

Rechtsprechung

Den Entscheidungen des BAG sind – soweit vorhanden – zum schnelleren Überblick die nichtamtlichen Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG vorangestellt. Sie sind jeweils mit dem dazugehörigen Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung durch graue Schattierung gekennzeichnet. Bei Entscheidungen ohne amtliche Leitsätze nehmen diesen Platz stellvertretend die Orientierungssätze ein.

Arbeitsvertragsrecht

Änderungskündigung zur Entgeltsenkung – Abweichung von der „Equal-Pay“-Regelung

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Die Dringlichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in das Leistungs-/Lohngefüge, wie es die Änderungskündigung zur Durchsetzung einer erheblichen Lohnsenkung darstellt, ist nur dann begründet, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen.
2. Der Arbeitgeber bleibt grundsätzlich an den einmal geschlossenen Arbeitsvertrag gebunden, auch wenn er später Arbeitnehmer zu für ihn günstigeren Bedingungen einstellen kann. Dies gilt auch, wenn eine neue gesetzliche Regelung die Möglichkeit vorsieht, durch Parteivereinbarung einen geringeren tariflichen Lohn festzulegen, als er dem Arbeitnehmer bisher gesetzlich oder vertraglich zustand.
3. Nach §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 und 10 IV AÜG n. F. ist der Verleiher nunmehr verpflichtet, Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Hiervon kann durch vertragliche Bezugnahme auf einem beim Verleiher anwendbaren Tarifvertrag abgewichen werden.
4. Diese gesetzliche Neuregelung allein rechtfertigt es noch nicht, im Fall des Verbandsbeitritts des Verleihers nunmehr durch Änderungskündigung das zuvor mit dem Leiharbeiter vereinbarte oder ihm gesetzlich zustehende Entgelt auf das tarifliche Entgelt nach dem für den Arbeitgeber geltenden Tarifvertrag für Zeitarbeitsunternehmen abzusenken.
5. Auch das Interesse des Verleiherunternehmers, in seinem Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen zu schaffen, reicht allein noch nicht zur sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung zur Entgeltsenkung aus.

KSchG §§ 2, 1 II 1; AÜG §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 IV, V

Eine Änderungskündigung zur Entgeltsenkung ist nicht allein deshalb sozial gerechtfertigt, weil eine neue gesetzliche Regelung die Möglichkeit vorsieht, durch Parteivereinbarung einen geringeren (tariflichen) Lohn festzulegen, als er dem Arbeitnehmer bisher gesetzlich oder vertraglich zustand.

BAG, Urt. v. 12. 1. 2006 – 2 AZR 126/05 (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urt. v. 22. 2. 2005 – 8 Sa 1756/04)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Änderungskündigung. Die 1957 geborene, geschiedene Kl. war zunächst ab 17. 4. 2001 bei der G-gmbH für die Zeit bis zum 31. 12. 2001 als Dozentin tätig. Für das Arbeitsverhältnis galten laut Arbeitsvertrag vom 12. 4. 2001 die Bestimmungen des Bundes-Angestelltentarifvertrags in der für die Angestellten im Bereich der Evangelischen Kirche im Rheinland jeweils geltenden Fassung (BAT-KF). Laut

