

Carsten Gironda

Richter am Arbeitsgericht Wuppertal

Die Änderungskündigung

Rheinische Arbeitsrechtstage 2014

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Begriffsbestimmung
- III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen
- IV. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers
- V. Soziale Rechtfertigung der Kündigung
- VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung
- VII. Die verhaltensbedingte Änderungskündigung
- VIII. Die personenbedingte Änderungskündigung
- IX. Beteiligungsrechte des Betriebsrats
- X. Sonderkündigungsschutz des Betriebsrats
- XI. Verfahrensfragen

I. Einleitung

➤ Gründe:

- lückenhafte Regelungen des Gesetzgebers
 - Fehlende Verweisungen (bpsw. §§ 1 Abs. 5 KSchG; 13 KSchG)
 - Verweisungen passen nicht: § 1 Abs. 3 KSchG:
Sozialauswahl ist auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet, nicht auf den Vertragsinhaltsschutz
- Rechtsprechung
 - kein schlüssiges Gesamtkonzept
 - unübersichtlich/kasuistisch (Gehaltsreduzierung/Nebenabreden)
 - teilweise divergierende Auffassungen der Senate (überflüssige Änderungskündigungen)
 - Rechtsprechung nicht klar: bspw. befristetes Änderungsangebot

II. Begriffsbestimmung

1. gesetzliche Regelungen

§ 2 KSchG

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1 und 2). Diesen Vorbehalt muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären.

§ 4 Satz 2 KSchG

Im Falle des § 2 ist die Klage auf Feststellung zu erheben, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist.

- weitere Regelungen in §§ 7, 2. HS, 8 KSchG

Begriffsbestimmung

2. Konstruktion

a. **zusammengesetztes Rechtsgeschäft** (aus zwei Willenserklärungen)

- Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber und
- Angebot des Arbeitgebers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen

b. **Erklärungsformen:**

- unbedingte Beendigungskündigung und Angebot eines neuen Arbeitsvertrages
- aufschiebend bedingte Beendigungskündigung für den Fall der Nichtannahme des Änderungsangebots, § 158 I BGB
- **vorsorgliche** Änderungskündigung für den Fall, dass bspw. die Ausübung des Direktionsrechts nicht wirksam ist (zulässige Rechtsbedingung)

aber: Direktionsrecht muss im Kündigungszeitpunkt bereits ausgeübt sein, sonst ist hilfsw. Änderungskündigung unwirksam (LAG Köln 7.7.08 2 Sa 262/08)

II. Begriffsbestimmung

c. Zeitliche Abfolge von Kündigung und Änderungsangebot

- Änderungsangebot kann **vor** Ausspruch der Kündigung erklärt werden, sofern AG bei dieser klarstellt, dass Änderungsangebot fort gilt **oder gleichzeitig** mit Ausspruch der Kündigung
- **Wichtig: Keine Änderungskündigung** sondern Beendigungskündigung bei zeitlich nachfolgendem Änderungsangebot, aber ggf. Auslegung in erneute Änderungskündigung ab dem späteren Zeitpunkt
- AN kann jederzeit dem später erfolgten Änderungsangebot zustimmen: dann ist die Kündigung einvernehmlich aufgehoben worden **oder**
- dieses im laufenden Kündigungsschutzverfahren unter Vorbehalt annehmen: dann gelten die Grundsätze des § 2 KSchG analog

II. Begriffsbestimmung

d. Kündigung

- Die **Kündigungsabsicht** muss in der Kündigungserklärung **klar zum Ausdruck** kommen, insbesondere muss deutlich werden, dass das AV endet, wenn das Änderungsangebot nicht (unter Vorbehalt) angenommen wird
- **Nicht ausreichend:** Angebot zur Vertragsänderung
- **Schriftform des § 623 BGB** ist einzuhalten

e. Änderungsangebot

- in der Schriftform des § 623 BGB
 - Angebot muss eindeutig bestimmt oder bestimmbar sein:
- **BAG 29.9.2011, 2 AZR 523/10; 16.12.2010, 2 AZR 576/09:**
- So bestimmt, dass AN Angebot ohne weiteres annehmen kann („klar und eindeutig“)
 - Inhalt der neuen Vertragsbedingungen zweifelsfrei bestimmbar
 - Unklarheiten führen zur Unwirksamkeit der gesamten Kündigung
 - Änderungsangebot ist gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen

II. Begriffsbestimmung

- **Nicht:** Verweis auf unterschiedliche Tarifverträge, unklare Kollisionsregelung (BAG 15.01.2009, 2 AZR 641/07); Inhaltskontrolle entsprechend §§ 305 ff. BGB
- **Nicht:** mehrere selbständige Änderungskündigungen mit jeweils unterschiedlichen Änderungen (BAG 10.09.2009, 2 AZR 822/07), wenn nicht in ein bestimmtes Verhältnis zueinander gesetzt
- Widersprechen sich Kündigung und Angebot bei dem Zeitpunkt, ab welchem die Vertragsänderungen gelten sollen, ist die Änderungskündigung unwirksam
- Eine **vor Ablauf der Kündigungsfrist** wirksam werdende Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ist **unzulässig** (BAG 21.09.2006, 2 AZR 120/06)
- Eine Umdeutung des Änderungszeitpunkts kommt grundsätzlich nicht in Betracht
- Keine rückwirkende Änderung von Vertragsbedingungen möglich
- Keine Heilung durch Günstigkeit (BAG 15.1.2009, 2 AZR 641/07)
- spätere Klarstellung durch Arbeitgeber nicht ausreichend
- Heraussuchen der geltenden Bedingungen durch den Arbeitnehmer ist nicht zulässig

II. Begriffsbestimmung

- **Problem:** sind mehrere alternative Änderungsangebote gleichzeitig zulässig?
 1. **A.:** Ja, wenn diese jeweils eindeutig bestimmt oder bestimmbar sind (LAG Hamm 7.9.2007, 4 Sa 423/07): eine nicht bestimmbare Änderungsalternative führt zur Unwirksamkeit der gesamten Änderungskündigung
 2. **A.:** Nein, es obliegt allein dem Arbeitgeber, unter mehreren verbleibenden Beschäftigungsmöglichkeiten die Änderungsmöglichkeit anzubieten, die den bisherigen Arbeitsbedingungen am nächsten kommt. Jedenfalls muss der Arbeitgeber Änderungsangebote ins Stufenverhältnis setzen (ArbG Düsseldorf, 18.10.2005, 6 Ca 2685/05, juris; ebenso: KR/Rost/Kreft, § 2 Rn. 19)
- **Eigene Stellungnahme:** Auffassung des ArbG Düsseldorf ist überzeugender, da sonst Risikoabwälzung auf den AN, insb. wenn nicht klar ist, welches Angebot der AN nun angenommen hat
- Eine unwirksame Änderungsregelung führt zur Unwirksamkeit der gesamten Kdg.

II. Begriffsbestimmung

➤ **Problem: Ordentliche Änderungskündigung und Angebot eines befristeten AV**

(BAG 25.04.1996, NZA 1996, 1197; BAG 16.12.2010, 2 AZR 576/09):

- Bei Vorliegen eines sachlichen Befristungsgrundes zulässig
 - § 2 verlangt kein unbefristetes Angebot
 - Änderungsangebot wird auf sachliche Rechtfertigung überprüft
 - Vorliegen eines Befristungsgrundes wird als Vorfrage mitüberprüft

- **aA.:** ErfK/Ascheid, § 2 Rn. 54; BAG 17.5.1984, 2 AZR 109/83:
 - Systemwidrige Vorverlagerung des Prüfungszeitpunktes für Beendigungsgrund
 - Kein dringlicher Grund zur Erleichterung der Beendigung des AV
 - Umgehung von Sonderkündigungsschutz (TV, § 9 MuSchG) denkbar

- **Stellungnahme:** BAG stellt hohe Anforderungen, um Bedenken auszuräumen (soziale Überbrückungsmaßnahme, etc). Bessere Argumente für Gegenansicht

- **Folgeproblem: Kann AN Befristung nachträglich noch nach § 17 TzBfG überprüfen lassen?** Wohl -, da sonstiger Unwirksamkeitsgrund nach § 7 KSchG (KR/Rost/Kreft, § 2 Rn. 10 b; BAG zur alten Rechtslage +, 8.7.98, 7 AZR 245/97)

