 81, 86, 98 f.).

24 cc)

Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln (BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81 = EzA KSchG § 2 Nr. 54, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; vgl. Fischermeier NZA 2000, 737): Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen (vgl. BAG 3. Juli 2003 - 2 AZR 617/02 - BAGE 107, 56; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106d; HaKo-Pfeiffer KSchG 2. Aufl. §

2 Rn. 39; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 65). Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, dh.: Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist (23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - aaO).

25 3.

Für die *außerordentliche* betriebsbedingte Änderungskündigung müssen demgegenüber verschärfte Maßstäbe gelten, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat. Anderenfalls bliebe der vereinbarte Ausschluss der ordentlichen Kündigung wirkungslos.

26 a)

Für die außerordentliche betriebsbedingte *Beendigungskündigung* nimmt der Senat in ständiger Rechtsprechung an, dass sie, da dringende betriebliche Erfordernisse regelmäßig nur eine ordentliche Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG rechtfertigen können, nur ausnahmsweise zulässig sein kann, weil zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Unternehmerrisiko auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gehört. Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kann dem Arbeitgeber aber insbesondere dann unzumutbar sein, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist und der Arbeitgeber deshalb dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin sein Gehalt weiterzahlen müsste, obwohl er zB wegen Betriebsstilllegung für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr hat (*Senat 28. März 1985 - 2 AZR 113/84 - BAGE 48, 220; BAG 8. Oktober 1957 - 3 AZR 136/55 - BAGE 5, 20; 12. September 1974 - 2 AZR 535/73 - AP TVAL II § 44 Nr. 1 = EzA TVG § 1 Auslegung Nr. 3; 22. Juli 1992 - 2 AZR 84/92 - EzA BGB § 626 nF Nr. 141; 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 7 = EzA BGB § 626 nF Nr. 156; 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10; 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*).

27 b)

Dem entsprechend müssen auch bei der außerordentlichen Änderungskündigung gegenüber der ordentlichen Kündigung gesteigerte Anforderungen gestellt werden.

28 aa)

Entscheidender Gesichtspunkt ist hierbei, ob das geänderte unternehmerische Konzept die vorgeschlagene Änderung erzwingt oder ob es im Wesentlichen auch ohne oder mit weniger einschneidenden Änderungen im Arbeitsvertrag des Gekündigten durchsetzbar bleibt. Außerdem muss der Arbeitgeber bereits bei Erstellung des unternehmerischen Konzepts die in Form von vereinbarten Kündigungsausschlüssen bestehenden arbeitsvertraglich übernommenen Garantien ebenso wie andere schuldrechtliche Bindungen berücksichtigen. Dabei kann auch der zeitliche Aspekt eine Rolle spielen (*vgl. Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist § 18 II 3 a S. 167*). Handelt es sich nur um eine vorübergehende Umgestaltung der Organisation, muss die angebotene Vertragsänderung dem Rechnung tragen. Der Arbeitgeber ist mit dem Ausschluss der ordentlichen Kündigung eine weitreichende Verpflichtung und - damit einhergehend - ein hohes Risiko eingegangen (*vgl. Bröhl aaO § 15 II 5 b (3) S. 135*). Dieser Bindung muss er insbesondere bei Prüfung der Frage, welche Vertragsänderungen er dem Arbeitnehmer mit dem Änderungsangebot zumutet, gerecht werden. Deshalb kann nicht jede mit dem Festhalten am Vertragsinhalt verbundene Last einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Änderungskündigung bilden. Zu Recht weist der Kläger insoweit darauf hin, dass auch andere langfristig eingegangene Vertragsbindungen (zB Miete) nur unter sehr engen Voraussetzungen abgeändert werden können.

