

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 102/11  
5 Sa 1183/10  
Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
26. Januar 2012

## URTEIL

Schmidt,  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen  
Verhandlung vom 26. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bun-  
desarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Eulen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 2. Dezember 2010 - 5 Sa 1183/10 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über eine Änderungskündigung. 1

Die Beklagte betreibt einen Verlag. Ihre Zentrale befindet sich in S. Für diese ist ein Betriebsrat gewählt. Im Bundesgebiet unterhält die Beklagte mehrere Geschäftsstellen. Die Geschäftsstelle H untergliedert sich in die Standorte Ha und H. Sie wird von einem gemeinsamen Geschäftsstellenleiter geführt. Ein örtlicher Betriebsrat für die Geschäftsstelle H ist nicht gebildet. 2

Die Klägerin war am Standort H beschäftigt. Sie ist seit dem 1. August 1993 bei der Beklagten tätig, zunächst als Sekretärin, seit dem 1. Januar 2008 als Vertriebskoordinatorin. Ihre monatliche Bruttovergütung beträgt durchschnittlich etwa 3.920,00 Euro. 3

Im Jahr 2008 beschäftigte die Beklagte in der Geschäftsstelle H neben der Klägerin acht Vertriebsaußendienstmitarbeiter, zwei weitere Vertriebskoordinatorinnen, eine Sekretärin und den Geschäftsstellenleiter. 4

Nach Anhörung und gegen den Widerspruch des Betriebsrats sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 26. August 2009 eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. März 2010 aus, verbunden mit dem Angebot, sie ab dem 1. April 2010 als Vertriebskoordinatorin in der Ge- 5

schäftsstelle S weiterzubeschäftigen. Die Klägerin nahm das Angebot unter dem Vorbehalt einer Überprüfung seiner sozialen Rechtfertigung an. Sie hat rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Seit dem 12. April 2010 ist sie in S tätig.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Änderung ihrer Arbeitsbedingungen sei sozial nicht gerechtfertigt. Sie hat bestritten, dass ihr bisheriger Arbeitsplatz weggefallen sei. Im Übrigen liege die Zustimmung des Betriebsrats zu ihrer Versetzung nicht vor. 6

Die Klägerin hat - soweit noch von Interesse - beantragt festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung der Beklagten vom 26. August 2009 rechtsunwirksam ist. 7

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die zum Zwecke der Versetzung ausgesprochene Änderungskündigung sei in jeder Hinsicht rechtswirksam. Sie hat behauptet, sie habe gegen Ende des Jahres 2008 beschlossen, die Abläufe und Aufgabenverteilungen in den Vertriebsgeschäftsstellen überwiegend zentral und nach einheitlichen, nicht mehr regional unterschiedlichen Vorgaben zu steuern. Aus diesem Grunde seien Aufgaben innerhalb der Geschäftsstelle H sowie zwischen dieser und der Zentrale umverteilt worden. Außerdem seien die Aufgaben der Vertriebskoordinatorinnen wegen des Rückgangs der Anzahl der ihrer Geschäftsstelle H zugeordneten Vertriebsaußendienstmitarbeiter zurückgegangen. Damit sei das Beschäftigungsbedürfnis für eine der - mittlerweile nur noch zwei - Vertriebskoordinatorinnen in H entfallen. Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Arbeitsvertrag der Parteien gebe ihr ohnehin das Recht, die Klägerin deutschlandweit einzusetzen. Selbst wenn die Änderungskündigung sozial nicht gerechtfertigt sei, sei sie in eine Maßnahme des Direktionsrechts umzudeuten. 8

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen. 9

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Dies führt, soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Klage ist unbegründet, wenn Gegenstand des mit der Kündigung vom 26. August 2009 verbundenen Änderungsangebots in Wirklichkeit nicht eine Vertragsänderung war (*I.1.*). Ob die beabsichtigte Versetzung der Klägerin eine Vertragsänderung erforderte, steht noch nicht fest (*I.2.*). Unerheblich ist, ob die Beklagte ein mögliches Weisungsrecht, die Klägerin nach S zu versetzen, bereits wirksam ausgeübt hat (*II.*). 10

I. Die von der Klägerin begehrte Feststellung, die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 26. August 2009 sei rechtsunwirksam, kann nicht getroffen werden, wenn das „Änderungsangebot“ der Beklagten nicht auf eine Änderung der Arbeitsvertragsbedingungen zielt. 11

