

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 2 KSchG

- 1. Eine Beendigungskündigung ist nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam, wenn der Arbeitgeber als milderes Mittel gegenüber einer Beendigungskündigung dem Arbeitnehmer die neuen Arbeitsbedingungen zumindest in der Form einer - fristgerechten - Änderungskündigung hätte anbieten müssen.**
- 2. Eine mögliche Änderungskündigung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber auch dann aussprechen, wenn der Arbeitnehmer eine zuvor angebotene einverständliche Abänderung des Arbeitsvertrags abgelehnt hat.**

BAG, Urteil vom 21.04.2005, Az. : 2 AZR 244/04

Tenor:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 6. April 2004 - 9 Sa 1156/03 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Tatbestand:

1

Der 1962 geborene Kläger ist bei der Beklagten, die eine Kette von Einzelhandelsgeschäften betreibt, seit 1989 als Kommissionierer in der Obsteinkaufsstelle Großmarkt K beschäftigt. Im Jahr 2002 entschloss sich die Beklagte, ihren Standort auf dem Großmarkt in K zum 31. Dezember 2002 aufzugeben und die Filialbelieferung von dort aus bereits am 12. Oktober 2002 einzustellen. 162 Filialen sollten ab 14. Oktober 2002 von dem Standort der Beklagten in D aus beliefert werden. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2002, dem Kläger zugegangen am 4. Oktober 2002, bot die Beklagte dem Kläger deshalb einen neuen Arbeitsvertrag zu folgenden Bedingungen an: Die Arbeit sollte ab 12. Oktober 2002 im Logistikzentrum in D geleistet werden, die Arbeitszeit sollte von 163 auf 130 Monatsstunden reduziert werden, das Tarifentgelt sollte hinfort 1.368,80 Euro betragen. Für die Zeit bis zum 31. Oktober 2003 sollte der Kläger in Absprache mit dem Betriebsrat allerdings eine freiwillige übertarifliche Zulage iHv. 175,00 Euro erhalten. Insgesamt wäre jedenfalls eine Minderung des bisherigen Einkommens des Klägers eingetreten, deren Umfang die Parteien unterschiedlich darstellen. Der bisherige Verdienst des Klägers im Jahr 2002 betrug lt. Verdienstabrechnung September 2002 einschließlich Zuschlägen mehr als 2.800,00 Euro. Dem neuen Vertragsangebot war ein "Antwortvordruck" beigelegt, der die beiden Alternativen der "Entscheidungsfindung" enthielt:

2

Den Vertrag zu den geänderten Bedingungen nehme ich an und füge ein Exemplar, von mir unterschrieben, bei:

Datum/Unterschrift

Name in Blockbuchstaben

Den Vertrag zu den geänderten Bedingungen nehme ich nicht an, über die von P beabsichtigte Beendigungskündigung bin ich bereits informiert worden:

Datum/Unterschrift

Name in Blockbuchstaben

3

Während der ihm bis 12. Oktober 2002 eingeräumten Bedenkzeit lehnte der Kläger am 10. Oktober 2002 das Vertragsangebot ab und äußerte sich dahingehend, er sehe es nicht ein, dass er auf monatlich 130 Stunden herunter gesetzt werde, er könne seine Familie davon nicht ernähren. Auf die Erklärung der Beklagten, es sei besser, die reduzierten Stunden zu akzeptieren als eine Beendigungskündigung herbeizuführen, blieb der Kläger bei seiner Entscheidung und überreichte den Antwortvordruck mit der Unterschrift bei der Alternative, er nehme das Angebot nicht an. Dies geschah mit den Worten "Sekt oder Selters".

4

Nachdem die Beklagte dem Kläger erneut eine Bedenkzeit eingeräumt hatte, bot der Kläger am 13. Oktober 2002 seine Arbeitskraft in D zwar an, wollte aber den Vertrag mit der reduzierten Stundenzahl auch an diesem Tag nicht unterzeichnen. Die Beklagte stellte ihn daraufhin von der Arbeit frei und hörte den Betriebsrat zu einer Beendigungskündigung an. Nachdem der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hatte, kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 18. Oktober 2002 fristgerecht zum 30. April 2003.

