

# Zwischen Weisung und Änderungskündigung



## VON HANS FRIEDRICH EISEMANN

Dr. Hans Friedrich Eisemann war nach dem Studium der Rechtswissenschaften und der Betriebswirtschaft mehr als 30 Jahre als Arbeitsrichter tätig, davon 14 Jahre als Präsident des Landesarbeitsgerichts Brandenburg. Er war als Autor und Kommentator zum materiellen Arbeitsrecht und Prozessrecht tätig und hat mehr als 450 Einigungsstellen geleitet, eine Reihe von Tarifschlichtungen durchgeführt und ist Vorsitzender mehrerer Schiedsgerichte.  
www.hanseisemann.de

**Die Änderung von Arbeitsbedingungen ist in der betrieblichen Praxis oft erforderlich, beispielsweise bei der Versetzung einer Pflegekraft von einer Einrichtung in die andere oder bei Arbeitszeitverlängerung einer Teilzeitmitarbeiterin für die Dauer der Elternzeit einer Kollegin.**

Für die rechtliche Zulässigkeit von Änderungen bei den Arbeitsbedingungen ist entscheidend, ob mit der Maßnahme der Inhalt des Arbeitsvertrages geändert wird oder nicht. In dem einen Fall setzt dies eine Änderungskündigung voraus, im anderen Fall reicht eine einfache Weisung. Die Änderungskündigung muss im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nach den §§ 2, 1 Kündigungsschutzgesetz (KschG) »sozial gerechtfertigt« sein, die Weisung darf nach § 106 Gewerbeordnung (GewO) nicht gegen das Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag verstoßen und muss »billigem Ermessen« entsprechen.

Überschreitet die Maßnahme nicht den Inhalt des Arbeitsvertrages und verstößt sie nicht gegen die anderen »Außengrenzen« einer Weisung, ist sie nach § 106 GewO doch nur wirksam, wenn sie also »billigem Ermessen« entspricht. Arbeitgeber müssen bei ihren Anordnungen berechnete Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigen. Das verlangt vom Arbeitgeber eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalles.

Dazu gehören die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse, sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltspflichten (BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16).

Liegen berechnete Interessen des Arbeitnehmers vor, muss der Arbeitgeber versuchen, das von ihm angestrebte Ziel auf andere Art und Weise zu erreichen. Geht es etwa um eine Versetzung, muss er prüfen, ob nicht ein anderer Arbeitnehmer versetzt werden kann. Kann der Arbeitgeber nicht auf eine andere – ebenso zielführende – Maßnahme ausweichen, muss er klären, ob die betrieblichen oder die berechneten Interessen des Arbeitnehmers überwiegen. Weisungsrecht wird hierdurch nicht zur Farce. In der großen Mehrzahl der Fälle – so zeigt es die Praxis – überwiegen die betrieblichen Interessen.

Daran schließt sich unmittelbar folgende Frage an: Muss der Arbeitnehmer einer Weisung zumindest so lange folgen, bis geklärt ist, ob sie rechtlich Bestand hat? Die Rechtsprechung beantwortet diese Frage jetzt (wieder) mit Nein. An eine Weisung, die gegen geltendes Recht, einen Tarifvertrag, gegen Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag verstößt, ist der Arbeitnehmer von Anfang an nicht gebunden. Dies folgt schon aus der einfachen Überlegung, dass Unrecht für Dritte nicht verpflichtend sein kann. Aber auch einer »nur« unbilligen Weisung muss der Arbeitnehmer nicht vorläufig folgen (BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16 (A); BAG 14.9.2017 – 5 AS 7/17).

Das Arbeitsverhältnis ist kein »Subordinationsverhältnis«. Arbeitnehmer sind nicht den Weisungen des Arbeitgebers »unterworfen«. Im Arbeitsverhältnis ste-

hen sich zwei gleichberechtigte Vertragsparteien gegenüber. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet beide Seiten – wie in jedem anderen Vertragsverhältnis auch – zur »Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils«. § 106 GewO stellt dies für die Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber noch einmal klar.

Auch dies führt nicht zu Zusammenbruch betrieblicher Praxis. Nicht der Arbeitgeber, sondern der Arbeitnehmer trägt alleine das Risiko, dass er sich dabei verschätzt, ob eine Weisung schon gegen ihre Außengrenzen verstößt oder nicht der Billigkeit entspricht. Er kann sich nicht einmal hinter dem Rat eines Anwalts »verstecken«. Es reicht nicht aus, wenn er seine Rechtsauffassung »nach sorgfältiger Prüfung und sachgemäßer Beratung gebildet hat« (BAG 29.8.2013 – 2 AZR 273/12). Nur wenige Arbeitnehmer werden Gefahr laufen wollen, wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung ihren Arbeitsplatz zu verlieren, indem sie einer Weisung nicht folgen, die ein Gericht letztlich als wirksam ansieht. Sie können sich diesem Druck auch nicht vorläufig dadurch entziehen, indem sie ein gerichtliches Verfahren zur Klärung der umstrittenen Frage einleiten. Sie müssen dennoch der letztlich wirksam Weisung vorläufig folgen (BAG 29.8.2013 – 2 AZR 273/12). Arbeitnehmer werden sich daher gut überlegen, ob sie »sich stur stellen«. Am Ende wird es nur zu einer solchen Verweigerung kommen, wenn es für jeden klar erkennbar auf der Hand liegt, dass der Arbeitgeber sein Weisungsrecht überschritten hat.