1. Nach § 4 Satz 2 KSchG ist eine Änderungsschutzklage auf die Feststellung zu richten, dass die „Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt“ oder sie „aus anderen Gründen rechtsunwirksam“ ist. Eine solche Feststellung können die Gerichte nicht treffen, wenn das mit einer Kündigung verbundene „Änderungsangebot“ gar nicht auf eine Änderung der bestehenden Vertragsregelungen gerichtet ist, sondern die in ihm vorgesehenen neuen Bedingungen schon durch Ausübung des Direktionsrechts durchgesetzt werden können (*vgl. ErfK/Oetker 12. Aufl. § 2 KSchG Rn. 14*). Voraussetzung für die Begründetheit einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG ist, dass die Parteien über die Berechtigung einer Änderung ihrer arbeitsvertraglichen Vereinbarungen streiten. Das Fehlen der sozialen Rechtfertigung einer Änderung der Arbeitsbedingungen bzw. deren Unwirksamkeit aus anderen Gründen kann nicht festgestellt werden, wenn der Vertrag der Parteien in Wirklichkeit nicht geändert werden soll. 12

a) Hat der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers unter Vorbehalt angenommen und Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG 13

erhoben, streiten die Parteien nicht über eine Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses und damit nicht über die Rechtswirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, sondern über die Berechtigung des Angebots auf Änderung der Arbeitsbedingungen (*BAG 22. April 2010 - 2 AZR 491/09 - Rn. 19, BAGE 134, 154*). Streitgegenstand der Änderungsschutzklage ist nicht die Wirksamkeit der Kündigung, sondern der Inhalt der für das Arbeitsverhältnis geltenden Vertragsbedingungen (*BAG 26. August 2008 - 1 AZR 353/07 - Rn. 17, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 139 = EzA KSchG § 2 Nr. 72*). Die Regelung in § 8 KSchG spricht nicht gegen dieses Verständnis. Danach gilt zwar „die Änderungskündigung“ als von Anfang an rechtsunwirksam, wenn das Gericht festgestellt hat, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist. Da aber schon die Annahme des Angebots unter Vorbehalt die Beendigungswirkung der Kündigung beseitigt, ist § 8 KSchG so zu verstehen, dass nur die unter Vorbehalt akzeptierte Änderung der Arbeitsbedingungen von Beginn an entfällt. Streitgegenstand der Klage nach § 4 Satz 2 KSchG ist deshalb die Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen, nicht die der Kündigung.

b) Eine Änderung von „Arbeitsbedingungen“ iSv. § 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG steht nur im Streit, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten *vertraglichen* Bedingungen anbietet. § 2 Satz 1 KSchG setzt ersichtlich voraus, dass es zur Änderung der Arbeitsbedingungen einer Kündigung des bestehenden Arbeitsvertrags bedarf. Das ist nur der Fall, wenn der Arbeitgeber die von ihm erstrebte Änderung auf Basis der bestehenden vertraglichen Regelungen gerade nicht zu erreichen vermag. Das bedeutet umgekehrt, dass eine faktische Änderung, die schon auf der Grundlage des bestehenden Arbeitsvertrags, dh. ohne Einverständnis des Arbeitnehmers durchsetzbar ist, keiner Vertragsänderung und deshalb keiner Kündigung bedarf. Unter „geänderten Arbeitsbedingungen“ iSv. § 2 Satz 1 KSchG sind folglich andere *Arbeitsvertragsbedingungen* zu verstehen. Vom Arbeitgeber erstrebte Änderungen, die er schon durch Ausübung seines Weisungsrechts gem. § 106 Satz 1 GewO durchsetzen kann, halten sich im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und sind keine „Änderung von Arbeitsbedingungen“ nach § 2 Satz 1, § 4 Satz 2

