



SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND
EUROPÄISCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Herausgegeben von Ulrich Preis

Band 24

Sebastian Schröder

Das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Erster Abschnitt: Einleitung

§ 1 Die gegenwärtige Problematik

Der Ruf der Arbeitgeber nach möglichst effektiven Flexibilisierungsmitteln zur einseitigen Änderung beiderseitiger Leistungspflichten im Arbeitsverhältnis¹ zu ihren Arbeitnehmern scheint unüberhörbar,² um in dem nicht mehr wegzudenkenden Prozess der Globalisierung über die notwendige Anpassungsfähigkeit zu verfügen. Täglich präsente wirtschaftliche Herausforderungen für Unternehmen gerade und auch vor dem Hintergrund einer weltweit um sich greifenden Wirtschaftskrise lassen das Flexibilisierungsbedürfnis vieler Arbeitsverhältnisse stetig wachsen.³ Aber auch ungeachtet der aktuellen angespannten wirtschaftlichen Situation weltweit stellt die Flexibilisierung verstanden als Änderung und Anpassung von Arbeitsbedingungen eine der wichtigsten Fragestellungen des Arbeitsrechts dar, die *Reichold* zum „Ewigkeitsthema“ für jede Juristengeneration erklärt hat.⁴ Hinzu kommt, dass sich Gesellschaft und Arbeitsbeziehungen in ständiger Bewegung befinden, mit der das Arbeitsrecht Schritt halten muss und vor neue Herausforderungen gestellt wird.⁵ Diese Notwendigkeit resultiert zum einen aus einer besonderen rechtlichen Eigenart des Arbeitsverhältnisses, die sich als statisch darstellt.⁶ Zum anderen beklagen Ökonomen gar die „deutsche Krankheit“, die auf eine

-
- 1 Die Stabilität von Arbeitsverhältnissen werde nur erreicht, wenn wirtschaftlicher Druck vom Bestand des Arbeitsverhältnisses weg auf seinen Inhalt gelenkt werde, *Hanau*, Deregulierung des Arbeitsrechts, S. 17.
 - 2 Vgl. *Leuchten/Leuchten*, NZA 1994, 721; so bereits auch *Papier*, RdA 1989, 137 (138); *Reinecke*, NZA 2005, 953: Das Wort „Flexibilität“ sei „in aller Munde“, *Zöllner*, NZA 1997, 121 (122): Die Flexibilisierung als gesteigerte Flexibilität bei der Anpassung von Arbeitsbedingungen an sich verändernde wirtschaftliche und technische Erfordernisse sei ein Grundanliegen moderner Arbeitsrechtspolitik.
 - 3 *Benecke*, NZA 2005, 1092; *Verstege*, RdA 2010, 302 (307).
 - 4 *Reichold*, RdA 2002, 321 (322).
 - 5 *Olaf Scholz*, Rede des Bundesministers für Arbeit und Soziales a. D. anlässlich des 7. Hans-Böckler-Forums zum Arbeits- und Sozialrecht in Berlin am 20.3.2009, http://www.olafscholz.de/deutsch/reden_texte/index.php?news_id=779&year=2009 (Stand: 23.11.2010); *Hanau*, RdA 1999, 159, weist zu Recht daraufhin, dass die reale Arbeitswelt und das normative Arbeitsrecht untrennbar miteinander verbunden sind.
 - 6 *Hromadka*, Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 5.

„Überregulierung“ zurückzuführen sei, deren Ursache u.a. in einem Arbeitsrecht liege, das Unternehmen zu wenig Möglichkeiten biete, um ihre Personalstärke an wirtschaftliche Gegebenheiten anzupassen.⁷

Daneben ist das Arbeitsverhältnis von einer besonders intensiven Beziehung der Vertragsparteien zueinander geprägt. Das folgt insbesondere aus seinem Charakter als Dauerschuldverhältnis.⁸ Denn obwohl sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer zunächst im Rahmen des Arbeitsvertrags im Regelfall für einen längeren Zeitraum⁹ geeinigt haben, kann das Arbeitsverhältnis mitunter sehr gegenläufige Interessen der Vertragsparteien berühren, die sich zwischen dem dringenden Bedürfnis des Arbeitgebers an Veränderung und dem gewichtigen Vertrauen des Arbeitnehmers in die Aufrechterhaltung gegebener Bedingungen bewegen.¹⁰ Zwar dient die berufliche Tätigkeit nicht ausschließlich der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft; für die meisten Arbeitnehmer gewährleistet sie vor allem die Möglichkeit zur Schaffung einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage.¹¹