Arbeitsvertrag vom 27. 8. 2002 wurde die Kl. ab 1. 9. 2002 bei der Bekl. als Dozentin und Sozialbetreuerin eingestellt, und zwar zunächst befristet bis zum 31. 8. 2003. Hiernach sollte die Kl. ein monatliches Bruttoentgelt von 2660 Euro erhalten. Mit Folgevertrag vom 29. 7. 2003 wurde dieses Arbeitsverhältnis verlängert bis zum 31. 8. 2004. Das Arbeitsverhältnis sollte nach Nr. 1 dieses Arbeitsvertrags enden, ohne dass es einer Kündigung bedurfte. Für die Kündigung ansonsten sollten die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten. Die Gehaltsvereinbarung blieb mit 2660 Euro brutto unverändert. Die Bekl. betreibt mit der entsprechenden Erlaubnis gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Sie hat die Kl. an ihre ursprüngliche Arbeitgeberin, die G-gmbH, ausgeliehen. Die Kl. übt dieselbe Tätigkeit wie früher aus, jedoch zu dem geringeren Lohn von 2660 Euro brutto. Früher hatte sie bei der G-gmbH 2861,16 Euro brutto monatlich verdient. Seit 1. 1. 2004 ist auf das Arbeitsverhältnis § 9 Nr. 2 AÜG in der Fassung vom 23. 12. 2002 anzuwenden (BGBl I, 4607). Danach kann ein Tarifvertrag für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen. Die Bekl. ist Mitglied im Interessenverband deutscher Zeitarbeitsunternehmen (IGZ e. V.) geworden. Deshalb hat sie der Kl. wie allen anderen Arbeitnehmern eine Änderungsvereinbarung zum Arbeitsvertrag vorgeschlagen. Danach sollten die verschiedenen Tarifverträge des IGZ ab 1. 1. 2004 Anwendung finden. Daraus hätte sich für die Kl. eine monatliche Vergütung von 2297,39 Euro brutto ergeben. Als Besitzstandswahrung sollte ein Ausgleichsbetrag in Höhe der Differenz zu der bisherigen Vergütung gezahlt werden, mit der auch künftige Tarifloohnerhöhungen abgegolten sein würden, solange der Tariflohn den außertariflichen Lohn einschließlich der Ausgleichszahlung nicht überschreitet. Die Unterzeichnung einer solchen Änderungsvereinbarung lehnte die Kl. ebenso wie vier weitere Mitarbeiter ab. Daraufhin sprach die Bekl. mit Schreiben vom 21. 1. 2004 gegenüber der Kl. eine Änderungskündigung mit demselben Inhalt zum 28. 2. 2004 aus. Die Kl. hat das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen, mit der am 23. 1. 2004 beim ArbG eingegangenen Klage jedoch geltend gemacht, die Änderungskündigung sei sozialwidrig. Die Kl. hat die Auffassung vertreten, auf Grund der bei der G geltenden Arbeitsbedingungen habe die Bekl. ihr anstatt der vereinbarten 2660 Euro nach dem BAT-KF eine um 412,59 Euro brutto (+ 1% ab 1. 5. 2004) höhere Vergütung geschuldet. Ein dringendes betriebliches Erfordernis, diesen ihren gesetzlichen Entgeltanspruch abzusenken, sei nicht erkennbar. Der Wortlaut des Gesetzes bringe gerade nicht zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber mit Hilfe einer Änderungskündigung den Arbeitnehmer zu einer Unterwerfung unter einen Tarifvertrag wie den des IGZ zwingen könne. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer könnten hiernach die Inbezugnahme des Tarifvertrags vereinbaren, was eine Einigung voraussetze. Da sich seit der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auch nichts geändert habe, fehle es an einem Kündigungsgrund. Die Änderungskündigung sei angesichts des befristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses auch völlig unangemessen. Im Übrigen müsse die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten werden. Die Kl. hat beantragt festzustellen, dass die Änderung ihrer Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Bekl. vom 21. 1. 2004 unwirksam sei. Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe in §§ 3 I Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG n. F. die gesetzlichen Grundlagen für die Änderung der Arbeitsbedingungen der Kl. geschaffen. Die Änderungskündigung sei gesetzeskonform. Sie sei auch von der Kl. billigerweise hinzunehmen. Denn sie – die Bekl. – habe der Kl. im Wege der Besitzstandswahrung den Erhalt der bisherigen Arbeitsbedingungen zugesagt.