29 bb)

Im Prozess wirkt sich die übernommene Verpflichtung auch bei der Darlegungslast aus. Aus dem Vorbringen des Arbeitgebers muss erkennbar sein, dass er auch unter Berücksichtigung der vertraglich eingegangenen besonderen Verpflichtungen alles Zumutbare unternommen hat, die

durch die unternehmerische Entscheidung notwendig gewordenen Anpassungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken (*BAG vgl. 17. März 2005 - 2 ABR 2/04 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 59; vgl. für die außerordentliche Beendigungskündigung: 24. Juni 2004 - 2 AZR 215/03 - AP BGB § 613a Nr. 278 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 5*).

30 4.

Diesem Maßstab wird die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung nicht gerecht, zumindest fehlt es an ausreichendem Vorbringen hierzu.

31 a)

Allerdings bestand für die ausgesprochene Änderungskündigung ein an sich anerkennenswerter Anlass. Denn die Beklagte hat sich entschlossen, die telefonische Kundenberatung in W zu konzentrieren.

32 b)

Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass die von ihr getroffene unternehmerische Entscheidung, die telefonische Kundenberatung in W zu konzentrieren, grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Anhaltspunkte dafür, dass diese Entscheidung rechtsmissbräuchlich sein könnte, sind nicht erkennbar. Die Beklagte hat plausible Überlegungen vorgetragen, die sie bei ihrer Reorganisation geleitet haben. Zu Recht macht die Revision geltend, dass sie für diese unternehmerische Entscheidung den grundrechtlichen Schutz aus Art. 12, 2 Abs. 1 GG in Anspruch nehmen kann. Auch bei Überprüfung der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung ist das Bedürfnis des Arbeitgebers anzuerkennen, dass er die unternehmerischen Entscheidungen nicht einer Zweckmäßigkeitkontrolle durch die Gerichte für Arbeitsachen zu unterwerfen hat. Der Senat hat wiederholt derartige Unternehmerentscheidungen als geeignet angesehen, den betrieblichen Anlass zu einer außerordentlichen Änderungskündigung zu bilden (*vgl. zuletzt 17. März 2005 - 2 ABR 2/04 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 59*).

33 5.

Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich jedoch nicht, dass sie sich darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Kläger auch angesichts des bestehenden Ausschlusses der ordentlichen Kündigung billigerweise hinnehmen müsste.

34 a)

Zwar kann dann, wenn die angebotene Vertragsänderung die einzige zur Verfügung stehende Alternative zur Beendigungskündigung darstellt, der Arbeitnehmer in der Regel nicht einwenden, diese - einzig vorhandenen - Arbeitsbedingungen seien unzumutbar (*vgl. Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit § 18 IV S. 172*). Auch hat der Senat für den Fall des § 15 Abs. 5 KSchG angenommen, wenn eine Betriebsabteilung stillgelegt werde und ein dort beschäftigtes Betriebsratsmitglied nach entsprechender Änderungskündigung zu im Übrigen unveränderten Bedingungen auf einem freien Arbeitsplatz in einer anderen Betriebsabteilung weiterbeschäftigt werden könne, sei der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet, einen örtlich näher gelegenen und deshalb das Betriebsratsmitglied weniger belastenden Arbeitsplatz freizukündigen (*28. Oktober 1999 - 2 AZR 437/98 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 44 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 48*).

35 b)

Der vorliegende Fall ist jedoch anders gelagert. Weder handelte es sich um die Stilllegung einer Abteilung noch eröffnete die angebotene Vertragsänderung die einzige nach dem unternehmerischen Konzept verbleibende Beschäftigungsmöglichkeit. Die Beklagte brauchte, um