Allerdings ist das Arbeitsverhältnis nicht nur auf den Austausch von Arbeit gegen Lohn zu reduzieren. Vielmehr hat die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses maßgebend Einfluss darauf, wie der Arbeitnehmer sein Privatleben in finanzieller, zeitlicher und örtlicher Hinsicht gestaltet. Darüber hinaus hat es Auswirkungen auf die Anerkennung und Stellung des Arbeitnehmers in der Gesellschaft sowie auf sein Selbstwertgefühl. Durch die Arbeit als Lebensaufgabe erbringt der Arbeitnehmer seinen Beitrag für eine gesellschaftliche Gesamtleistung.¹² Daraus resultiert ein anerkennenswertes Interesse des Arbeitnehmers an vorhersehbaren Arbeitsbedingungen sowie einem konstanten Kernbereich seines Arbeitsverhältnisses, um Arbeitsleben und Privatleben möglichst harmonisch miteinander vereinbaren zu können. Demgegenüber steht das berechnete Interesse des Arbeitgebers, die Strukturen seines Unternehmens jederzeit an sich rasch wandelnde Veränderungen anzupassen. Dies betrifft nicht nur Anpassungen technisch-wirtschaftlicher Art,

7 Niemann, Sonja/Sauga, Michael/Schlegel, Christoph: „Die deutsche Krankheit“ in: „Der Spiegel“ 6/2002 vom 4.2.2002, S. 82-90.

8 Wank, RdA 1992, 224.

9 Der *Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht*, Gutachten für den 59. DJT 1992, D 122 hebt hervor, dass Arbeitsverhältnisse, die „Jahrzehnte währen“, vor dem Hintergrund sich ständig wandelnder rechtlicher wie tatsächlicher Verhältnisse, immer wieder der Anpassung bedürfen.

10 Vgl. Reichold, RdA 2002, 321 (331).

11 BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (362).

12 BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (362); BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 169 (177); BAG 10.11.1955 AP Nr. zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

sondern auch strukturelle Dispositionen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der vom Arbeitnehmer zu erfüllenden Arbeitspflicht.

Im vermeintlichen Gegensatz dazu scheint der aus dem römischen Recht stammende Grundsatz *pacta sunt servanda* zu stehen, der wie für das gesamte deutsche Schuldrecht auch im Arbeitsrecht Geltung beansprucht.¹³ Daran kann auch die beschriebene einzigartige wechselseitige Beziehung im Arbeitsverhältnis nichts ändern. Trotzdem muss Einigkeit dahingehend bestehen, dass eine „Versteinerung“¹⁴ des Arbeitsverhältnisses nicht den Interessen der Arbeitsvertragsparteien entsprechen kann. Dieser Aspekt erscheint aus der Perspektive des Arbeitgebers gesehen angesichts ökonomischer Gesichtspunkte recht schnell plausibel. Aber auch vom Blickwinkel des Arbeitnehmers aus gesehen, wird man ein überwiegendes Interesse an einem flexiblen Arbeitsverhältnis vor dem Hintergrund des ansonsten drohenden Arbeitsplatzverlustes nicht leugnen können.¹⁵ Folglich bedarf es im Arbeitsrecht mehr als in anderen Rechtsgebieten rechtlicher Instrumentarien, um einem unerwünschten statischen Verhältnis entgegenzuwirken und veränderten Rahmenbedingungen gerecht zu werden.¹⁶ Dabei sind die ambivalenten Interessen der Arbeitsvertragsparteien, das Bedürfnis des Arbeitgebers nach Flexibilität und das Bedürfnis des Arbeitnehmers nach Sicherheit, kennzeichnend für die hier zu behandelnde Problematik. Obwohl diese Bestrebungen eher gegensätzlich erscheinen, unterliegt es stets arbeitsmarktpolitischen Bemühungen, diese beiden Faktoren miteinander in Einklang zu bringen. Angesichts dieser Bestrebungen wird ein Arbeitsrecht gefordert, das sowohl Flexibilität als auch Sicherheit gewährleistet.¹⁷

Genau an der Schnittstelle dieser gegenläufigen Interessen kommen das Direktionsrecht des Arbeitgebers und die Änderungskündigung zur Anwendung. Veränderungen von Arbeitsbedingungen im weiteren Sinne, die mittels beider Instrumentarien herbeigeführt werden können, betreffen die Art der

13 Hromadka, RdA 1992, 234 (235); Schöne, NZA 2002, 829 (830); Gegen die Geltung im Arbeitsrecht Rütters, NJW 1998, 1433 (1436).