5

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat insbesondere geltend gemacht, die Beklagte hätte auf Grund seiner Ablehnung nicht sofort eine Beendigungskündigung aussprechen dürfen, sondern hätte ihm die neuen Arbeitsbedingungen in Form einer Änderungskündigung anbieten müssen. Wenn er sich mit der angebotenen Vertragsänderung vorbehaltlos einverstanden erklärt hätte, hätte er sich der Möglichkeit begeben, die soziale Rechtfertigung der Änderung gemäß §§ 2, 4 KSchG überprüfen zu lassen. Wäre er darauf hingewiesen worden, dass es neben der Annahme und der Ablehnung des Angebots auch die Vorbehaltsannahme gebe, hätte er den Änderungsvertrag unter Vorbehalt angenommen. Eine Änderungskündigung wäre im Übrigen unwirksam gewesen. Die Beklagte habe ihm eine Weiterbeschäftigung zu unzumutbaren Arbeitsbedingungen angeboten.

6

Der Kläger hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, beantragt

7

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 18. Oktober 2002 zum 30. April 2003 beendet worden ist.

8

Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, sie habe schnellstens Klarheit darüber haben müssen, welche Mitarbeiter bereit seien, die geänderten Arbeitsbedingungen anzunehmen und welchen Mitarbeitern gekündigt werden könne. Insgesamt sei es neben dem Kläger um 36 weitere Mitarbeiter

gegangen. Je nach der Reaktion der einzelnen Mitarbeiter habe die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG sich verändern können. In dieser Situation sei es ausreichend gewesen, dem Kläger unter Einräumung einer Bedenkzeit die neuen Arbeitsbedingungen anzubieten und im Fall der vorbehaltlosen Ablehnung eine Beendigungskündigung auszusprechen.

9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr mit dem oben wiedergegebenen Antrag stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

10

Die Revision ist unbegründet. Die Beendigungskündigung der Beklagten ist nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam, weil die Beklagte als milderer Mittel gegenüber einer Beendigungskündigung dem Kläger die neuen Arbeitsbedingungen zumindest in der Form einer - fristgerechten - Änderungskündigung hätte anbieten müssen. Die bloße Ablehnung des Klägers, die erhebliche Verschlechterung seiner arbeitsvertraglichen Bedingungen freiwillig mit sofortiger Wirkung zu akzeptieren, befreite sie von dieser Pflicht nicht.

11

I. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefasst - angenommen, die Kündigung der Beklagten sei nach dem Grundsatz des Vorrangs der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung rechtsunwirksam. Eine mögliche Änderungskündigung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses müsse der Arbeitgeber auch dann aussprechen, wenn der Arbeitnehmer eine zuvor angebotene einverständliche Abänderung des Arbeitsvertrags abgelehnt habe. Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, dem Kläger eine Änderungskündigung mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung zu den in dem Angebot vom 4. Oktober 2002 genannten Bedingungen anzubieten. Jedenfalls hätte sie ihn bei der Bekanntgabe des Änderungsangebots auf die Möglichkeit einer Annahme unter Vorbehalt hinweisen müssen. Dies sei unstreitig nicht geschehen. Die Äußerung des Klägers "Sekt oder Selters" habe vielmehr der Beklagten deutlich machen müssen, dass dem Kläger die Möglichkeit einer Annahme des Angebots unter Vorbehalt nicht bekannt gewesen sei. Es hätte mithin nahe gelegen, ihn darüber aufzuklären.

12

II. Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch in weiten Teilen der Begründung. Die Revision rügt ohne Erfolg eine Verletzung von § 1 Abs. 2, § 2 KSchG.

13

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unwirksam, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beendigungskündigung war unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit der Mittel (BAG 29. November 1990 - 2 AZR 282/90 - RzK I 5 a 4; 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26) nicht als ultima ratio geboten. Da eine anderweitige Beschäftigung zu veränderten Arbeitsbedingungen möglich war, musste die Beklagte anstatt der Beendigungskündigung eine entsprechende Änderungskündigung aussprechen. Für eine Beendigungskündigung lag deshalb kein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor.