die Beschäftigung des Klägers in Berlin zu gewährleisten, auch keinen Arbeitsplatz freizukündigen: Der Interessenausgleich zeigt, dass die Betriebsparteien das unternehmerische Konzept der Konzentration der Telefonberatung in W als grundsätzlich vereinbar mit einzelnen Heim-Arbeitsplätzen angesehen haben. Die Geschäftsführung hat zwar in der Protokollnotiz darauf hingewiesen, dass sie im November 2003 aus arbeitsorganisatorischen Gründen eine solche Einrichtung für unmöglich hielt. Das ändert aber nichts daran, dass, entsprechende organisatorische Maßnahmen vorausgesetzt, der Heim-Arbeitsplatz prinzipiell als eine das Gesamtkonzept nicht in Frage stellende Möglichkeit angesehen wurde. Es trifft deshalb nicht zu, wenn die Revision meint, mit dem Verweis auf die Möglichkeit einer Beschäftigung im "home-office" werde ihr das unternehmerische Dispositionsrecht "entwunden".

**36** c)

Es ist danach nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht die Beklagte als verpflichtet angesehen hat, im Rahmen des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers auf einem Heim-Arbeitsplatz zu prüfen und nur dann auszuschließen, wenn speziell auf den Kläger und seine Tätigkeit bezogene arbeitsorganisatorische Gründe dies im Hinblick auf die Durchsetzung des Gesamtkonzepts unzumutbar machten.

**37** d)

Hierzu hat die Beklagte nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lediglich auf eine Verkürzung der durchschnittlichen Gesprächsdauer um eine halbe Minute verwiesen, was von den Kunden aber nicht bemerkt werde. Dies ist von der Revision nicht mit einer zulässigen Verfahrensrüge angegriffen worden und deshalb für den Senat bindend. Die Beklagte hat darüber hinaus in den Vorinstanzen - durchaus nachvollziehbar - die generellen Vorteile der Konzentration auf W geschildert. Alle diese Darlegungen enthalten jedoch, wie die Beklagte zum Teil auch, etwa bezogen auf die Erreichbarkeit des Kundenberaters, einräumt, keine konkret auf die Arbeitssituation des Klägers bezogenen Aussagen. Die Beklagte hat sich also, indem sie auch gegenüber dem Kläger ohne nähere Prüfung eine Beschäftigung im "home-office" ausschloss und im Prozess auch keine auf den Kläger bezogenen Umstände hierzu vorgetragen hat, nicht auf solche Änderungen beschränkt, die der Kläger billigerweise hinnehmen musste. Nach dem Vorbringen der Beklagten ist nicht ausgeschlossen, dass eine ihren Vorstellungen entsprechende Effizienz der telefonischen Kundenberatung auch dann gewährleistet wird, wenn für den Kläger ein Heim-Arbeitsplatz eingerichtet wird. Aus dem Vorbringen der Beklagten ist noch nicht einmal erkennbar, dass ein wirtschaftlicher Mehraufwand - erst recht ein unzumutbarer Mehraufwand - entstünde. Immerhin würden die nach dem Sozialplan zu zahlenden Beiträge zur Unterkunft in W und die zu erstattenden Fahrtkosten entfallen.

**38** e)

Abgesehen davon beschränkt sich das Änderungsangebot in allen Punkten auf das, was die Beklagte jedem von der Reorganisation betroffenen Arbeitnehmer anzubieten verpflichtet war. Dies bedeutet, dass der Kündigungsausschluss hier ohne jede Wirkung blieb, was nicht der Sinn seiner Vereinbarung gewesen sein kann. Die Beklagte hätte zumindest prüfen müssen, ob nicht gegenüber dem Kläger über den Interessenausgleich und Sozialplan hinaus Milderungen möglich gewesen wären bzw. im Prozess darlegen müssen, warum dies nicht der Fall war. Würde man auf solche Darlegungen verzichten, so bliebe der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung ohne jeden Einfluss auf die kündigungrechtliche Stellung des Arbeitnehmers im Hinblick auf den durch § 2 KSchG vorgesehen Inhaltsschutz.

**39** C.

Die Kosten der erfolglos gebliebenen Revision fallen der Beklagten nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.



Rost  
Eylert  
Schmitz-Scholemann  
J. Lücke  
Jan Eulen

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.