14 Kort, in: FS Birk, S. 459; ErfK/Preis, § 611 Rdn. 376; Hromadka, RdA 1992, 234 (235), hebt hervor, dass Arbeitsverhältnisse, die möglicherweise „30 oder 40 Jahre“ überdauern sollen, der Anpassung als notwendige Bedingung bedürfen.

15 Ähnlich Berkowsky, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, S. 16.

16 M.-L. Stamm, Das Weisungsrecht, S. 3, bewertet das Arbeitsverhältnis ohne einseitige Leistungsbestimmung zur Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen als „unpraktisch, nicht effektiv und unrationell“.

17 Hanau, Gutachten für den 63. DJT 2000, C13, Der Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 erhebe „Flexicurity“ gewissermaßen zu Verfassungsrang. (Anm.: Bei dem Begriff „Flexicurity“ handelt es sich um eine englische Wortschöpfung, die die Begriffe „flexibility“ (Flexibilität) und „security“ (Sicherheit) in einem Wort kombiniert.)

Arbeit, den Arbeitsort und die Arbeitszeit.¹⁸ Die Grenze sowie das Verhältnis beider Instrumentarien zueinander sind immer wieder von Relevanz bei der Entscheidungsfindung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) sowie der Instanzgerichte gewesen.¹⁹ Aber auch die arbeitsrechtliche Literatur hat wiederholt versucht zu klären, wie sich das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung darstellt.²⁰ Anlass für etwaige Klärungsversuche ist sicherlich, dass sich die Rechtslage insofern problematisch darstellt, als die Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen bei dem Arbeitsverhältnis als Dauer-schuldverhältnis Teil des betrieblichen Alltags ist.²¹

Bereits in der rechtsberatenden arbeitsvertragsgestaltenden Praxis gibt es folglich ein Bedürfnis, bestehende Unsicherheiten, die auf die Rechtsprechung des BAG zurückzuführen sind, aus dem Weg zu räumen und handhabbare Lösungsansätze zu entwickeln.²² Verwunderung ruft in diesem Zusammenhang hervor, dass stellenweise in der arbeitsrechtlichen Literatur mit Überzeugung angeführt wird, die Abgrenzung zwischen Direktionsrecht und Änderungskündigung bereite „in der Theorie“ keine Probleme.²³ Genau das Gegenteil ist jedoch der Fall: Denn auch aus dogmatischer Sicht liegt die Vermutung nahe, dass bezüglich des Verhältnisses von Direktionsrecht und Änderungskündigung ein Großteil der Fragen zwar diskutiert, aber bislang ungeklärt geblieben ist.²⁴

Bereits bei der Frage, wie weit das Direktionsrecht des Arbeitgebers überhaupt reicht, ist es insbesondere aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des

-
- 18 Darüber hinaus kommen als Änderungsinstrumente der Änderungs- oder Widerrufsvorbehalt sowie die Änderung eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung in Betracht, vgl. *Berkowsky*, NZA 1999, 293.
 - 19 Beispielhaft BAG 6.9.2007, BB 2007, 896; BAG 26.1.1995 AP Nr. 36 zu § 2 KSchG 1969; BAG 28.4.1982 AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969; LAG Berlin 29.11.1999, NZA-RR 2000, 131.
 - 20 *Benecke*, NZA 2005, 1092; *Berkowsky*, NZA 1999, 293; *Friedhofen/Weber*, NZA 1986, 145; *Hromadka*, NZA 2008, 1338; *Hunold*, NZA 2008, 860; *Weber/Ehrich*, BB 1996, 2246.
 - 21 So der *Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht*, Gutachten für den 59. DJT 1992, D 122.
 - 22 *Hunold*, NZA 2008, 860 (861); kritisch auch *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969 zur Kontrolle des BAG von Versetzungsklauseln, die der Praxis „gewisse Rätsel“ aufgegeben habe; *Verstege*, RdA 2010, 302 (306).
 - 23 So *Schaub*, in: *Hromadka*, Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 78; *Hromadka*, NZA 2008, 1338; ähnlich *Benecke*, NZA 2005, 1092, die in der umstrittenen Thematik der überflüssigen Änderungskündigung lediglich ein „Scheinproblem“ sieht.
 - 24 Nach *Spirolke/Regh*, Die Änderungskündigung, S. 41, stellt sich die Abgrenzung zwischen Direktionsrecht und Änderungskündigung als die „wohl schwierigste und zugleich wichtigste“ dar; ähnlich *Barth*, Die Änderungskündigung, S. 40.