14

1. Bei der Frage, ob eine ordentliche Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, handelt es sich um die Anwendung

unbestimmter Rechtsbegriffe, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff 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 (ständige Senatsrechtsprechung zB 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; 22. Mai 2003 - 2 AZR 326/02 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126; 30. Mai 1985 - 2 AZR 321/84 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 36, zu II der Gründe) .

15

2. Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung liegt nur vor, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der bei Ausspruch der Kündigung bestehenden betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art als durch eine Beendigungskündigung zu entsprechen. Das Merkmal der "Dringlichkeit" der betrieblichen Erfordernisse konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip), aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine beiden Parteien objektiv mögliche und zumutbare Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Bedingungen anbieten muss (BAG 27. September 1984 - 2 A Z R 62/83 - BAGE 47, 26 ; ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. etwa 29. November 1990 - 2 AZR 282/90 - RzK I 5 a 4).

16

3. Die Beklagte ist ihrer entsprechenden Initiativlast insoweit nachgekommen, als sie dem Kläger vor Ausspruch der Kündigung eine Weiterbeschäftigung in D angeboten und ihm ein entsprechendes Angebot vorgelegt hat.

17

4. Die Beklagte war aber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip) verpflichtet, dem Kläger auch nach Ablehnung des Angebots eine Änderungskündigung auszusprechen.

18

a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers objektiv möglich war. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten hätte der Kläger in D weiterbeschäftigt werden können.

19

b) Es muss nicht abschließend entschieden werden, wann eine Änderungskündigung deshalb unterbleiben darf, weil der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen konnte und ein derartiges Angebot im Gegenteil eher beleidigenden Charakter gehabt hätte. Jedenfalls kann es sich insoweit nur um Extremfälle (zB Angebot einer Pförtnerstelle an den bisherigen Personalchef) handeln. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer selbst zu entscheiden, ob er eine Weiterbeschäftigung unter möglicherweise erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen für zumutbar hält oder nicht. So darf etwa das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung, wenn es die einzige Alternative zu einer Beendigungskündigung darstellt, seitens des Arbeitgebers nicht mit der Begründung unterbleiben, mit dem verbleibenden Einkommen könne der Arbeitnehmer seine Familie nicht ernähren; ob die Möglichkeit eines Zuverdienstes besteht oder ob gerade eine Teilzeitbeschäftigung den Interessen des Arbeitnehmers entgegenkommt, kann allein der Arbeitnehmer beurteilen. Soweit der Senat darauf abgestellt hat, die neuen Arbeitsbedingungen müssten so beschaffen sein, dass der

Arbeitnehmer sie billigerweise hinnehmen müsse, betont dies lediglich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach der Arbeitgeber unter mehreren Änderungsmöglichkeiten dem Arbeitnehmer diejenige anzubieten hat, die den bisherigen Arbeitsbedingungen am nächsten kommt. Stellt die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die der Arbeitgeber in seinem Betrieb sieht, gegenüber einer Beendigungskündigung die einzige Alternative dar, so hat er sie dem Arbeitnehmer regelmäßig anzubieten, ohne dass es Sache des Arbeitgebers wäre, sich über die Zumutbarkeit der neuen Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer Gedanken zu machen.

20

Danach hatte die Beklagte dem Kläger die neuen Arbeitsbedingungen durch eine Änderungskündigung anzubieten. Aus ihrer Sicht stellte der neue Arbeitsplatz die einzige Alternative zu einer sonst auszusprechenden Beendigungskündigung dar. Auch wenn die von der Beklagten angestrebten Vertragsänderungen erheblich waren, war es Sache des Klägers zu entscheiden, ob er die neuen Arbeitsbedingungen mit oder ohne Vorbehalt annehmen oder ablehnen wollte.

21

c) Auch die vor Ausspruch der Kündigung erfolgte Ablehnung des Änderungsangebots durch den Kläger entband die Beklagte nicht von ihrer Verpflichtung, dem Kläger die geänderten Arbeitsbedingungen in Form einer Änderungskündigung anzubieten, anstatt sofort eine Beendigungskündigung auszusprechen. Zu Unrecht beruft sich die Revision insoweit darauf, sie sei den Vorgaben der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. September 1984 (- 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26) gefolgt. Die Bedenken des Landesarbeitsgerichts gegen diese Rechtsprechung sind in den entscheidenden Punkten gerechtfertigt. Die Revision berücksichtigt im Übrigen bei ihrer Kritik am Vorgehen des Landesarbeitsgerichts zu wenig, dass der Senat bereits in seinem Urteil vom 7. Dezember 2000 (- 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108) die frühere Rechtsprechung nur noch mit Einschränkungen auf Fälle wie den vorliegenden angewandt hat.