II. Begriffsbestimmung

3. Anwendungsbereich des § 2 KSchG

- Kündigung durch den **Arbeitgeber**
 - Annahme unter Vorbehalt auch in Kleinbetrieben und vor Erfüllung der Wartezeit möglich (§ 2 KSchG analog)
 - Klagefrist der §§ 4, 7 KSchG ist auch in diesen Fällen einzuhalten
- **Grund:** zwar keine ausdrückliche Regelung, aber § 23 I 2 KSchG verweist auf die §§ 4-7 KSchG ohne Einschränkung, mithin auch auf § 4 Satz 2 KSchG

4. Anwendbarkeit von Schutzvorschriften

- Sämtliche besonderen Schutzvorschriften sind anwendbar, insbesondere §§ 9 MuSchG, 21 BEEG, 5 PflegeZG, 85 SGB IX, ArbPISchG; auch Sonderkündigungsschutz nach Tarifvertrag
- Ausschluss einer ordentlichen Kündigung gilt auch für die ordentliche Änderungskündigung

II. Begriffsbestimmung

5. Sinn und Zweck

- **Nicht Beendigung** des Arbeitsverhältnisses, sondern **Änderung des Vertragsinhalts**: AN kann durch Erklärung des Vorbehalts AV erhalten und gleichzeitig Änderung gerichtlich überprüfen lassen
- **Vertragsinhaltsschutz**: gerichtliche Überprüfung ohne Bestandsrisiko
- Ausdruck des ***ultima-ratio-Grundsatzes*** (Vorrang Änderungskündigung vor Beendigungskündigung)
- **Abänderung nachwirkender kollektivrechtlicher Regelungen**: Annahme einer Änderungskündigung unter Vorbehalt = andere Abmachung i.S.d. § 4 Abs. 5 TVG, wenn Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt (BAG, 27.09.2001, NZA 2002, 750)

II. Begriffsbestimmung

BAG 21.04.2005, 2 AZR 132/04: (Aufgabe der Verhandlungslösung)

- **Abgelehntes Änderungsangebot reicht** grundsätzlich **nicht** mehr dafür **aus**, dass AG danach Beendigungskündigung aussprechen kann
(Ausnahme, sehr restriktiv: AN muss unmissverständlich zu erkennen geben, dass er unter gar keinen Umständen bereit ist, zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten **trotz** Hinweis auf letzte Alternative vor Beendigungskündigung)
- Darlegungs- und Beweislast: AG (BAG, 26.03.2009, NZA 2009, 679)
- Vorheriges Änderungsangebot ist nicht mehr erforderlich, sofort Änderungskündigung
- Ausnahme vom Vorrang der Änderungskündigung nur in Extremsituationen denkbar (Personalleiter – Pförtner)
- **Problem der Grenzziehung:** daher: es muss dem AN überlassen bleiben, ob das Änderungsangebot zumutbar ist oder nicht
- Jedenfalls nicht ausreichend: bloßes Verstreichenlassen einer Angebotsfrist, **ausdrückliche Ablehnung des Änderungsangebots** erforderlich
- Indiz für Extremsituation kann Verhalten des AN nach Ausspruch der Kündigung sein, wenn er sich nicht zeitnah auf ihm bekannte Beschäftigungsmöglichkeit beruft (BAG 23.02.2010, 2 AZR 656/08, BAG 21.09.2006, 2 AZR 607/05)

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

1. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

(hierzu: BAG 8.10.2009, 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465 f.)

- Vorrang der Änderungskündigung vor der Vertragsanpassung nach § 313 III 2 BGB
- Neuordnung der tariflichen Entgeltstruktur kein Kündigungsgrund zur Vertragsanpassung, da Organisationsentscheidung fehlt
- **Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen kein Kündigungsgrund**
(Gleichbehandlungsgrundsatz dient nur positiv Begründung von Rechten)
- Irrtümlich zu hohe Eingruppierung kann den öffentlichen AG zur Rückgruppierung berechtigen (Grund: Verpflichtung zur sparsamen Haushaltsführung, Eingruppierung ist Normvollzug)
(BAG 15.3.1991, 2 AZR 582/90)

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

2. Direktionsrecht, § 106 GewO

- Reichweite ergibt sich aus Gesetz, BV, TV, AV (Versetzungsklausel)
 - Ausübung im Rahmen billigen Ermessens, § 315 BGB
 - **Grenze:** Entgeltreduzierung, nicht gleichwertige Tätigkeit
- **Problem: „Die überflüssige Änderungskündigung“** (str.)
- (BAG, 19.07.2012, NZA 2012, 1038): Änderungsschutzklage unbegründet, wenn Änderungen i.R.d. Direktionsrechts durchsetzbar **und** Annahme unter Vorbehalt
- Es liegen keine Änderungen der Arbeitsvertragsbedingungen iSv. § 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG vor, die Änderungskündigung ist überflüssig
- **aA.:** Änderungskündigung verstößt gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn Vertragsänderung durch Ausübung des Direktionsrechts erreichbar (Berkowsky, NZA-Beilage 2010, 50, mwN.)
- Differenzierung nach jeweiliger Reaktion des Arbeitnehmers nicht überzeugend, da Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung entscheidend
 - Unterschiedlicher Prüfungsmaßstab bei der Sozialauswahl
 - Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

- **Stellungnahme:** Der 1. Senat hat den Widerstand gegen die überflüssige Änderungskündigung offensichtlich aufgegeben (vgl. BAG, 26. August 2008, 1 AZR 353/07). Dogmatisch überzeugt die 1. Auffassung nicht

- **Folgerungen:**
 - Für AG ist es immer richtig, eine Änderungskündigung auszusprechen
 - AN kann Änderungsschutzklage mit FK verbinden, dass Arbeitsbedingungen bereits vor Ausspruch der Änderungskündigung bestanden: Kostenfolge § 92 ZPO für AG
 - Erklärt AN **keinen Vorbehalt** ist eine trotz bestehenden Direktionsrechts ausgesprochene Änderungskündigung dagegen **unwirksam**
 - AG kann vorsorglich Änderungskündigung für den Fall der Unwirksamkeit der Ausübung des Direktionsrechts aussprechen

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

3. Änderungs-/Widerrufsvorbehalt

a. Voraussetzungen:

- Vertragliche Vereinbarung erforderlich
- Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, wenn Ausübung des Widerrufsrechts billigem Ermessen entspricht und AN dennoch ausgesprochene Änderungskündigung unter Vorbehalt annimmt, BAG 15.11.1995, 2 AZR 75/95 (**wie beim Direktionsrecht**); aA. Berkowsky, NZA 1999, 293; ErfK/Oetker, § 2 Rn. 16: Änderungskündigung ist unverhältnismäßig

b. Grenze des Widerrufsvorbehalts:

- Überprüfung nach § 307 bzw. § 308 Nr. 4 BGB (sofern Entgelt betroffen),
- umfassende Würdigung der gesamten vertraglichen Vereinbarung erforderlich
- Anlass für die Ausübung des Widerrufs muss vertraglich bestimmt sein
- BAG 11.02.2009, 10 AZR 222/08: w/ § 308 Nr. 4 BGB triftiger Grund erforderlich, der bereits in der Änderungsklausel beschrieben ist (hier verneint)
- **Keine Umgehung des Änderungskündigungsschutzes möglich**

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

4. Freiwilligkeitsvorbehalt

- Der wirksam vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt hindert bereits das Entstehen eines Anspruchs, sodass eine Änderungskündigung grundsätzlich nicht erforderlich ist
- **mE.** kann und sollte der Arbeitgeber nach Aufgabe der Rechtsprechung zur überflüssigen Änderungskündigung jedenfalls in Zweifelsfällen eine (vorsorgliche) Änderungskündigung aussprechen
- Nimmt der AN diese unter Vorbehalt an, wird er verlieren, wenn der Freiwilligkeitsvorbehalt wirksam ist, da es dann einer Änderungskündigung nicht bedurfte (Fall der überflüssigen Änderungskündigung)

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

5. Teilkündigung

- Teilkündigung = Willenserklärung, mit der der Kündigende einzelne Vertragsbedingungen gegen den Willen der anderen Vertragspartei einseitig ändern will
 - löst vertragliche Bindung an einzelne Arbeitsbedingungen auf, ohne das Arbeitsverhältnis als Ganzes zu beenden
 - **unterliegt nicht dem KSchG**
 - Grunds. **unzulässig**, da einseitiger Eingriff in vertragliches Gesamtgefüge