Inzwischen haben sich die Parteien mit Vergleich vom 14. 7. 2004 darauf geeinigt, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung zum 31. 8. 2004 geendet hat. Mit Erfüllung des Anspruchs auf Zahlung einer Abfindung in Höhe von 2800 Euro brutto sollen alle wechselseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis bis einschließlich Februar 2004 ausgeglichen sein, so dass nur noch die wechselseitigen Ansprüche für die Zeit von März bis August 2004 streitig sind. Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat ihr stattgegeben. Die Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [12] Das LAG hat zutreffend festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen der Kl. im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Bekl. vom 21. 1. 2004 unwirksam ist.

[13] I. Das LAG hat angenommen, es könne dahingestellt bleiben, ob der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden sei. Die Änderungskündigung der Bekl. sei jedenfalls sozialwidrig. Zwar hätten die Parteien mit dem Hinweis auf die gesetzlichen Kündigungsfristen auch die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung vor Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses vereinbart. Die Bekl. habe jedoch keine dringenden Erfordernisse für die Änderung der Arbeitsbedingungen der Kl. darzulegen vermocht. Die Kl. sei nicht tarifgebunden und die Anwendung des von der Bekl. herangezogenen Tarifvertrags sei auch nicht vereinbart. Allein die Absicht der Bekl., die Arbeitsbedingungen an die zum 1. 1. 2004 in Kraft getretene Gesetzesänderung anzupassen, könne die Änderungskündigung nicht rechtfertigen. Warum die Durchsetzung der tarifvertraglichen Bestimmungen notwendig sei, habe die Bekl. weder gegenüber dem Betriebsrat noch im vorliegenden Rechtsstreit im Einzelnen begründet. Es stelle sich die Frage, welche betrieblichen, insbesondere finanziellen Auswirkungen es gehabt hätte, wenn die Bekl. verpflichtet gewesen wäre, die Kl. ebenso wie die im Betrieb der G beschäftigten Arbeitnehmer zu entlohnen. Diese Frage stelle sich erst recht, weil der Kl. nur noch bis 31. 8. 2004 in dieser Form hätte Vergütung gezahlt werden müssen. Selbst unter Berücksichtigung der vorgeschlagenen Besitzstandsregelung sehe das Änderungsangebot eine erhebliche Entgeltkürzung vor. Das bloße Ziel der Senkung der Lohnkosten könne eine solche Änderungskündigung nicht ohne weiteres rechtfertigen. Auch das weitere Ziel der Bekl., einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen, reiche zur Begründung der Änderungskündigung nicht aus. Auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage könne die Bekl. sich nicht berufen.

[14] II. Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch in wesentlichen Teilen der Begründung. Die der Kl. im Zusammenhang mit der Änderungskündigung angetragene und auf betriebliche Gründe gestützte Änderung der Arbeitsbedingungen ist sozial ungerechtfertigt (§§ 2, 1 II KSchG).

[15] 1. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist wirksam, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich aner kennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. 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., zuletzt BAG [23. 6. 2005], NZA 2006, 92 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81; BAG [22. 4. 2004], BAGE 110, 188 = NZA 2004, 1158). Dieser Maßstab gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt oder unter Vorbehalt angenommen hat (st. Rspr., BAG [19. 5. 1993], BAGE 73, 151 = NZA 1993, 1075).

[16] a) Die die ordentliche Änderungskündigung sozial rechtfertigenden dringenden betrieblichen Erfordernisse i. S. von §§ 1 II 1, 2 KSchG setzen voraus, dass das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb zu den bisherigen Bedingungen entfallen ist (BAGE 110, 188 = NZA 2004, 1158; BAG [27. 9. 2001], NZA 2002, 696 Os. = NJOZ 2002, 1487 = 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.