BAG zu erheblichen Unsicherheiten der arbeitsrechtlichen Praxis und Wissenschaft gekommen.²⁵ Es wird zwar – mit häufig recht pauschaler Argumentation – repetiert, dass eine Änderung von Arbeitsbedingungen entweder vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt ist oder mittels Änderungskündigung herbeigeführt werden muss, sofern das Direktionsrecht nicht ausreicht.²⁶ Dem Anschein nach besteht also eine klare Trennlinie zwischen beiden Instrumenten, sodass sich eine zusammenhängende Betrachtung eigentlich erübrigen würde. Dieser Schein wird aber getrübt, vergegenwärtigt man sich, dass kaum eine dezidierte Auseinandersetzung mit dem Mittel der Änderungskündigung auf einen (zumindest knappen) Verweis auf das Direktionsrecht verzichten kann.²⁷ Diese Tatsache war Veranlassung dafür, nicht die Abgrenzung voneinander, sondern das Verhältnis²⁸ zueinander zum Titel und wesentlichen Kern der Untersuchung werden zu lassen. Inhalt und Umfang des Direktionsrechts entscheiden darüber, welches Mittel richtigerweise zur Änderung oder Konkretisierung von Arbeitsbedingungen in Betracht kommt.²⁹ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass Klarheit über die Reichweite des Direktionsrechts herrscht, was zum jetzigen Zeitpunkt gerade nicht der Fall ist.³⁰

Eine von vielen Ursachen hierfür ist möglicherweise die Tatsache, dass dem Arbeitgeber tendenziell im Bereich der vertraglichen Anpassungsinstrumentarien immer weitere Spielräume zugestanden werden.³¹ Diese Er-

25 Vgl. nur *Benecke*, Anm. zu BAG 11.4.2006 AP Nr. 17 zu § 307 BGB; *Hunold*, AuA 2007, 32; *ders.*, NZA 2007, 19; *ders.*, NZA 2008, 860; *Junker*, BB 2007, 1274; *Kort*, in: FS Birk, S. 459; *Preis/Genenger*, NZA 2008, 969.

26 SPV/*Preis*, § 2 Rdn. 20; *ders.*, Individualarbeitsrecht, S. 327, 878; vgl. auch *Hunold*, NZA 2008, 860 (861), der die Frage so pauschal allerdings nur unter der Bedingung eines „arbeitsrechtlichen“ Freiraums beantwortet.

27 Beispielhaft *Barth*, Die Änderungskündigung, S. 40 f.; HWK/*Molkenbur*, § 2 KSchG Rdn. 25 ff.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 2 Rdn. 29 ff.; KDZ/*Zwanziger*, § 2 KSchG Rdn. 36 ff.; *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, S. 39; *Hromadka*, RdA 1992, 234 (235); *Löwisch*, NZA 1988, 633 (642); *Wallner*, Die Änderungskündigung, Rdn. 18 ff.

28 Einzig *Friedhofen/Weber*, NZA 1986, 145, stellen insofern auf den Begriff „Verhältnis“ ab.

29 *Friedhofen/Weber*, NZA 1986, 145.

30 Insbesondere individualvertragliche Vereinbarungen können dem Direktionsrecht des Arbeitgebers Grenzen setzen, die unter Umständen schwer zu bestimmen sind, HWK/*Molkenbur*, § 2 KSchG Rdn. 26; vgl. auch *Hunold*, NZA 2008, 860 (861).

31 *Isenhardt*, in: FS Hanau, S. 221 (245). Während die frühere Rechtsprechung arbeitsvertragliche Vereinbarungen zur einseitigen Reduzierung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber als unzulässig erachtete (BAG 12.12.1984, NZA 1985, 321), sind diese seit der Entscheidung des BAG zu „Arbeit-auf-Abruf-Klauseln“ (BAG 7.12.2005, NZA 2005, 423)