 - **Ausnahme: Teilkündigungsrecht war vorher vertraglich vereinbart**; bei einseitigem Vorbehalt ergibt Auslegung idR Vorliegen eines Widerrufsvorbehalts
- **Beispiele**
- BAG 14.11.1990, 5 AZR 509/89: Kündigung eines Zusatzvertrages über Kostenerstattung möglich, wenn nicht in das Äquivalenzgefüge eingegriffen wird
 - BAG 15.02.1990, 6 AZR 386/88: Teilkündigung einer Bereitschaftsdienststufenzuweisung möglich,
 - BAG 13.3.2007, 9 AZR 612/05: Teilkündigung der Aufgaben als Datenschutzbeauftragter möglich (BAG 23.3.2011, 10 AZR 562/09: Widerruf möglich, § 4f III 4 BDSG)

III. Abgrenzung zu anderen Rechtshandlungen

6. Befristete Änderung einzelner Vertragsbedingungen

- **Beispiele:** Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit, Übertragung anderer Aufgaben, Gewährung von Zulagen und Sozialleistungen
- **Sachgrund erforderlich**, wenn durch die Befristung der gesetzliche Änderungsschutz objektiv umgangen werden kann (BAG 14.1.2004, 7 AZR 213/03).
- **Dies gilt für alle Vertragsbedingungen**, die bei unbefristeter Vereinbarung § 2 KSchG unterliegen, weil sie das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung maßgeblich beeinflussen (BAG 4.6.03, 7 AZR 159/02; Sächsisches LAG 10.01.13, 9 Sa 253/12)
- §§ 14 ff TzBfG nicht anwendbar, aber Rechtsgedanke über §§ 305 ff. heranzuziehen (BAG 15.12.2011, 7 AZR 394/10)

IV. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

1. **Annahme des Änderungsangebots:** einvernehmliche Vertragsänderung

- **Konkludent möglich, wenn** AV unmittelbar und nachhaltig betroffen, Frist zur Erklärung des Vorbehalts bzw. Kündigungsfrist abgelaufen ist und AN widerspruchlos zu den neuen Bedingungen weiterarbeitet
- **Folge:** Verzicht auf Kündigungsschutzklage, Vertragsinhalt geändert

2. **Ablehnung: Änderungskündigungsschutzklage:**

- Liegt **kein** Kündigungsgrund vor: Änderungskündigung unwirksam, eine Prüfung des Angebots erfolgt nicht
- Liegt ein Kündigungsgrund vor, da eine Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen nicht mehr möglich ist und hat der Kläger die **einzige** Weiterbeschäftigungsmöglichkeit abgelehnt:
 - Änderungskündigung gerechtfertigt, keine Prüfung des Angebots wegen der Ablehnung (Versetzung auf einen anderen freien AP)
- Liegt ein Kündigungsgrund vor, AN rügt Unverhältnismäßigkeit des Änderungsangebots: Prüfung des Angebots erforderlich
(Beispiel: Verschlechterung der Arbeitsbedingungen auf gleichem Arbeitsplatz)

IV. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

3. Annahme unter Vorbehalt (§ 2 KSchG)

a. Form des Vorbehalts

- Rechtsnatur: privatrechtsgestaltende Willenserklärung
- Annahme des Änderungsangebots unter auflösenden Bedingung, § 158 II BGB
- Keine Schriftform erforderlich (**aber anzuraten wegen Abgrenzung**)

➤ Erklärung des Vorbehalts durch schlüssiges Verhalten?

- Schlüssiges Verhalten muss **eindeutig** sein
- **nicht eindeutig**: Weiterarbeit unter geänderten Bedingungen nach Ablauf der Kündigungsfrist = endgültige Annahme des Änderungsangebots
- **Erhebung einer Änderungsschutzklage reicht aus**
- bei der **außerordentlichen Kündigung** liegt in der sofortigen, widerspruchslosen Weiterarbeit keine vorbehaltlose Annahme, sofern AN noch Vorbehalt rechtzeitig (unverzüglich) erklären könnte
- Anfechtung der Willenserklärung möglich

IV. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

b. Fristen zur Erklärung des Vorbehalts

- Innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung, § 2 Satz 2 KSchG (**d.h. maßgeblich, welche Frist früher abläuft**)
- Klageerhebung nach § 4 Satz 2 KSchG (Änderungsschutzklage) reicht, sofern Klage innerhalb der 3-Wochen-Frist zugestellt wird. (str., aA: Zugang innerhalb der Kündigungsfrist, also ggf. auch nach 3 Wochen, reicht aus, LAG Hamm, 22.8.97, 10 Sa 411/97). **BAG 22.5.14, 8 AZR 662/13:** (Änderung der Rechtsprechung) § 167 ZPO gilt auch, wenn durch Zustellung außergerichtliche Frist zur Geltendmachung gewahrt werden soll: d.h. **rechtzeitige Klageerhebung reicht, wenn Eingang der Klage vor Ablauf der Kündigungsfrist**
- Bei **außerordentlicher Änderungskündigung** gilt: **unverzüglich**, d.h. innerhalb von 2-3 Tagen
- An die Stelle einer zu kurz gesetzten Frist zur Erklärung der Annahme tritt die gesetzliche Frist des § 2 Satz 2 KSchG
- AG kann verspäteten Vorbehalt als rechtzeitig akzeptieren: Dieser stellt neues Angebot des AN auf Abschluss eines Änderungsvertrags unter Vorbehalt dar
- **Nach Erhebung der Kündigungsschutzklage** kann der Vorbehalt **nicht mehr** erklärt werden, spätestens zusammen mit der Klage
- **Entscheidender Zeitpunkt:** Zugang des Vorbehalts beim Arbeitgeber
- Kein antizipierter Vorbehalt zulässig

IV. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

- c. **Rücknahme des Vorbehalts?** (str.): jedenfalls einseitig nicht mehr möglich (BAG 28.10.2010, 2 AZR 688/09)
- AN ist verpflichtet, bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu den geänderten Bedingungen zu arbeiten. Will der Arbeitnehmer dies nicht mehr, muss er seinerseits - unter Einhaltung der Kündigungsfrist - das Arbeitsverhältnis kündigen oder durch Aufhebungsvertrag beenden
 - Keine Umstellung mehr von Änderungsschutzklage auf Änderungskündigungsschutzklage möglich, es sei denn, der Arbeitgeber ist hiermit einverstanden

V . Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung

1. Allgemeines:

- zweistufige Prüfung:
- gleicher Prüfungsmaßstab bei Änderungsschutzklage und Änderungskündigungsschutzklage (st. Rspr BAG, 16.12.2010, 2 AZR 576/09)

(1) **Kündigung**: personenbedingte, verhaltensbedingte oder betriebsbedingte Gründe erforderlich, die das **Änderungsangebot bedingen (das „ob“ der Änderung)**

(2) **Änderungsangebot**: Prüfung, ob die Änderung dem Arbeitnehmer zumutbar (d.h. verhältnismäßig) ist (das „wie“ der Änderung)

V . Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung

2. Prüfungsmaßstab

a. bei der Kündigung (str.)

1. **Ansicht:** Kündigungsgrund muss das gleiche Gewicht haben wie bei der Beendigungskündigung; es gelten die zu § 1 KSchG entwickelten Grundsätze

(Schwerdtner, FS 25 Jahre BAG, S. 567 ff., Berkowsky in NZA-Beilage 2010, 50 ff.; Handbuch z. Kündigungsrecht/Mues, Teil 2, Rn. 198; Annuß/Bartz, NJW 2006, 2153)

- Verweisung des § 2 Satz 1 KSchG auf § 1 Abs. 2 und 3 KSchG

2. **Ansicht:** Bei prinzipiell vorhandenem Kündigungsgrund ist der Kündigungsgrund in Relation zur angebotenen Änderung zu setzen

- Änderungskündigung betrifft nur den Inhaltsschutz nicht den Bestandsschutz
- Stufenverhältnis zwischen Beendigungs- und Änderungskündigung
(ErfK/Oetker, 14. Aufl. 2014, § 2 Rn. 40 ff.; Stahlhacke/Preis, Rn. 1306)

V . Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung

➤ **Eigene Stellungnahme:**

- Kein Kündigungsgrund „light“ anzuerkennen, Prüfungsmaßstab nicht milder
- § 2 KSchG sieht Trennung zwischen „ob“ und „wie“ der Änderungskündigung vor
- Anforderungen an Kündigungsgrund sind nicht vom Änderungsangebot abhängig sondern vom anzupassenden Teil des Vertragsinhalts (Organisationsentscheidung bzw. Eingriff in das Äquivalenzgefüge)
- Gründe für Abrücken von bisheriger Vertragsabrede entscheidend, Änderungsangebot spielt bei Beurteilung des Beendigungselements keine Rolle
- **Aber:** ein Beendigungsgrund stellt auch einen Kündigungsgrund für eine Änderungskündigung dar
- Differenz zwischen beiden Auffassung ist nicht groß

V . Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung

b. Prüfungsmaßstab des Änderungsangebots

- Verhältnismäßigkeitsprüfung: nur Vorschlag von Änderungen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss
- geänderte Arbeitsbedingungen müssen im Hinblick auf den Kündigungsgrund
 - geeignet
 - erforderlich
 - verhältnismäßig im engeren Sinne sein (nicht weiter, als zur Zielerreichung erforderlich)
- **Grenzen:**
 - Kein Verstoß gegen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz
 - rechtlich zulässiges Ziel (kein Abbau tariflicher Leistungen, keine Maßregelung)
 - bei mehreren Änderungen: jede einzelne Änderung muss auf soziale Rechtfertigung überprüft werden
 - Eine unwirksame Änderung führt zur Unwirksamkeit der gesamten Änderungskündigung
 - Die Berufung auf Gleichbehandlung ist kein rechtlich anerkanntes Ziel
 - Bei Bestehen mehrerer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ist diejenige anzubieten, die für den Arbeitnehmer als die günstigste erscheint

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

1. Die isolierte Entgeltreduzierung

a. Voraussetzungen

- Weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste sind zu erwarten, die in absehbarer Zeit zur Reduzierung der Belegschaft oder Schließung des Betriebs führen
- Drohende Existenzgefährdung
- Sanierungskonzept erforderlich, wonach Einsparungen unumgänglich sind **und** der AG alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.
- Der Arbeitgeber muss darlegen:
 - Finanzlage des Betriebs
 - Anteil Personalkosten
 - Auswirkungen der Kostensenkung
 - Keine Alternativen
 - Umfang begrenzt auf nach diesem Konzept notwendige Einsparungen

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

- Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten: Entgeltkürzung bei **allen** MA
 - Abzustellen ist auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des gesamten Betriebs
 - Zeitliche Befristung (soweit möglich)
 - Kosteneinsparung anders nicht mehr möglich
 - Absehbare Reduzierung = innerhalb eines Jahres
-
- (BAG 26.06.2008, NZA 2008, 1182-1184) gleichmäßige Entgeltkürzung bei gleichmäßiger Beschäftigungssicherung zulässig, sofern existenziell bedrohende wirtschaftliche Lage

 - (BAG 26.06.2008, NZA 2008, 1182) Betrieblicher Grund zur Änderungskündigung entfällt nicht, sofern ein Teil/Großteil der Belegschaft den Änderungen einvernehmlich zugestimmt hat, da es auf das unternehmerische Konzept ankommt

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

b. Ausnahmen (iSv. weniger strenge Maßstäbe)

- **Änderung von Nebenabreden** (BAG 27.3.2003, NZA 2003, 1029): **weniger strenge Anforderungen bei Vergütungsbestandteilen**, sofern diese als **Nebenabreden** an Umstände anknüpfen, die erkennbar nicht während der gesamten Dauer des AV gleich bleiben müssen
- **Beispiele:** kostenl. Beförderung zum Betrieb, Fahrtkostenzuschuss, Mietzuschuss
- **Kritik:**
 - **Problem der Abgrenzung** zwischen Nebenabrede und Arbeitsentgelt (Rechtsprechung von Kasuistik geprägt, keine trennscharfe Unterscheidung)
 - **Problem des Prüfungsmaßstabs:** BAG: strenge Maßstäbe sollen nicht gelten, sondern Interessenabwägung erford., um dringende betriebliche Erfordernisse anzunehmen, **dh. Interessenabwägung begründet Kündigungsgrund**
- **Stellungnahme:** Rechtsprechung ist beschränkt auf Aufwandsentschädigungen iwS., da in diesem Fall das Entstehen eines Aufwandes von vornherein nicht feststeht; eng auszulegender Ausnahmetatbestand, Abgrenzung unklar, Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Kündigungstatbestand problematisch

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

c. Beispiele aus der Rechtsprechung:

- **Änderungskündigungen** zur Entgeltminderung **bejaht** bei:
 - Gehaltsreduzierung bei irrtümlich übertariflicher Vergütung
 - Ablösung Überstundenpauschale durch Spitzabrechnung BAG 23.11.2000, 2 AZR 547/99
 - Übergang von fixer auf erfolgsabhängige Sonderzahlung bei wirtschaftlicher Notlage BAG 29.11.2007, 2 AZR 789/06
 - Kostenlose Beförderung zur Betriebsstätte BAG 27.03.2003, 2 AZR 74/02
 - Herabgruppierung einer Leiterin eines Gymnasiums bei Prognose, dass erford. Schülerzahlen dauerhaft nicht erreicht werden BAG 29.09.2011 2 AZR 451/10
- **Verneint** bei:
 - **Dauerhafte** Entgeltkürzung um 14 % bei **vorübergehend** negativem Ergebnis BAG 20.8.98, 2 AZR 84/98
 - Fahrgeldzuschüssen LAG BW 24.4.1995 15 Sa 162/94
 - Sonderzuwendung LAG Berlin 30.6.1997 9 Sa 56/97
 - Leistungszulagen BAG 16.5.2002 2 AZR 292/01

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

➤ Entzug einer unwiderruflich erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung?

- Rechtsanspruch auf Nebentätigkeitsgenehmigung (+), wenn Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers nicht zu erwarten (BAG 21.09.1999, 9 AZR 759/98)
- Anspruch wird aus Art 12 Abs. 1 GG hergeleitet
- Änderungskündigung zum Entzug einer Nebentätigkeitsgenehmigung ist denkbar, sofern sich die Tätigkeit des AN, ggf. nach Umstrukturierung, so verändert hat, dass die Interessen des Arbeitgebers durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt werden

(Beispiel.: Umstellung von Einschicht- zu Mehrschichtbetrieb und dadurch Kollision der Nebentätigkeitsgenehmigung mit dem ArbZG)

- mE: Änderungskündigung wird keinen Erfolg haben, wenn ein fiktiver Widerruf der Nebentätigkeitsgenehmigung billigem Ermessen nicht entspräche (da in diesem Fall jedenfalls die Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitgebers ausgeht)

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

➤ Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen als Kündigungsgrund?

LAG Niedersachsen 21.09.2012 6 Sa 113/12 juris, n.rkr. (BAG 2 AZR 1047/12)

Das Interesse des Arbeitgebers an der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen in seinem Betrieb (einheitliches Tarifrecht) begründet kein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Änderungskündigung im Sinne von § 2 KSchG (ebenso LAG Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz 02.03.2012, 9 Sa 627/11)

- Auch eine in Aussicht gestellte Versagung der Arbeitnehmerüberlassung reicht grundsätzlich nicht aus, sofern hierfür keine Rechtsgrundlage besteht
- BAG: Gleichbehandlungsgrundsatz rechtfertigt keine Einschränkung von Arbeitnehmerrechten
- Neuordnung der tariflichen Entgeltstruktur begründet kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen
- Es fehlt der Kündigungsgrund („ob“ der Änderungskündigung)

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

2. Entgeltsenkung infolge von Umstrukturierungen

a. Prüfungsumfang bei freiem Vergütungssystem: (BAG 3.4.2008, 2 AZR 500/06; 23.06.2005, 2 AZR 652/04):

- Bei gleichzeitiger Änderung von Tätigkeit und Vergütung sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen
- AG ist **nicht** verpflichtet, sich einem Vergütungssystem zu unterwerfen. Er ist frei, die Löhne und Gehälter individuell auszuhandeln
- AG ist **nicht** verpflichtet, die höchste für vergleichbare Tätigkeiten gezahlte Vergütung anzubieten
- Bei **merklichem Unterschreiten der Durchschnittsvergütung**: Darlegungslast für AG hinsichtlich Gründen und Grenzen der Vergütungshöhe, dh. **AG muss darlegen, inwiefern sich Wert der Arbeitsleistung verändert hat und Anpassung der Vergütung erforderlich macht**
- Liegt angebotene **Vergütung über dem Durchschnitt**: **Vermutung** spricht für **Verhältnismäßigkeit** des Angebots, AN muss Unverhältnismäßigkeit darlegen
- Marktwert der neuen Tätigkeit bemisst sich nach § 612 II BGB, dh: **Entgeltreduzierung bei evident geringerem Marktwert** der neuen Tätigkeit möglich
- Angebot muss der marktüblichen Vergütungshöhe (Tarifvertrag) entsprechen