[17] b) Besteht die vom Arbeitgeber angebotene Vertragsänderung allein in einer Absenkung der bisherigen Ver-

gütung, so gelten nach der Rechtsprechung des Senats folgende Grundsätze:

[18] aa) Die Unrentabilität des Betriebs kann einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen und ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen darstellen, wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind (vgl. zuletzt Senat, NZA 2006, 92 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81; ebenso: KR-Rost, 7. Aufl., § 2 KSchG Rdnr. 107 a; HaKo-Gallner, KSchG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 44; APS/Künzl, 2. Aufl., § 2 KSchG Rdnrn. 257 ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 13. Aufl., § 2 Rdnrn. 72 ff.; Spirolke/Regh, Die Änderungskündigung, § 5 S. 142 ff.; ähnlich Dänzer-Vanotti, DB 1986, 1390). Eine betriebsbedingte Änderungskündigung, die eine aus wirtschaftlichen Gründen sonst erforderlich werdende Beendigungskündigung vermeidet, ist danach grundsätzlich zulässig. Sie ist oft das einzige dem Arbeitgeber zur Verfügung stehende Mittel. Das bedeutet allerdings nicht, dass die dringenden betrieblichen Erfordernisse schon im Zeitpunkt der Kündigung einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb dergestalt entgegenstehen müssen, dass ohne den Ausspruch einer Änderungskündigung der Ruin unmittelbar bevorsteht. Prüfungsmaßstab ist, ob die betrieblichen Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen (Senat [1. 7. 1999], NZA 1999, 1336 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 53 = EzA KSchG § 2 Nr. 35).

[19] bb) Stets müssen die betrieblichen Erfordernisse dringend sein. Bei der betriebsbedingten Änderungskündigung zur Entgeltsenkung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber nachhaltig in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreift, wenn er die vereinbarte Vergütung reduziert (Senat, NZA 2006, 92 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81; BAG [26. 1. 1995], BAGE 79, 159 = NZA 1995, 626, und BAG, NZA 1999, 1336 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 53 = EzA KSchG § 2 Nr. 35). Grundsätzlich sind einmal geschlossene Verträge einzuhalten. Es ist allgemein anerkannt, dass Geldmangel den Schuldner nicht entlastet. Die Dringlichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in das Leistungs-/Lohngefüge, wie es die Änderungskündigung zur Durchsetzung einer erheblichen Lohnsenkung darstellt, ist deshalb nur dann begründet, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen. Regelmäßig setzt deshalb eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft (BAG [20. 8. 1998], NZA 1999, 255 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 50 = EzA KSchG § 2 Nr. 31 und BAG, NZA 1999, 1336 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 53 = EzA KSchG § 2 Nr. 35). Vom Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang zu verlangen, dass er die Finanzlage des Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen (KR-Rost, § 2 KSchG Rdnr. 107 c).

[20] 2. Mit zutreffender Begründung geht das LAG davon aus, dass die Bekl. betriebliche Gründe, die nach diesen Grundsätzen eine Änderungskündigung rechtfertigen könnten, auch nicht ansatzweise vorgetragen hat. Wie es sich auf

die Rentabilität des Gesamtbetriebs oder auch nur die Möglichkeiten der Gewinnerzielung durch die Ausleihe der Kl. an die G auswirkt, wenn die Bekl. zur Bezahlung der gesetzlichen Vergütung an die Kl. verpflichtet bleibt, hat die Bekl. nicht vorgetragen. Es fehlen jegliche Ausführungen zur Geschäftslage der Bekl. und zu etwaigen dringenden betrieblichen Erfordernissen, die Personalkosten zu senken.