22

aa) Die in der Entscheidung vom 27. September 1984 (- 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26) aufgestellten Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen:

23

Die Notwendigkeit einer Änderungskündigung statt einer Beendigungskündigung sei vom Ergebnis der vom Arbeitgeber einzuleitenden Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer abhängig. Der Arbeitgeber müsse gegenüber dem Arbeitnehmer in einem "klärenden Gespräch" eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Arbeitsverhältnis beenden werde, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehne, wobei das Änderungsangebot unmissverständlich und vollständig die neuen Vertragsbedingungen enthalten müsse. Ein Änderungsangebot ohne den damit verbundenen Hinweis, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stehe, rechtfertige im Fall der Ablehnung nicht bereits den Ausspruch einer Beendigungskündigung (27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, 39 f.). Der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer eine Überlegungsfrist von einer Woche einräumen. Die Einräumung einer Überlegungsfrist diene dem Schutz des Arbeitnehmers vor übereilten Entscheidungen. Sie sei auf eine Woche zu bemessen, weil der Arbeitnehmer auch bei einer vom Betriebsrat nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG angeregten Änderung der Vertragsbedingungen mit Rücksicht auf die Frist zur Stellungnahme des Betriebsrats nach § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG innerhalb dieser Zeit seine Entscheidung treffen müsse. Nehme der Arbeitnehmer das Angebot unter

einem dem § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt an, müsse der Arbeitgeber eine Änderungskündigung erklären.

24

Der Arbeitgeber könne eine Beendigungskündigung nur aussprechen, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos und endgültig ablehne. Dem Arbeitnehmer sei es dann verwehrt, den Arbeitgeber bei einer daraufhin ausgesprochenen Beendigungskündigung auf eine Änderungskündigung mit dem abgelehnten Inhalt zu verweisen (27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26 , 38 ; vgl. 7 . Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108).

25

Für den Fall, dass es der Arbeitgeber unterlasse, dem Arbeitnehmer ein mögliches und zumutbares Angebot vor Kündigungsausspruch zu unterbreiten, sei die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer einem vor der Kündigung gemachten entsprechenden Vorschlag zumindest unter Vorbehalt zugestimmt hätte. Für Letzteres trage der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast, während der Arbeitgeber die Unterbreitung eines zumutbaren Angebots unter Einräumung einer Bedenkfrist darlegen und beweisen müsse.

26

bb) Zunächst ist klarzustellen, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, in jedem Fall mit dem Arbeitnehmer eine einvernehmliche Lösung zu suchen (so KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18d; APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 146; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010; v. Hoyningen-Huene Anm. zu AP KSchG 1969 Nr. 8) . Bereits in der Entscheidung vom 7. Dezember 2000 (- 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108, zu B III 5 a der Gründe) setzt der Senat nicht ein obligatorisches Gespräch vor der Kündigung voraus, sondern formuliert lediglich abgeschwächt: "Macht der Arbeitgeber von der Möglichkeit Gebrauch, dem Arbeitnehmer das Änderungsangebot bereits vor der Kündigung zu unterbreiten, ...". Es besteht kein Grund, dem Arbeitgeber das Recht zu nehmen, auch ohne vorherige Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer direkt eine Änderungskündigung auszusprechen, indem er Angebot und Kündigung miteinander verbindet (vgl. KR-Rost aaO; APS/Kiel aaO) .

27

cc) Es bestehen auch erhebliche Bedenken, dass dem Arbeitnehmer bei einem Änderungsangebot ohne gleichzeitige Kündigung eine Überlegungsfrist von nur einer Woche eingeräumt werden soll, während ihm bei einer Änderungskündigung die in der Regel deutlich längere Frist des § 2 Abs. 2 KSchG zur Verfügung steht (ArbG Gelsenkirchen 13. November 1998 - 3 Ca 2219/98 - NZA-RR 1999, 134; v. Hoyningen-Huene/Link KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 146; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010) . Eine einwöchige Überlegungsfrist für die Frage der endgültigen Annahme, endgültigen Ablehnung oder Annahme unter einem § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt würde die Rechte des Arbeitnehmers entgegen § 2 KSchG jedenfalls dann verkürzen, wenn die Kündigungsfrist länger als eine Woche bis zu drei Wochen beträgt (KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18d).