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

b. Ausnahme

- Keine gesonderte Prüfung der Entgeltreduzierung, wenn sich geänderte Vergütung aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem (z.B. Tarifvertrag) ergibt
(BAG 28.10.2012, 2 AZR 688/09, str., aA Annuß/Bartz, NJW 2006, 2153)
- (BAG, Urteil vom 23.06.2005, 2 AZR 642/04): AG verlor, da die angebotene Fixvergütung knapp 15 % unter der tarifvertraglich festgelegten Vergütung lag (beide Parteien waren nicht tarifgebunden) **und** das Änderungsangebot zusätzlich u.a. einen Wegfall von Arbeitsbefreiungen, zusätzlichen Urlaubstagen und eine Verkürzung der Ausschlussfristen vorsah

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

- **Entzug des zur privaten Nutzung überlassenen Dienstwagens?**
 - Eingriff in den Kernbereich des Austauschverhältnisses, da Vergütungsbestandteil, wie Sonderzuwendung, dh. nur unter den strikten Voraussetzungen an eine isolierte Entgeltreduzierung möglich
 - **anders:** wenn im Rahmen der Umstrukturierung auch der Dienstwagen entzogen wird (Bsp: Versetzung Außen- in den Innendienst). Haben vergleichbare MA im Innendienst keinen Dienstwagen zur privaten Nutzung, wäre ein Entzug mE. möglich
- **Zwischenfazit:** Lohnanpassungen sind (eher) möglich, wenn diese mit einer Organisationsentscheidung (dh. Veränderung der Tätigkeit) einhergehen und Lohnniveau vergleichbarer MA/Tariflohniveau nicht unterschritten wird

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

3. Änderung des Beschäftigungsvolumens bzw. des Arbeitsplatzes

- **Unternehmerische Entscheidung:** Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einstellung der Produktion, Wegfall von Arbeitsplätzen

a. Prüfungsmaßstab:

- **Kündigungsgrund: Prüfung** wie bei Beendigungskündigung, dh.
 - Unternehmerische Organisationsentscheidung nur eingeschränkt überprüfbar
 - Umfang der Verringerung des Arbeitsanfalls ist darzulegen
 - Verteilung der restlichen Arbeitsmenge steht dem Arbeitgeber frei: er kann statt wenigen Beendigungskündigungen viele Änderungskündigungen auszusprechen
 - nachvollziehbares Konzept erforderlich

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

➤ Änderungsangebot:

- **Änderungen** dürfen **nicht weiter** gehen **als** zur Erreichung des Ziels **erforderlich** (d.h. die Änderungskündigung kann nicht als Mittel zur Flexibilisierung gebraucht werden)
- Verringerung des Arbeitszeitvolumens muss der angebotenen reduzierten Arbeitszeit entsprechen (BAG 26.11.2009, 2 AZR 658/08: Berechnung fehlerhaft, da „Zeiten erfahrungsgemäß zu erwartender Arbeitsunfähigkeit und schon geplante oder vorhersehbare Elternzeiten nicht berücksichtigt wurden“)
- Auch das Bedürfnis einer nur geringfügig höheren Arbeitszeit führt zur Unangemessenheit des Angebots

➤ **Problem: wie soll der genaue Vertretungsbedarf konkret bestimmt werden?**

mE. eher großzügige Berechnung unter Berücksichtigung der bekannten Erfahrungswerte (letzte 2 Jahre) erforderlich

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

b. weitere Entscheidungen:

- **Herabsetzung** der Arbeitszeit **unwirksam, wenn neue AZ nicht verbindlich festgelegt wird**, sondern vom AG flexibel festgelegt werden kann (Reduzierung um 25 % + Beschäftigung nach Bedarf (LAG Th, 25.4.06,7/2 Sa 317/04
- AG muss Teilzeitkraft Vertragsänderung zur Erhöhung der AZ anbieten, bevor er Vollzeitkraft wegen der Ausdehnung des Beschäftigungsvolumens einstellt und Teilzeitkraft kündigt (LAG Berlin 10.9.1996 12 Sa 66/96)
- **BAG 23.02.2012, 2 AZR 44/11**: Wegfall von Arbeitsaufgaben rechtfertigt keine Einschränkung der Tätigkeitsbeschreibung, wenn AN auf bestehender Vertragsgrundlage vollschichtig mit Aufgaben kraft Direktionsrecht beschäftigt werden kann
- **BAG 22.04.2004, 2 AZR 385/03**: Teilung eines Vollzeitarbeitsplatzes durch Halbierung der AZ und Neueinstellung eines AN zulässig, wenn Arbeitsaufgaben trennbar und AG betriebliche Notwendigkeit (gleichzeitige Erledigung) darlegt
- Änderungskündigung **zur Erhöhung** der betrieblichen Arbeitszeit möglich, soweit nicht gegen tariflich festgelegte Arbeitszeitgestaltungen verstoßen wird (**nicht: Erhöhung der Arbeitszeit von 35 Stunden auf 38,5 Stunden bei Lohnerhöhung von 3% und** beiderseitiger Tarifbindung, BAG 10.2.1999, 2 AZR 422/98)

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

4. Änderung des Arbeitsortes

- Versetzung des AN an einen anderen Arbeitsort, da bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist oder sich der Betriebssitz verlagert hat
- Abgrenzung zum Direktionsrecht erforderlich
- AG muss sich bei an sich aner kennenswerten Anlass darauf beschränkt haben, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die AN billigerweise hinnehmen muss
- Im öffentlichen Dienst keine Pflicht zum Angebot einer Aufgabe in einem anderen Verwaltungszweig oder an einem anderen Dienstort
- Bei mehreren freien Arbeitsplätzen an unterschiedlich weit entfernten anderen Arbeitsorten: Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG analog, welchem AN die Weiterbeschäftigung an einem näher gelegenen Ort angeboten werden soll (BAG 12.08.2010, 2 AZR 945/08)
- Beispiele:
 - Einsatz von pädagogischen Mitarbeitern statt Vertretungslehrkräften möglich, auch wenn dies zu einer Gehaltsreduzierung führt
 - Verpflichtung zur Einrichtung eines Home-office-Arbeitsplatzes zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung
 - Rollierender Einsatz von Krankenschwestern an mehreren Standorten zur Steigerung der Flexibilität möglich (LAG Düsseldorf, 26.5.99, 9 Sa 335/99)

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

5. Lage der Arbeitszeit

- Umstellung Einschicht- auf Mehrschichtbetrieb
- (BAG 2 AZR 709/96 NZA 1998, 304-307): Einführung einer 6-Tage-Woche grunds. möglich bei widerspruchslöser Umsetzung des Konzepts (hier (-), da bei beiderseitiger Tarifbindung der zugrundeliegende TV von normaler Arbeitszeit von Mo bis Fr ausging und Betriebsparteien von Öffnungsklausel keinen Gebrauch gemacht hatten)
- Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten (+), wenn Teilzeitbeschäftigte im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten durch unternehmerisches Konzept weniger freie Samstage zugewiesen bekommt: **Änderungskündigung unwirksam**
- **Grenzen:** ArbZG, Tarifvertrag, § 4 Abs. 1 TzBfG, § 612a BGB
- Widerspruchslöser Umsetzung des Konzepts
- **Nicht ausreichend:** Flexibilisierung der AZ, da Verlagerung des Wirtschaftsrisikos

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

6. Die Sozialauswahl bei der betriebsbedingter Änderungskündigung (str.)

Regelung des § 1 Abs. 3 KSchG passt nicht, da auf Beendigung des AV gerichtet

a. Prüfung (3 Schritte)

(1) Vergleichbarkeit

- Austauschbarkeit für alten und neuen Arbeitsplatz erforderlich

(2) Gewichtung der Auswahlkriterien

- **Nicht:** Prüfung, welchen AN der Verlust des AP am härtesten trifft (da keine Beendigung des AV beabsichtigt), sondern Prüfung, welchem AN Änderung der Arbeitsbedingungen unter sozialen Gesichtspunkten **am ehesten zumutbar** ist
- gleiche Kriterien der Sozialauswahl wie bei der Beendigungskündigung
- **weitere soziale Kriterien** (bspw. Wendigkeit, Auffassungsgabe, Anpassungsfähigkeit, Gesundheitszustand): nur i.R.d. Gewichtung der Grunddaten relevant, soweit diese einen unmittelbaren Bezug zu diesen haben (BAG 12.8.10, 2 AZR 945/08)