[21] 3. Die Bekl. beruft sich lediglich darauf, nach der Änderung der Gesetzeslage und ihrem Beitritt zum Interessenverband deutscher Zeitarbeitsunternehmen sei es nunmehr zulässig, mit der Kl. einen Arbeitsvertrag zu schlechteren Arbeitsbedingungen abzuschließen. Dies reicht, wie das LAG zutreffend annimmt, zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Änderungskündigung nicht aus. Hat der Arbeitgeber beispielsweise in Zeiten eines Arbeitskräftemangels einen Arbeitnehmer zu einem verhältnismäßig hohen Gehalt eingestellt, so stellt allein die Änderung der Beschäftigungslage kein dringendes betriebliches Erfordernis dar, das eine Änderungskündigung rechtfertigen kann. Der Arbeitgeber bleibt grundsätzlich an den einmal geschlossenen Arbeitsvertrag gebunden, auch wenn er einige Jahre später Arbeitnehmer zu für ihn günstigeren Bedingungen einstellen könnte. Vergleichbare Grundsätze gelten bei einem Tarifwechsel des Arbeitgebers. Hat der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer ursprünglich nach dem BAT bezahlt und ist er seit geraumer Zeit dazu übergegangen, einen Tarifvertrag anzuwenden, der für die Arbeitnehmer ein geringeres Gehalt vorsieht, so rechtfertigt dies es allein noch nicht, den unter Vereinbarung des BAT ein gestellten Arbeitnehmern nunmehr durch Änderungskündigung die schlechteren Arbeitsbedingungen anzubieten, mit denen sich die neu eingestellten Arbeitnehmer einverstanden erklärt haben (vgl. BAG [25. 10. 2001], NZA 2002, 1000 Os. = NJOZ 2003, 1217 = EzA BGB § 626 Änderungskündigung Nr. 2).

[22] 4. Nichts anderes gilt für die Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002 (BGBl I, 4607, 4617). In der Neufassung von §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 und 10 IV AÜG verpflichtet der Gesetzgeber nunmehr die Verleihunternehmer, Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Hiervon kann durch vertragliche Bezugnahme auf einen beim Verleiher anwendbaren Tarifvertrag abgewichen werden. Die Möglichkeit, durch Bezugnahme auf einen einschlägigen Tarifvertrag von der „Equal-Pay“-Regelung abzuweichen, ist neu. Die Übernahme der im Entleihbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen galt hingegen schon seit 1. 1. 2002 bei Überlassungen zwischen 12 und 24 Monaten (§ 10 VAÜG a. F.).

[23] Die gesetzliche Neuregelung dient der Verbesserung der Stellung der Leiharbeitnehmer und damit dem Schutz ihrer Berufsfreiheit. Durch die Regelung der Arbeitsbedingungen soll für die Leiharbeitnehmer ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet werden. Gesetzgeberisches Anliegen war es, die gesellschaftliche Akzeptanz und die Qualität von Leiharbeit zu steigern und dadurch die Stellung des Leiharbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt zu stärken (*BVerfG* [29. 12. 2004], NZA 2005, 153 = EzAÜG § 3 AÜG Nr. 1). Es kann danach keine Rede davon sein, allein die gesetzliche Neuregelung könne ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Situation des Verleihbetriebs als dringendes betriebliches Erfordernis zur Entgeltkürzung der betroffenen Leiharbeitnehmer angesehen werden. Geht man mit dem *BVerfG* davon

aus, dass die gesetzliche Neuregelung, soweit sie eine Unterschreitung der „Equal-Pay“-Regelung durch vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag zulässt, insbesondere nicht gegen Grundrechte des Leiharbeitnehmers verstößt (*BVerfG*, NZA 2005, 153 = EzAÜG § 3 AÜG Nr. 1; dagegen *Bayreuther*, NZA 2005, 341 m. w. Nachw.), so rechtfertigt diese Regelung noch nicht im Fall des Verbandsbeitritts des Verleihers die Änderung des zuvor mit dem Leiharbeitnehmer vereinbarten Entgelts durch Änderungskündigung (*Thüsing/Pelzner*, AÜG § 3 Rdnr. 54; *Hamann*, BB 2005, 2185 [2187]). Der durch die gesetzliche Neuregelung beabsichtigte Ausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zielt allein auf die Möglichkeit, durch Vereinbarung, also eine Bezugnahme auf die seit 2003 zunehmend vereinbarten Tarifverträge für Zeitarbeitsunternehmen, ein entsprechendes Entgelt festzulegen. Wenn der Verleiher ohne einverständliche Regelung eine Anpassung des zuvor frei vereinbarten bzw. des gesetzlich festgelegten Entgelts an den neuen Tarifvertrag beabsichtigt, kann er dies nur unter den von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für eine Änderungskündigung zur Entgeltkürzung.