14

KSchG. Während das Weisungsrecht der wechselnden Konkretisierung des unveränderten Vertragsinhalts dient, zielt die Änderungskündigung auf eine Änderung des Vertrags (vgl. *Hromadka NZA 2008, 1338, 1339*). Soll am bestehenden Vertragsinhalt nichts geändert werden, liegt in Wirklichkeit kein Änderungsangebot vor. Die vermeintlich erst herbeizuführenden Vertragsbedingungen gelten bereits. Eine Änderungsschutzklage ist in diesem Fall - notwendig - unbegründet (vgl. *BAG 10. Dezember 1975 - 4 AZR 41/75 - zu I der Gründe, AP BAT §§ 22, 23 Nr. 90 = EzA BAT §§ 22 - 23 VergGr. VIII, 1 Nr. 1; KR/Rost 9. Aufl. § 2 KSchG Rn. 28; vgl. auch ErfK/Oetker 12. Aufl. § 2 KSchG Rn. 14*). Es kann dann schlechterdings nicht festgestellt werden, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus einem anderen Grund rechtsunwirksam ist. Bestehende, arbeitsvertraglich bereits vereinbarte Bedingungen, die in Wirklichkeit unverändert bleiben, können nicht iSv. § 1 Abs. 2, § 2 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sein. Eine nicht erfolgte Änderung der Arbeitsvertragsbedingungen kann auch nicht aus einem anderen Grund unwirksam sein. Es bleibt in Wirklichkeit beim bisherigen Vertragsinhalt. Er ist bereits die Rechtsgrundlage für die beabsichtigte faktische Änderung, die sich durch Ausübung des Direktionsrechts erreichen lässt (vgl. *ErfK/Oetker aaO*).

2. Es steht noch nicht fest, ob die mit der Kündigung der Beklagten vom 26. August 2009 erstrebte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in S eine Änderung der Arbeitsbedingungen im Sinne einer Vertragsänderung erforderte. Die Beklagte hat sich darauf berufen, der Arbeitsvertrag der Parteien gebe ihr das Recht, die Klägerin deutschlandweit einzusetzen. Das Landesarbeitsgericht hat zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien bislang keine Feststellungen getroffen. Das wird es nachholen müssen. Dabei wird es Folgendes zu beachten haben:

a) Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber ua. den Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit dieser nicht durch den Arbeitsvertrag festgelegt ist. Sollte es sich bei einer solchen Festlegung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gem. §§ 305 ff. BGB handeln, ist unter

Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, ob ein bestimmter Tätigkeitsort tatsächlich fixiert ist und welchen Inhalt ggf. ein vereinbarter Versetzungsvorbehalt hat (BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - Rn. 12, AP BGB § 307 Nr. 50 = EzA GewO § 106 Nr. 7; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 17 bis 31, BAGE 135, 239).

b) Die Auslegung der vertraglichen Bestimmungen kann ergeben, dass eine wie ein Versetzungsvorbehalt erscheinende Klausel lediglich den Umfang der geschuldeten Leistung bestimmen soll, insbesondere dann, wenn alternative Tätigkeitsinhalte oder Tätigkeitsorte schon konkret benannt sind (BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - Rn. 15, AP BGB § 307 Nr. 50 = EzA GewO § 106 Nr. 7; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 18, BAGE 135, 239). Die Bestimmung eines Orts der Arbeitsleistung in Kombination mit einer durch Versetzungsvorbehalt vorgesehenen Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen verhindert regelmäßig die Beschränkung auf den ausdrücklich genannten Ort der Arbeitsleistung (BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - aaO; 13. April 2010 - 9 AZR 36/09 - Rn. 27, AP BGB § 307 Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47). Es macht keinen Unterschied, ob im Arbeitsvertrag auf eine Festlegung des Orts der Arbeitsleistung verzichtet und die nötige Konkretisierung dem Arbeitgeber im Rahmen von § 106 GewO vorbehalten wird oder ob der Ort der Arbeitsleistung zwar bestimmt, aber zugleich die Möglichkeit der Zuweisung eines anderen Orts vereinbart wird. In diesem Fall wird lediglich klargestellt, dass § 106 Satz 1 GewO gelten und eine Befugnis zur Versetzung an andere Arbeitsorte bestehen soll (BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - aaO; 13. April 2010 - 9 AZR 36/09 - aaO).

c) Ergibt die Auslegung, dass der Vertrag eine nähere Festlegung des Orts der Tätigkeit enthält, so unterliegt diese keiner Angemessenheitskontrolle iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Vielmehr handelt es sich um die Bestimmung des Inhalts der Hauptpflicht (BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - Rn. 16, AP BGB § 307 Nr. 50 = EzA GewO § 106 Nr. 7; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 21, BAGE 135, 239; 13. Juni 2007 - 5 AZR 564/06 - Rn. 30, BAGE 123, 98). Dabei ist es unerheblich, wie eng oder weit die Leistungsbestimmung

gefasst ist. Vorzunehmen ist lediglich eine Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