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

- **Änderungsangebot** muss in die Beurteilung der Sozialauswahl einfließen, sodass **Auswahlkriterien** je nach angestrebter Änderung unterschiedliches Gewicht haben können :
 - **Unterhaltungspflichten** haben mehr Gewicht, wenn Änderung zu finanziellen Einbußen führt: Arbeitszeitänderungen, Entgeltreduzierungen, ggf. Änderung des Arbeitsortes, wenn mit höheren Kosten verbunden
 - **Lebensalter** eher bedeutsam bei Versetzung auf einen anderen AP
- **Wertungsspielraum des AG:** “ausreichende” Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte
- Arbeitgeber kann Auswahlentscheidung nicht durch vorgezogene Stellenbesetzung vermeiden, § 162 BGB (BAG 12.08.2010, 2 AZR 945/08)

(3) berechtigtes betriebliches Interesse des Arbeitgebers, § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

b. Massenänderungskündigung (str.)

aa. Kündigungstatbestand

- Änderungs- und Beendigungskündigungen können alle an einem einheitlichen Stichtag ausgesprochen werden (BAG 22.09.2005, 2 AZR 365/04)
- AG muss Entscheidung der AN über das Änderungsangebot nicht abwarten
- Lehnen AN den i.R.d. Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz ab, kann ein „beendigungsgekündigter“ AN ggf. einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben

bb. Sozialauswahl

Sozialauswahl erfolgt unter Berücksichtigung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten

(1) Bildung von Vergleichsgruppen

- Austauschbarkeit auf bisherigen **und** zukünftigen Arbeitsplatz erforderlich
- **Ausnahme:** Kann kein AN auf einem vorhandenen Arbeitsplatz ohne Vertragsänderung eingesetzt werden: **Eignung** für freien Arbeitsplatz **entscheidend**. AG kann Anforderungen an AP selbst bestimmen (BAG 22.09.05, 2 AZR 365/04)
- Bei der Besetzung einer freien Stelle sind alle AN vergleichbar, die aufgrund der zu treffenden Sozialauswahl innerhalb ihrer Vergleichsgruppe leer ausgehen würden

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

(2) Auswahl nach sozialen Kriterien, § 1 III 1 KSchG

(3) Zuteilung der freien Stellen

➤ **Problem: Vorrang der Versetzung vor der Änderungskündigung?**

- Bsp: kann dem jungen, kurz beschäftigten MA kraft weitergehender Versetzungsklausel eine Stelle zugewiesen werden, auch wenn hierdurch einem schutzwürdigeren MA eine Beendigungskündigung ausgesprochen werden müsste?
- wohl (+), da aufgrund weiterer Einsatzmöglichkeiten AN nicht vergleichbar
- Bei der Versetzung muss bei mehreren MA nur eine Berücksichtigung der sozialen Belange erfolgen, § 315 III BGB. § 1 III KSchG gilt nicht

- **Problem: es werden mehr AN gekündigt als freie Arbeitsplätze vorhanden sind** analog zu § 1 Abs. 3 KSchG vorzunehmende soziale Auswahl („wer“), wenn für eine Weiterbeschäftigung - objektiv und eindeutig - unterschiedliche Tätigkeiten zur Verfügung stehen, zugleich mehrere Arbeitnehmer um eine geringere Anzahl günstigerer Beschäftigungsmöglichkeiten konkurrieren und deshalb eine personelle Auswahl zu treffen ist (BAG 12.8.2010, 2 AZR 945/08)

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

➤ Problem: welche Stelle bekommt welcher Mitarbeiter?

- **Prüfungsmaßstab:**

- **geeignet, erforderlich** (geringstmöglicher Eingriff)
 - » Arbeitgeber hat einen Ermessensspielraum nach § 315 BGB bei der Auswahl des anzubietenden AP
 - » Keine Befragungspflicht des Arbeitgebers bei der Vergabeentscheidung, aber Berücksichtigung der ihm bekannten Lebensumstände erforderlich (da der Arbeitgeber gar keine Möglichkeit hat, Lebensumstände gegen den Willen der AN zu erfahren)
- **Zumutbarkeit** des Änderungsangebots:
 - » bei mehreren Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten die günstigste
 - » Bei einer einzigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit: subjektiver Beurteilungsmaßstab: AN entscheidet über Zumutbarkeit

VI. Die betriebsbedingte Änderungskündigung

- c. **Anwendbarkeit des § 1 Abs. 5 KSchG** (BAG 19.6.2007, 2 AZR 304/06): (+)
- **Reichweite der Vermutung:**
 - Bisheriger AP entfallen
 - Kein freier AP zu gleichen Bedingungen
 - Grundsätzlich **keine Aussage zur Verhältnismäßigkeit des Änderungsangebots**, sofern keine konkrete Regelung im IA
 - Vermutung umfasst auch das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in anderen Betrieben des Unternehmens
 - **Sozialauswahl:** nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen: insbesondere das Ziel der Sicherung der Altersstruktur wird akzeptiert
- d. **Die Aufstellung von Auswahlrichtlinien nach § 1 Abs. 4 KSchG** ist auch im Rahmen der Änderungskündigung möglich
- e. **§§ 17, 18 KSchG: früher:** Nur bei fehlendem Vorbehalt
nun: immer bei Änderungskündigungen zu berücksichtigen, da auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abzustellen ist

VII. Verhaltensbedingte Änderungskündigung

1. Gründe:

- **Störung des Betriebsfriedens**
- **Minderleistung**
- **Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten**

2. Prüfungsumfang

- Prüfung, ob eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz besteht, an dem das beanstandete Verhalten weniger stört oder gar nicht vorkommen wird
- Ziel: vertragswidriger Zustand wird beseitigt
 - Durch Versetzung
 - Änderung der Tätigkeit
- **Abmahnung** grundsätzlich **erforderlich**

VIII. Die personenbedingte Änderungskündigung

1. Gründe

- **Krankheit**
- **Nachlassendes Leistungsvermögen:** Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien AP, der den Leistungsbeeinträchtigungen Rechnung trägt
- **Mangelnde Eignung**
- **Minderleistung**
 - BAG: 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784-788:
ggf. Anpassung der Gegenleistung (str.), dh. Entgeltkürzung, wenn durch Minderleistung nur Merkmale einer niedrigeren Vergütungsgruppe erfüllt werden
 - anders nun:** BAG 17.01.2008, 2 AZR 536/06: Der geringe Umfang einer Gehaltsreduzierung rechtfertigt keine Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses (aber: Bestand ist bei Änderungskündigung nicht gefährdet)

VIII. Die personenbedingte Änderungskündigung

2. Voraussetzungen

- Geschuldete Arbeitsleistung kann dauerhaft nicht erbracht werden (negative Prognose)
- erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
- Kein milderes Mittel

- Interessenabwägung: Dem Schutz älterer, langjährig Beschäftigter muss Rechnung getragen werden

- **Grenze:** Soweit die leidensgerechte Weiterbeschäftigung das Freimachen eines anderen AP mittels Direktionsrecht erfordert, muss der Arbeitgeber bei WS des BRats **kein Zustimmungsersetzungsverfahren** durchführen, um den anderen AN zu versetzen (BAG, 29.01.1997, 2 AZR 9/96)

VIII. Die personenbedingte Änderungskündigung

3. Beispiele

➤ Leidensgerechte Beschäftigung eines Schwerbehinderten

(BAG 22.09.2005, 2 AZR 519/04 NZA 2006, 486-490):

- Schwerbehindertem ist leidensgerechter Arbeitsplatz anzubieten, auch zu schlechteren Arbeitsbedingungen
- Grenze: § 81 IV 3 SGB IX: für Arbeitgeber unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden
- **Nicht zumutbar**, wenn der Betriebsrat nach § 99 BetrVG nicht zugestimmt hat, da erhebliche Verzögerung und unverhältnismäßige Kosten, insbesondere dann, wenn Beschäftigungsmöglichkeit bereits im Verfahren vor dem Integrationsamt als keine Lösung angesehen wurde
- Nur bei offensichtlich unbegründetem Widerspruch des Betriebsrats ist Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen

VIII. Die personenbedingte Änderungskündigung

➤ **Problem: Verhältnis der Änderungskündigung zum Wiedereingliederungsverfahren**

(BAG 10.12.2009, 2 AZR 400/08 NZA 2010, 398-400):