[24] Dem steht auch nicht entgegen, dass die Bekl. der Kl. das vertraglich vereinbarte Gehalt von 2660 Euro gezahlt hat und auch nach dem mit der Änderungskündigung verbundenen Änderungsangebot weiterzahlen möchte. Unabhängig von der Frage, ob die Bekl. nicht ohnehin schon nach der bisherigen Rechtslage zur Zahlung des höheren Tariflohns nach dem BAT-KF an die Kl. verpflichtet war, stand jedenfalls nach § 9 Nr. 2 AÜG n. F. im Zeitpunkt der Kündigung zweifelsfrei fest, dass sich der gesetzliche Vergütungsanspruch der Kl. nach den Arbeitsbedingungen bei der G und damit nach dem BAT-KF richtete und deshalb nach Berechnung der Kl. bei Ausspruch der Kündigung um 412,59 Euro brutto über dem ursprünglich vereinbarten Gehalt von 2660 Euro lag. Diesen gesetzlichen Vergütungsanspruch der Kl. konnte die Bekl. nach §§ 2, 1 II KSchG nur dann auf eine Vergütung von insgesamt 2660 Euro (Tarifgehalt IGZ + Besitzstandszulage) reduzieren, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen der Kl. sozial gerechtfertigt war. Hierzu hat die Bekl. keine hinreichenden Kündigungsgründe vorgetragen.

[25] 5. Die von der Revision geltend gemachten Interessen an einer Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen in ihrem Betrieb reichen jedenfalls nicht aus, ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderungskündigung darzulegen.

[26] a) Das durch die „Equal-Pay“-Regelung gesetzlich festgelegte Gehalt der Kl. bezeichnet die Bekl. lediglich als teuer, ohne auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der gesetzlichen Regelung in ihrem Betrieb und das Leistungsgefüge des Arbeitsverhältnisses mit der Kl. näher einzugehen.

[27] Soweit die Bekl. auf die allgemeinen Schwierigkeiten hinweist, den Lohn vergleichbarer Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers zu ermitteln (hierzu *Hünmerich/Holthausen/Welslau*, NZA 2003, 7 [9]; *Rieble/Kleebeck*, NZA 2003, 23), ist dies unbehilflich. Die bei der G geltenden Arbeitsbedingungen (BAT-KF) waren der Bekl. bekannt, da die Kl. zuvor unmittelbar bei der G beschäftigt war. Etwaige Änderungen waren unschwer zu ermitteln bzw. aus allgemein zugänglichen Gehaltstabellen abzulesen. Schwierigkeiten, die ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderungskündigung hätten rechtfertigen können, konnten hierbei nicht auftauchen.

[28] c) Auch das Interesse der Bekl. an der Schaffung einheitlicher Vertragsbedingungen in ihrem Betrieb vermag die

Änderungskündigung nicht sozial zu rechtfertigen. Dem Arbeitgeber, der mit einzelnen Arbeitnehmern einzelvertraglich eine höhere Vergütung vereinbart hat, als sie dem betrieblichen Niveau entspricht, ist es verwehrt, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz diese Vergütung dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen, mit denen er eine solche höhere Lohnvereinbarung nicht getroffen bzw. mit denen er sie nachträglich einvernehmlich herabgesetzt hat (BAG, NZA 1999, 1336 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 53 = EzA KSchG § 2 Nr. 35). Zutreffend weist das LAG in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Einschränkung von Rechten von Arbeitnehmern führt (BAG [20. 1. 2000], NZA 2000, 592 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 40 = EzA KSchG § 15 n.F. Nr. 49).