Sprengt die personelle Maßnahme die Grenzen des Arbeitsvertrages, reicht eine einfache Weisung nicht mehr aus. Der Arbeitgeber muss eine Änderungskündigung aussprechen. Dabei handelt es sich um eine echte Kündigung (Beendigungsteil), verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis unter veränderten Vertragsbedingungen fortzusetzen (Angebotsteil). Der Arbeitnehmer kann dies Angebot annehmen, er kann es ablehnen oder den Vorbehalt erklären. Er nimmt das Angebot vorläufig an, behält sich aber vor, die Berechtigung der Änderungskündigung gerichtlich überprüfen zu lassen, was er dann auch innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG tun muss, damit der Vorbehalt nicht gegenstandslos wird.

Die Änderungskündigung ist nur wirksam, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen aus personen-, verhaltens- oder

betriebsbedingten Gründen nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer den Vorbehalt erklärt hat (BAG 20.1.2015 – 2 AZR 860/13). Die angebotenen Änderungen dürfen sich dabei von der bisher geltenden vertraglichen Regelung nicht weiter entfernen, als es zum Erreichen des mit der Maßnahme erstrebten Ziels erforderlich ist (BAG 20.1.2015 – 2 AZR 860/13). So darf der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer einen anderen – »leidensgerechten« – Arbeitsplatz mit Hilfe der personenbedingten Änderungskündigung zuweisen, wenn aufgrund einer krankheitsbedingten Leistungsminde- rung seine berechtigten Erwartungen von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen (Arbeit – Lohn) in einem Maß unterschritten werden, das es für den Arbeitgeber unzumutbar macht, den Arbeitnehmer auf den alten Arbeitsplatz weiterhin einzusetzen (BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14). Er darf ihn aber nicht damit »strafen«, dass er ihm einen besonders »miesigen« Arbeitsplatz zuweist.

Will der Arbeitgeber seinen Betrieb einschränken oder rationalisieren, kann sich die Notwendigkeit ergeben, die Arbeitsverträge von Arbeitnehmern abzuändern, weil das Bedürfnis für ihre Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen entfallen ist – ihr Arbeitsplatz ist nicht mehr oder nicht mehr so wie bisher vorhanden.

Der Arbeitgeber ist in seiner Entscheidung zur Betriebseinschränkung oder Rationalisierung weitgehend frei. Sie unterliegt nur einer Missbrauchskontrolle (BAG 23.6.2005 – 2 AZR 642/24). Er muss sich jedoch nach § 1 Abs. 3 KSchG an die Grundsätze der Sozialauswahl halten. Fallen nicht alle alten Arbeitsplätze weg, hat der sozial Schwächer das stärkere »Bleiberecht« und der sozial Stärkere muss sich generell die weitergehenden Änderungen seiner Arbeitsbedingungen gefallen lassen. Dabei kommt es nicht allein auf die Betriebszugehörigkeit, das Alter und die Unterhaltungspflichten – gegebenenfalls auch auf Behinderungen – an. Es ist auch entscheidend, ob die in die Sozialauswahl fallenden Arbeitnehmer für die Tätigkeit am neuen Arbeitsplatz wenigstens annähernd gleich geeignet sind (BAG 18.5.2017 – 2 AZR 606/16). Immerhin hilft dem Arbeitgeber bei der Auswahl ein weiter Beurteilungsspielraum. Seine Auswahlentscheidung muss nicht »richtig«, sondern nur vertretbar

sein. Nur ein deutlich schutzwürdigerer Arbeitnehmer kann sich mit Erfolg auf Fehler in der Sozialauswahl berufen (BAG 18.2.2007 – 2 AZR 796/05).

Eine Weisung geht ins Leere, wenn für die Maßnahme eine Änderung des Arbeitsvertrages erforderlich ist. Sprengt die Weisung nicht die Grenzen des Arbeitsvertrages, erweist sich die Änderungskündigung als »überflüssig«, weil die Arbeitsbedingungen schon durch eine zulässige Weisung abgeändert wurden. Klagt der Arbeitnehmer im letzteren Fall gegen beides, verliert er den Prozess, soweit er sich gegen eine nach § 106 GewO zulässige Weisung gewandt hat. Er gewinnt ihn, soweit es um die Änderungskündigung geht. Sie ist wegen der mit ihr verbundenen Bestandsgefährdung in diesem Fall unverhältnismäßig.

Hat der Arbeitnehmer das mit der Kündigung verbundene Änderungsangebot nach § 2 Abs. 1 Satz 1 KSchG unter dem Vorbehalt angenommen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist, streitet man vor Gericht zwar nicht mehr über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern nur noch um seinen Inhalt. Es bleibt aber dabei, dass es sich – unabhängig davon, wie der Arbeitnehmer reagiert – um eine Kündigung handelt. Ein Mangel in der Kündigungserklärung führt daher zum Erfolg seiner »Änderungsschutzklage« (BAG 22.10.2015 – 2 AZR 124/14).

Hat der Arbeitnehmer den Vorbehalt nicht erklärt, geht es im »Änderungskündigungsschutzprozess« nur um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auf Antrag des Arbeitnehmers wird aber festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde. Grund: Die Änderungskündigung ist wegen der mit ihr notwendig verbundenen Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses unverhältnismäßig. Der Arbeitgeber darf nicht »mit Kanonen auf Spatzen schießen« (BAG 26.1.2017 – 2 AZR 513/15).

Vertragsverhältnisse sind in der Abwicklung manchmal kompliziert. Das gilt insbesondere für Dauerschuldverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis, in denen der »menschliche Faktor« eine besondere Rolle spielt. Änderungen von Arbeitsbedingungen sind daher – wie gezeigt – nicht immer so ganz einfach. Das Arbeitsrecht stellt für ihre Durchführung einen Rahmen zur Verfügung, in dem beide Seiten sich wiederfinden können. ■