- AG muss eine durch BEM empfohlene Rehamaßnahme vor Ausspruch der Kündigung als milderer Mittel umsetzen
 - Bedarf es dazu der Einwilligung oder Initiative des AN, muss AG den AN unter Fristsetzung und Androhung einer Kündigung hierzu auffordern
 - Lehnt der AN die Maßnahme ab oder bleibt untätig: AG kann kündigen
 - Arbeitgeber ist verpflichtet, eine Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung auszusprechen, sofern er Maßnahme nicht alleine umsetzen kann
- **Aber:** Widerspricht BRat einer notwendigen Versetzung, ist in der Regel davon auszugehen, dass eine dem Arbeitgeber zumutbare Weiterbeschäftigung **nicht** vorliegt. Der Arbeitgeber ist nur bei Vorliegen besonderer Gründe verpflichtet, ein Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen: Änderungskündigung ist dann nicht erforderlich (BAG 22.09.2005, 2 AZR 519/04)

IX. Die außerordentliche Änderungskündigung

- Das geänderte unternehmerische **Konzept muss** vorgeschlagene **Änderungen erzwingen** (betriebsbedingte ao. Änderungskündigung)
- **alsbaldige Änderung** der Arbeitsbedingungen muss **unabweisbar notwendig und AN zumutbar** sein
- Bei einer ao. Kündigung zur Entgeltreduzierung muss die wirtschaftliche Lage so schlecht sein, dass der AG sonst Insolvenzantrag stellen müsste
- AG trägt Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er alles Zumutbare unternommen hat, die Änderungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken
- AG muss bei tariflich unkündbaren AN absehbare Überbrückungszeiträume und Reorganisationsmöglichkeiten (Versetzung, Umverteilung der Arbeit) einbeziehen
- Die gegenüber einem tariflich nicht ordentlich kündbaren AN ausgesprochene ao. Änderungskündigung muss zwingend eine der tariflichen Kündigungsfrist entsprechende soziale Auslaufrfrist wahren (LAG Hamm 03.04.2014, 17 Sa 1387/13)
- Ggf. **Freikündigung** (nach Interessenabwägung) **erforderlich**, es sei denn
 - unkündbarer AN kann freigelegten AP nicht innerhalb der für qualifizierten Stellenbewerber ausreichenden Einarbeitungszeit ausüben **oder**
 - der kündbare AN kann nicht selbst nach Änd.-Kündigung weiterbeschäftigt werden (BAG 18.5.2006, 2 AZR 207/05)
- keine Weiterbeschäftigungspflicht bei anderem AG des öffentlichen Dienstes

X. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

1. § 102 BetrVG

a. Umfang der Anhörung:

- Art der Kündigung
- Kündigungsgründe
- Inhalt des Änderungsangebots
- Kündigungsfrist
- Sozialdaten
- Bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung: Vergleichbare AN und deren Sozialdaten, Auswahlkriterien, Bewertungsmaßstab (BAG, 12.08.10, 2 AZR 945/08)

b. Verfahrensfragen

- Grundsatz der subjektiven Determinierung gilt wie bei der Beendigungskündigung
- AG kann i.R.d. Anhörungsverfahrens Frage, ob Beendigungs- oder Änderungskündigung ausgesprochen werden soll, offen lassen, wenn Kündigungssachverhalt für beide Alternativen feststeht, aber von Ausübung eines Widerspruchs des AN gegen den Betriebsübergang abhängt (BAG 22.4.2010, 2 AZR 991/08)

X. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

2. § 99 BetrVG

a. Umfang/Vss.

- bei Umgruppierung und Versetzung ist Unterrichtung und Zustimmung des Betriebsrats erforderlich
- Vss.: idR mehr als 20 wahlberechtigte AN beschäftigt
- zeitlich: bis Betriebsstilllegung, da MBR nicht Gegenstand des Restmandats

b. Verhältnis §§ 102 zu 99 BetrVG

- **Verfahren stehen nebeneinander**
- Verfahren können (und sollten) miteinander verbunden werden. AG muss aber klarstellen, dass er beide Verfahren einleiten will
- Es gelten die gleichen Fristen für den Widerspruch des Betriebsrats
- **Zustimmung nach § 99 BetrVG ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Änderungskündigung** (BAG 22.4.2010 2 AZR 491/09 (str)), da Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG an die tatsächliche Übertragung anknüpft und nicht an die Veränderung der Arbeitsvertragsbedingungen (maW: wirksame Änderungskündigung führt zur Erweiterung des Direktionsrechts; das MBR bestimmt über die Umsetzbarkeit)

X. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

c. Wirkung eines Widerspruchs des BRats nach § 99 BetrVG bei einer Versetzung

- **AN kann Arbeit** unter neuen Bedingungen **verweigern**, unabhängig davon, ob Änderungskündigung unter Vorbehalt angenommen oder nicht, selbst bei Abweisung der Änderungsschutzklage, es sei denn, es liegt Fall **des § 100 Abs. 1 BetrVG** vor
- AG muss ggf. Verfahren nach §§ 99, 100 BetrVG durchführen
- **Problem: welche Tätigkeit muss AN erbringen nach Ablauf der Kündigungsfrist und Annahme unter Vorbehalt (Bei Ersetzung des alten Arbeitsplatzes)?:**
 - **Bisherige Tätigkeit?** BAG 30.09.1993, NZA 1994, 424: (+), da Ziel der Änderungsschutzklage, § 242 BGB (aA. KR/Rost/Kreft (§ 2 Rn. 141: neue Tätigkeit);
 - AN kann neue Arbeit verweigern und behält Vergütungsanspruch
 - Während Kündigungsschutzverfahrens: Kündigung zurücknehmen oder Anerkenntnis
 - Ggf., wenn Zustimmungsersetzungsverfahren erfolglos: Beide Parteien haben einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Änderung, § 275 Abs. 1 BGB
 - Ist der bisherige AP weggefallen: Beendigungskündigung möglich, wenn Versetzung dauerhaft nicht möglich ist (da keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit)

X. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

d. Wirkung des Widerspruchs bei einer Umgruppierung

- Wirksamkeit der Änderungskündigung hängt nicht von der Zustimmung des Betriebsrats ab
- Ergebnis des Zustimmungsersetzungsverfahrens kommt begrenzte Bindungswirkung im Kündigungsschutzverfahren zu:
 - BAG, 28.08.2008, 2 AZR 967/06: Änderung der Vertragsbedingungen ist sozial nicht gerechtfertigt, wenn diese der Entscheidung im Zustimmungsersetzungsverfahren widerspricht
 - mE. muss dies aber auch positiv zugunsten des AG gelten: einer positiven Zustimmungsentscheidung sollte eine Vermutungswirkung für die Verhältnismäßigkeit des Änderungsangebots zukommen

X. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

e. Zustimmung des Betriebsrats

- Fiktion +, wenn sich der Betriebsrat nicht innerhalb einer Woche äußert
- Entscheidung muss für beide Verfahren individualisierbar sein (welchem Verfahren wird zugestimmt)

3. Mitbestimmung nach § 87 BetrVG

- Änderungskündigung kann auch Mitbestimmung nach § 87 BetrVG auslösen
 - Schichtarbeit
 - Änderung der betrieblichen Lohngestaltung
- Keine Änderungskündigung erforderlich, sofern Direktionsrecht ausreichend oder BV möglich
- Umsetzung der Änderung ohne Zustimmung des Betriebsrats unwirksam (Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung)
- **Aber:** Wirksamkeit der Änderungskündigung hängt **nicht** von der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 BetrVG ab (BAG 23.11.2000, 2 AZR 690/99)

XI. Sonderkündigungsschutz – Betriebsräte

1. Ordentliche Änderungskündigung: grundsätzlich ausgeschlossen, § 15 Abs. 1-3 KSchG

a. **Kündigungsverbot gilt uneingeschränkt** bei (ordentlicher) Änderungskündigung und bei **ordentlicher Massenänderungskündigung** (str.), da Kontinuität der Betriebsratsarbeit sowie Schutz der Mandatsträger gewährleistet werden soll

b. **Beginn und Dauer des Schutzes:**

Während der Amtszeit bzw. (bei Wahlvorstandmitgliedern und Wahlbewerbern) bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses sowie im jeweils geltenden Nachwirkungszeitraum, § 15 Abs. 1 bis 3 KSchG.

c. **persönlicher Schutzbereich:**

Mitglieder der Vertretungen, Wahlvorstand, Wahlbewerber, Wahlinitiatoren, Ersatzmitglieder, die nach § 25 I 2 BetrVG tätig geworden sind: für die Dauer der Vertretung