28

Für eine solche Rechtsfortbildung ist kaum ein Bedürfnis erkennbar. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert keine zwingend vorgeschaltete Überlegungsfrist. Auch bei Gleichzeitigkeit von Änderungsangebot und Kündigung bleibt dem

Arbeitnehmer die Möglichkeit der endgültigen Annahme und der Annahme unter Vorbehalt (Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18g) . Den Interessen des Arbeitnehmers ist durch § 2 KSchG genügend Rechnung getragen. Nach der gesetzlichen Regelung kann dieser innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb drei Wochen nach Zugang der Kündigung frei wählen, ob er das Angebot ablehnen, es endgültig oder unter Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annehmen will.

29

Im Übrigen würde eine zwingend vorgeschaltete Überlegungsfrist dazu führen, dass der Arbeitgeber eine Änderungskündigung erst nach zwei Wochen, eine Woche für die Entscheidung des Arbeitnehmers und eine Woche für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG, aussprechen könnte (Wagner NZA 1986, 632) . Denn erst nach der Entscheidung des Arbeitnehmers stünde fest, ob es zu einer Beendigungs- oder Änderungskündigung kommt, was der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Rahmen des § 102 BetrVG erklären muss.

30

Darüber hinaus ist eine Analogie zu § 102 Abs. 2 BetrVG bedenklich, weil dann konsequenterweise auch die Fiktion des Schweigens als Zustimmung zur Vertragsänderung übertragen werden müsste, was wegen der Bedeutung der Änderung der Vertragsbedingungen abzulehnen ist (Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1010; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18e) .

31

dd) Mit der Klarstellung, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung nicht verpflichtet ist, eine einvernehmliche Lösung mit dem Arbeitnehmer zu versuchen, ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung eine einvernehmliche Lösung mit dem Arbeitnehmer suchen kann.

32

Auch für diesen Fall ist eine einwöchige Überlegungsfrist nicht erforderlich. Für einvernehmliche Lösungen stehen die §§ 145 ff. BGB zur Verfügung. Danach kann das unter Anwesenden unterbreitete Angebot nur sofort, das unter Abwesenden unterbreitete nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 BGB), es sei denn, der Antragende hat eine Frist für die Annahme des Antrags bestimmt (§ 148 BGB).

33

Erklärt der Arbeitnehmer sein Einverständnis mit den neuen Bedingungen, bedarf es keiner Änderungskündigung. Erklärt der Arbeitnehmer sein Einverständnis mit den neuen Bedingungen vor Ausspruch der Kündigung unter Vorbehalt, liegt darin die Ankündigung einer Änderungsschutzklage für den Fall der Änderungskündigung (vgl. auch APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 629) , bei der dem Arbeitnehmer die Rechte des § 2 KSchG zustehen.

34

Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot nicht an, ist kein Änderungsvertrag zustande gekommen und der Arbeitgeber muss vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung aussprechen.

35

ee) Es ist dem Arbeitnehmer nur dann verwehrt, den Arbeitgeber bei einer ausgesprochenen Beendigungskündigung auf eine mögliche Änderungskündigung

mit dem abgelehnten Inhalt zu verweisen, wenn er das Änderungsangebot zuvor vorbehaltlos und endgültig abgelehnt hat. Hat der Arbeitnehmer erkennen lassen, dass er das Änderungsangebot in keinem Fall annehmen werde, ist sein Verhalten widersprüchlich, wenn er sich später auf eine mögliche Änderungskündigung beruft (KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 18c; Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen S. 302; ders. NZA 1997, 1077; Hillebrecht ZfA 1991, 87, 114; APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 1 Rn. 150; Kiel Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz S. 114 f.) .