- d) Fehlt es an einer Festlegung des Orts der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag, ergibt sich der Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers aus § 106 GewO. Je allgemeiner der Ort der Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag festgelegt ist, desto weiter geht die Befugnis des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer einen bestimmten (anderen) Arbeitsort einseitig zuzuweisen (*BAG 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 - Rn. 17, AP BGB § 307 Nr. 50 = EzA GewO § 106 Nr. 7; vgl. auch BAG 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 67*). Auf die Zulässigkeit eines außerdem vereinbarten Versetzungsvorbehalts kommt es dann nicht an. 19
- e) Enthält der Arbeitsvertrag neben einer Festlegung des Orts der Tätigkeit einen Versetzungsvorbehalt, so ist zu differenzieren (*BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 23, BAGE 135, 239*): 20
- aa) Ergibt die Vertragsauslegung, dass der Versetzungsvorbehalt materiell (*nur*) dem Inhalt der gesetzlichen Regelung des § 106 GewO entspricht oder zugunsten des Arbeitnehmers davon abweicht, unterliegt diese Klausel keiner Angemessenheitskontrolle iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern allein einer Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (*BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 24, BAGE 135, 239; 13. April 2010 - 9 AZR 36/09 - Rn. 24 ff., AP BGB § 307 Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 47*). Der Arbeitgeber, der sich lediglich die Konkretisierung des vertraglich vereinbarten Tätigkeitsinhalts, nicht aber eine Änderung des Vertragsinhalts vorbehält, weicht nicht zulasten des Arbeitnehmers von Rechtsvorschriften ab (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Vertragsklausel muss dabei zwar die Beschränkung auf den materiellen Gehalt des § 106 GewO unter Berücksichtigung der dargestellten Auslegungsgrundsätze aus sich heraus erkennen lassen. Auch die Verpflichtung zur transparenten Vertragsgestaltung gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erfordert aber nicht, dass die Klausel Hinweise auf den Anlass der Ausübung des Weisungsrechts enthält (*BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 25,* 21



*BAGE 135, 239; vgl. auch 13. März 2007 - 9 AZR 433/06 - Rn. 44 ff., AP BGB § 307 Nr. 26).*

bb) Ergibt die Vertragsauslegung, dass sich der Arbeitgeber mit dem Versetzungsvorbehalt über § 106 GewO hinaus ein Recht zur Vertragsänderung vorbehält, so unterliegt die Regelung der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (*BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 26, BAGE 135, 239*). Führt die Kontrolle zur Unwirksamkeit des Versetzungsvorbehalts, so richtet sich der Inhalt des Vertrags gem. § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Eine geltungserhaltende Reduktion auf das angemessene Maß findet nicht statt (*BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 30, aaO; vgl. auch 13. April 2010 - 9 AZR 113/09 - Rn. 42, AP BGB § 308 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 11; 11. Februar 2009 - 10 AZR 222/08 - Rn. 33, EzA BGB 2002 § 308 Nr. 9*). Maßgeblich ist in diesem Fall § 106 GewO. Die Vorschrift überlässt dem Arbeitgeber das Weisungsrecht aber nur insoweit, wie der Leistungsinhalt durch den Arbeitsvertrag nicht festgelegt ist. Ergibt die Auslegung des Vertrags, dass ein bestimmter Arbeitsort vereinbart wurde, ist der Arbeitgeber an diesen gebunden, wenn ein zusätzlich vereinbarter Versetzungsvorbehalt der Angemessenheitskontrolle nicht standhält.

22

II. Ob die Beklagte die Klägerin durch Ausübung ihres Weisungsrechts möglicherweise bereits (wirksam) versetzt hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits und für dessen Entscheidung unerheblich. Eine Klage nach § 4 Satz 2 KSchG ist schon dann unbegründet, wenn der Arbeitgeber rechtlich in der Lage ist, die im „Änderungsangebot“ genannten Beschäftigungsbedingungen einseitig durchzusetzen (*zutreffend Oetker Anm. zu BAG 28. Mai 2009 - 2 AZR 844/07 - AP BGB § 626 Nr. 222*). Es kommt nicht darauf an, ob er sein Direktionsrecht tatsächlich bereits (wirksam) ausgeübt hat. Es genügt, dass er es wahrnehmen könnte. Soweit der Entscheidung des Senats

23

vom 28. Mai 2009 (- 2 AZR 844/07 - Rn. 18, BAGE 131, 78) eine abweichende Ansicht entnommen werden könnte, wird daran nicht festgehalten.

Kreft

Eylert

Rachor

Söller

Jan Eulen