[29] d) Auch der Hinweis der Bekl. auf eine Störung der Geschäftsgrundlage kann, wie das LAG ebenfalls zutreffend darlegt, schon deshalb nicht zu einem anderen Ergebnis führen, weil das Kündigungsrecht gegenüber einer Anpassung nach § 313 f. BGB lex specialis ist. Abgesehen davon ist, worauf das LAG zutreffend hinweist, nichts dafür vorgetragen, dass der Bekl. nach Treu und Glauben eine Einhaltung des mit der Kl. geschlossenen Vertrags unzumutbar geworden wäre.

Anm. d. Schriftltg.: Vgl. zur Änderungskündigung *Benecke*, NZA 2005, 1092 sowie *Annuß*, NZA 2005, 443. Zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung von Leiharbeitnehmern nach der Änderung des AÜG s. *Brose*, NZA 2005, 797.

Betriebsbezogene oder betriebsübergreifende Sozialauswahl bei Versetzungsklausel

KSchG § 1 III

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Die soziale Auswahl ist bei einer betriebsbedingten Kündigung auf den Betrieb beschränkt, in dem der zu kündigende Arbeitnehmer beschäftigt ist.
2. Nach ihrer Tätigkeit vergleichbare Arbeitnehmer in anderen Betrieben des Unternehmens sind auch dann nicht in die soziale Auswahl mit einzubeziehen, wenn der Arbeitgeber gemäß dem Arbeitsvertrag zu einer Versetzung des Arbeitnehmers in andere Betriebe des Unternehmens berechtigt sein sollte.
3. Ob sich der Arbeitgeber/Insolvenzverwalter ausnahmsweise auf eine etwaige Unwirksamkeit einer unternehmensweiten Versetzungsklausel in einem Formulararbeitsvertrag nach §§ 305 ff. BGB mit Erfolg berufen kann, bleibt offen.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung: Zu 1: BAG (26. 2. 1987), NZA 1987, 775 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 15 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 24; Zu 2: Im Anschluss an BAG (2. 6. 2005), NZA 2005, 1175 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 61.

BAG, Urt. v. 15. 12. 2005 – 6 AZR 199/05 (Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16. 3. 2005 – 9 Sa 994/04)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der von der Bekl. als Insolvenzverwalterin über das Vermögen der H-KGaA, M., dem Kl. gegenüber mit Schreiben vom 19. 7. 2004 zum 31. 10. 2004 ausgesprochenen ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Der Kl. war seit dem 1. 10. 1973 bei der H-KGaA, die an verschiedenen Standorten in Deutschland Kaufhäuser betreibt, zunächst als Sportabteilungsleiter und seit dem 1. 1. 1981 als Warenmanager beschäftigt. Als Warenmanager betreute er zwischen sechs und 13 Ver-

kaufsniederlassungen. In dem „Anstellungsvertrag“ vom 19. 12. 1980/28. 1. 1981 heißt es u. a.:

„Versetzbarkeit

15 a. Sie sind damit einverstanden, sich durch Beschluss der Unternehmensleitung an einen anderen Dienstort versetzen zu lassen, wobei zwingende familiäre Gründe angemessen berücksichtigt werden“.

Ab dem 1. 7. 1997 übertrug die H-KGaA dem Kl. die Verantwortung für die acht Sportabteilungen einer anderen Häusergruppe der Firma. Im Zuge von Restrukturierungsmaßnahmen wurde der Kl. ab dem 1. 1. 2004 als stationärer Storemanager/Geschäftsleiter für die Betriebsstätte in L./Pfalz, in der in der Regel 14 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt wurden, eingesetzt. Ab diesem Zeitpunkt hatte der Kl. keine übergreifende Verantwortung mehr. Nach der „Stellenbeschreibung“ vom 31. 10. 2001 sollte er als Geschäftsleiter entsprechend vorgegebener Richtlinien Einstellungen, den Abschluss von Arbeitsverträgen und Vertragsänderungen selbst vornehmen und auch für die Aufhebung von Arbeitsverträgen sowie für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen zuständig sein.