36

Für eine vorbehaltlose und endgültige Ablehnung in diesem Sinne ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Änderungsangebots unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er unter keinen Umständen bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten (BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108; KR-Rost 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 18h und 105a mwN) . In dem Ausgangsfall der Entscheidung vom 7. Dezember 2000 (- 2 AZR 391/99 - aaO) hatte der Arbeitnehmer beispielsweise "aus grundsätzlichen Erwägungen heraus" abgelehnt, für die Beklagte (auch) zu den geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten; dies hat der Senat als emotionale Blockadehaltung angesehen. Allein die Ablehnung eines der Kündigung vorangegangenen Angebots auf einvernehmliche Abänderung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer enthebt den Arbeitgeber hingegen grundsätzlich nicht von der Verpflichtung, das Änderungsangebot mit einer nachfolgenden Beendigungskündigung erneut zu verbinden (7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - aaO; KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 105) . Denn die Ablehnung der einverständlichen Abänderung schließt nicht aus, dass der Arbeitnehmer bereit ist, zu den geänderten Bedingungen weiterzuarbeiten, wenn sich in einem Änderungsschutzverfahren die Berechtigung der Änderung herausstellt (7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - aaO; LAG Hamm 4. Februar 2003 - 7 Sa 1624/02 - NZA-RR 2003, 357, zu I der Gründe; APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 628) . Deshalb ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, trotz der Ablehnung einer freiwilligen Änderung eine Änderungskündigung auszusprechen. Nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Änderungsangebots unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er unter gar keinen Umständen - auch nicht unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung - bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten, kann der Arbeitgeber eine Beendigungskündigung aussprechen (7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - aaO; KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 230; KR-Rost aaO Rn. 18c und 105, jeweils mit weiteren Nachweisen) .

37

Der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzverfahren die Darlegungs- und Beweislast dahingehend, dass der Arbeitnehmer definitiv und endgültig das Änderungsangebot abgelehnt hat (Ascheid Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess S. 158) , dh., dass dieser weder einvernehmlich noch unter dem Vorbehalt der Prüfung der sozialen Rechtfertigung iSd. § 2 KSchG bereit war, zu den geänderten Bedingungen zu arbeiten (KR-Rost 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 105).

38

ff) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe das Änderungsangebot der Beklagten nicht mit dieser Klarheit abgelehnt, ist danach revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

39

Irgendwelche Schlussfolgerungen aus der Ablehnung des Änderungsangebots hinsichtlich einer möglichen Vorbehaltsannahme lassen sich aus dem Verhalten des Klägers schon deshalb nicht ziehen, weil die Beklagte mit dem Kläger nur über eine

fristlose Änderung seines Arbeitsvertrags verhandelt hat, sie in Form einer Änderungskündigung den Arbeitsvertrag jedoch frühestens mit Ablauf der Kündigungsfrist, also zum 30. April 2003 hätte ändern können. Lehnt es der Arbeitnehmer ab, unter Verzicht auf die ihm zustehende Kündigungsfrist sofort in eine Vertragsänderung zu schlechteren Bedingungen (geringere Stundenzahl, Lohnminderung mit nur teilweisem Ausgleich durch eine zeitlich begrenzte Zulage) einzuwilligen, so lässt dies ohne Hinzutreten weiterer Umstände noch nicht die Schlussfolgerung zu, er hätte auch eine entsprechende Änderungskündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht einmal unter Vorbehalt angenommen.

40

Dies gilt umso mehr, weil die Beklagte den Kläger in dem vorformulierten Antwortschreiben als Alternativen der Reaktion auf ihr Vertragsangebot nur auf die Möglichkeit einer sofortigen Änderung der Arbeitsbedingungen und einer Ablehnung mit anschließender Beendigungskündigung hingewiesen hat. Die Ablehnung des Vertragsangebots durch den Kläger bietet bei einer derart eingeschränkten Wahlmöglichkeit keinen Hinweis darauf, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn ihm eine fristgerechte Änderungskündigung ausgesprochen worden wäre und er dann innerhalb der längeren Frist des § 2 Satz 2 KSchG möglicherweise Rechtsrat eingeholt hätte. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass gerade die Erklärung des Klägers "Sekt oder Selters" für die Beklagte einen deutlichen Hinweis darauf enthielt, dass der Kläger die Möglichkeit einer Vorbehaltsannahme nach § 2 KSchG in seine Überlegungen nicht einbezogen hatte und deshalb seine Ablehnung des Vertragsangebots insoweit keinen Erklärungswert hatte.

41

Abgesehen davon stellt das Verhalten des Klägers insgesamt keine vorbehaltlose Ablehnung des Vertragsangebots in dem Sinne dar, wie es die Rechtsprechung inzwischen (BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 391/99 - AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 113 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 108) fordert. Durch seine Meldung zum Arbeitsantritt in D hatte der Kläger der Beklagten ausreichend klar gemacht, dass er grundsätzlich bereit war, in D zu arbeiten und er nur mit einzelnen Punkten des Vertragsangebots der Beklagten nicht einverstanden war. Auf eine solche Reaktion durfte die Beklagte nicht mit einer sofortigen Freistellung und daran anschließenden Beendigungskündigung reagieren, sie hätte dem Kläger vielmehr die neuen Arbeitsbedingungen in Form einer Änderungskündigung anbieten müssen.

42

Abgesehen davon stand die soziale Rechtfertigung der angebotenen Arbeitsbedingungen nach § 2 KSchG nicht fest. Jedenfalls hatte der Kläger ein berechtigtes Interesse daran, die soziale Rechtfertigung verschiedener der angebotenen Arbeitsbedingungen in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren nachprüfen zu lassen.

43

Zunächst kam eine soziale Rechtfertigung der angebotenen Arbeitsbedingungen, insbesondere die verringerte Stundenzahl nebst der geänderten Lohnvereinbarung allenfalls nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in Betracht, da ein wichtiger Grund zur betriebsbedingten fristlosen Änderungskündigung nicht vorlag.

44

Es ist zudem nicht unproblematisch, inwieweit die Beklagte bei einem nach wie vor bestehenden Beschäftigungsbedarf - in einem ihrer Darstellung nach allerdings reduzierten Umfang - zu Lasten einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG, die möglicherweise zu einer Weiterbeschäftigung des Klägers im vollem Umfang geführt

hätte, entsprechend mehr Arbeitnehmern eine Weiterbeschäftigung in D mit einer erheblich reduzierten Stundenzahl anbieten konnte. Aus Sicht des Klägers war es äußerst wahrscheinlich, jedenfalls nahe liegend, dass sich durch eine solche Stundenreduzierung sein Bruttolohn nicht unerheblich verminderte. Dies musste zumindest dann gelten, wenn die Übergangsfrist für die freiwillige Zulage, die nicht einmal die ordentliche Kündigungsfrist des Klägers berücksichtigen sollte, abgelaufen war. Die im Prozess nachgereichte Vergleichsberechnung der Beklagten auf der Basis durchschnittlicher Nettoüberweisungen bei vergleichbaren Mitarbeitern wäre, selbst wenn sie dem Kläger bei den Vertragsverhandlungen mitgeteilt worden wäre, zu undifferenziert gewesen, diese Bedenken des Klägers auszuräumen.

45

Auch der Zeitdruck, unter dem die Vertragsverhandlungen geführt worden sind, war sachlich nicht gerechtfertigt und zeigt, wie problematisch es ist, mit dem Senatsurteil vom 27. September 1984 die gesetzliche Überlegungsfrist von drei Wochen auf eine Woche zu verkürzen. Die Kündigungsfrist des Klägers lief bis zum 30. April 2003. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte ohne weiteres die Möglichkeit gehabt hätte, dem Kläger die neuen Arbeitsbedingungen unter Einhaltung dieser Kündigungsfrist auch in Form einer Änderungskündigung anzubieten. Dies hätte entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zu unzumutbaren Problemen bei der Sozialauswahl nach § 1 Satz 3 KSchG geführt. Jeder Arbeitnehmer, der die neuen Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG annahm, hätte nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ohnehin zu den neuen Arbeitsbedingungen weiter arbeiten müssen. Für die Arbeitnehmer, denen nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG eine Änderungskündigung auszusprechen war, die die Änderung der Arbeitsbedingungen aber vorbehaltlos ablehnten, wäre dann jeweils einer der anderen Arbeitnehmer nachgerückt, die zunächst zur Beendigungskündigung anstanden.

46

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.