Mit Beschluss des AG München vom 1. 7. 2004 (1501 IN 5 1201/04) wurden über das Vermögen der H-KGaA das Insolvenzverfahren eröffnet und die Bekl. zur Insolvenzverwalterin bestellt. Noch am selben Tage zeigte die Bekl. gegenüber dem Insolvenzgericht an, es bestehe Masseunzulänglichkeit i. S. von § 208 I InsO. Nach Verhandlungen mit dem bei der Schuldnerin bestehenden Gesamtbetriebsrat schloss die Bekl. den (Teil-)Interessenausgleich vom 1. 7. 2004, nach dem von den ursprünglich betriebenen 25 Filialen bereits 13 zum 30. 6. 2004 geschlossen worden waren, sechs weitere – darunter auch die Filiale in L. zum 31. 7. 2004 stillgelegt werden sollten und hinsichtlich der restlichen Filialen die Bekl. sich zunächst noch um deren Verkauf bemühen sollte; im Falle der Erfolglosigkeit dieser Bemühungen sollten auch diese geschlossen werden, und zwar einige zum 31. 7. 2004 und die restlichen zum 31. 8. 2004. Die Bekl. teilte dem für die Filiale in L. zuständigen örtlichen Betriebsrat mit Schreiben vom 2. 7. 2004 unter anderem mit, in Folge der in Aussicht genommenen Betriebsschließung werde auch das Arbeitsverhältnis mit dem Kl., der leitender Angestellter im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sei, gekündigt. Mit Schreiben vom 19. 7. 2004 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis mit dem Kl. zum 31. 10. 2004.

Mit der beim ArbG am 5. 8. 2004 eingegangenen Klage hat sich der Kl. gegen diese Kündigung gewandt. Er hält sie für unwirksam. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, da die Bekl. den Kl. nicht im Rahmen einer Sozialauswahl mit den Geschäftsführern der Filialen verglichen habe, die nicht mit Ablauf des 31. 7. 2004 geschlossen worden seien. Die zwischen den Parteien vereinbarte Versetzungsklausel mache es erforderlich, die Sozialauswahl betriebsübergreifend durchzuführen. Wenn auf der einen Seite das Direktionsrecht des Arbeitgebers so weit gefasst sei, dass eine betriebsübergreifende Tätigkeit gefordert werden könnte, müsse auch die Sozialauswahl entsprechend betriebsübergreifend erfolgen.

Die Bekl. ist der Ansicht, eine Sozialauswahl sei nicht durchzuführen gewesen, da diese nur betriebsbezogen zu erfolgen habe. Die Filiale in L. sei eine organisatorische Einheit und somit ein Betrieb im Rechtsinne gewesen. Die Unternehmensleitung habe in der Vergangenheit die kurz- und mittelfristige Geschäftsentwicklung – Umsatz, Kosten und Ertrag – getrennt für jede einzelne betriebliche Niederlassung geplant. Für jede Niederlassung sei das wirtschaftliche Ergebnis in einem eigenständigen Betriebsergebnis dargestellt und dokumentiert worden, es habe ein eigenes Berichtswesen mit betriebswirtschaftlichen Kennzeichen existiert. Die Sortimentsstrukturen seien nach den betrieblichen Gegebenheiten geplant worden, ebenso Marketing und Verkaufsförderungsmaßnahmen. Die Personalverantwortung in der Niederlassung habe der Geschäftsleiter getragen; er habe selbständig Arbeitnehmer eingestellt und entlassen. Zudem habe es in jeder Filiale einen eigenen Betriebsrat gegeben. Innerhalb des eigenständigen Betriebes der Filiale L. sei kein anderer Arbeitnehmer mit dem Kl. vergleichbar. Die Versetzbarkeitsklausel in Nr. 15 a des Anstellungsvertrags vom 19. 12. 1980/28. 1. 1981 habe in der Praxis keine Rolle gespielt. Die verschiedenen Einsatzorte des Kl. seien mit ihm immer einvernehmlich vereinbart worden.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die vom LAG zugelassene Revision der Bekl. hatte Erfolg.