XI. Sonderkündigungsschutz – Betriebsräte

d. Ausnahme: § 15 Abs. 4 und 5 KSchG

- AG muss mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln für Weiterbeschäftigung des BRatsmitglieds zu möglichst gleichwertigen Bedingungen sorgen:
 - (1) (§ 15 V 1 KSchG): **Übernahme in and. Betriebsabteilung** durch Umsetzung/ Versetzung i.R.d. Direktionsrechts bzw. einvernehmlich, ggf. Freikündigung erforderlich
 - (2) Direktionsrecht (-): AG muss nach § 15 V 2 KSchG mögliche Weiterbeschäftigung in anderer Betriebsabteilung mit Änd.-Kündigung durchsetzen, **ggf. Freikündigung (+)**
 - (3) Besteht keine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb: Weiterbeschäftigungspflicht auf **freiem AP** in anderem Betrieb des Unternehmens
 - keine Freikündigung bei AP in anderem Betrieb, da nicht vom Schutzbereich des § 15 unmittelbar umfasst
- AP in eigenem Betrieb vordringlich anzubieten (Kontinuität des BRatsamts)
- **Kein Zustimmungserfordernis nach § 103 I BetrVG** (BAG 23.2.10, 2 AZR 656/08, 18.09.1997, 2 ABR 15/97), sondern Anhörung nach § 102 BetrVG

- **Grenzen:**
 - **Kein Anspruch auf Freikündigung** eines AP mit den geringsten Belastungen, wenn ein freier AP in einer anderen, räumlich weiter entfernten Betriebsabteilung besteht
 - **keine Pflicht**, höherwertige Tätigkeit anzubieten (str.), Argument: Bestandssicherung

XI. Sonderkündigungsschutz – Betriebsräte

e. weitere Fragen

- **Problem: Gebührt dem Mandatsträger stets der Vorrang oder ist Abwägung notwendig?**
 - (LAG Düsseldorf 15.09.2005 , 11 Sa 788/05 ; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 15 Rn. 183; KR/Etzel 10. Aufl. § 15 KSchG Rn. 126: **Abwägung erforderlich** a.A: Kittner/Däubler u.a., *KSchR* 7. Aufl. § 15 KSchG Rn. 77a; **BAG**: (offengelassen, tendenziell pro 1. Auffassung in besonderen Konstellationen, 12.3.09, 2 AZR 47/08)

- **Problem: nach der Stilllegung einer Betriebsabteilung steht nur eine begrenzte Zahl von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zur Verfügung**
 - Kollision §§ 1 III mit 15 I KSchG
 - Unter mehreren Mandatsträger erfolgt eine Sozialauswahl nach § 1 III KSchG (BAG 24.05.2012, 2 AZR 163/11), wobei aktive vor passiven Mandatsträgern (Ersatzmitglieder, ausgeschiedene Mitglieder, erfolglose Wahlbewerber) Vorrang genießen (Schutzzweck der Norm) (BAG 2.3.2006, NZA 2006, 988)
 - Aber: **kein Vorrang** von aktiven Betriebsratsmitgliedern zu Wahlbewerbern
 - Zuweisung der verbleibenden AP erfolgt nach § 1 III KSchG (a.A § 315 BGB)

XI. Sonderkündigungsschutz – Betriebsräte

2. außerordentliche Änderungskündigung

a. Zustimmung des Betriebsrats erforderlich, ggf. Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 BetrVG durchzuführen

- § 103 Abs. 1 BetrVG ist grunds. anzuwenden, dh. Zustimmung des Betriebsrats bzw. Zustimmungsersetzungsverfahren vor Ausspruch der Kündigung erforderlich
 - **Ausnahme:** Liegt ein Fall des **§§ 15 IV, V KSchG** vor und **zusätzlicher** Sonderkündigungsschutz, ist **keine Zustimmung erforderlich**
 - Zustimmung ist **während der Amtszeit** bzw. (bei Wahlvorstandmitgliedern und Wahlbewerbern) bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses erforderlich

b. Wichtiger Grund erforderlich, § 15 I 1 KSchG:

aa. Verschärfter Prüfungsmaßstab: **alsbaldige Änderung** der Arbeitsbedingungen muss **unabweisbar notwendig** sein (BAG 2.3.2006, NZA 2006, 988)

(BAG 17.03.2005, 2 ABR 2/04: unternehmerische Entscheidung, eine ganze Führungsebene abzuschaffen, kann wichtigen Grund darstellen)

bb. **Änderungen müssen Gekündigtem auch zumutbar sein** (kein Unterschied zur ordentlichen Änderungskündigung)

XI. Sonderkündigungsschutz – Betriebsräte

- **Problem: Einhaltung einer Auslaufrist/hypothetische Kündigungsfrist (str.)**
- **Grundsatz:** Fortsetzung des AV bis zum Ablauf einer fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist muss unzumutbar sein (BAG 21.06.2012, 2 AZR 343/11)
- Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist ist ausgeschlossen, da es unzumutbar sein muss, Mitglied des geschützten Personenkreises bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen (da sonst Wirkung wie ordentliche Kündigung; offen gelassen von BAG 27.09.2001, 2 AZR 487/00)
- **Ausnahme:** Bei der Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung bei einer Kündigung aus **betrieblichen Gründen** ist nicht auf die Dauer einer fiktiven Kündigungsfrist abzustellen, da es nicht um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht (BAG 21.06.1995, 2 ABR 28/94, juris):
 - Maßstab ist großzügiger, da alle MA betroffen sind
 - Einhaltung einer Kündigungs- bzw. Auslaufrist ist wegen des Schutzzwecks der Norm §§ 2, 15 KSchG nicht zu fordern
 - Entscheidend: ist Fortsetzung des AV bis zum ersten Entlassungstermin nach Ablauf des Sonderkündigungsschutzes zumutbar

XI. Sonderkündigungsschutz – Betriebsräte

3. Ausspruch der Kündigung/Kündigungstermin

- In Stilllegungsfällen kann der AG frühestens zum Zeitpunkt der Betriebsstilllegung kündigen
- Verschiebt sich das Ende der Betriebsstilllegung, endet das AV mit dem nächstmöglichen Termin nach der Betriebsstilllegung (LAG Nürnberg, 27.11.2007, NZA-RR 2008, 295)
- Bei Betriebsstilllegung in Etappen sind Mandatsträger erst mit der letzten Gruppe zu entlassen

XII. Verfahrensfragen

1. Anträge/Tenor

a. bei Annahme unter Vorbehalt (Änderungsschutzklage), § 4 Satz 2 KSchG:

„Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist“

b. keine Annahme unter Vorbehalt
(Änderungskündigungsschutzklage), § 4 Satz 1 KSchG:

„Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Änderungskündigung der Beklagten nicht aufgelöst wurde“

XII. Verfahrensfragen

2. Frist zur Klageerhebung

- 3 Wochen, § 4 Satz 1 und Satz 2 KSchG
- alle Unwirksamkeitsgründe müssen innerhalb von drei Wochen geltend gemacht werden (Ausnahme: Nichteinhaltung der Schriftform)
- bei Nichteinhaltung der 3-Wochen-Frist erlischt der vom AN erklärte Vorbehalt, die Änderung wird wirksam, §§ 4 Satz 2, 7, 2. Hs. KSchG
- Frist gilt auch für Arbeitsverhältnisse, welche nicht dem KSchG unterliegen (§ 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG)

XII. Verfahrensfragen

3. Wirkung des Urteils/Prozesshandlungen

a. kein Vorbehalt erklärt und

aa. AG obsiegt: Beendigung des AV mit Ablauf der Kündigungsfrist

bb. AN obsiegt: Kündigung ist unwirksam, Annahmeverzugslohnanspruch (+)

- **aber:** AN muss sich hypothetisches Bruttogehalt anrechnen lassen, § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG, welches er nach ausgeschlagenem Änderungsangebot verdient hätte (BAG, 26.09.2007, NZA 2008, 1063), wenn er
- Änderungskündigung nicht unter Vorbehalt annimmt und
 - **angebotene Arbeit zumutbar** war (auf Kündigungsgrund kommt es nicht an)
 - Keine gänzlich andere Arbeit
 - Marktübliches Gehalt (BAG: Gehaltskürzung von 42 % zumutbar)
 - Anrechnung zeitlich begrenzt bis zum Ablauf der angebotenen Tätigkeit
 - Auflösungsantrag nach § 9 KSchG möglich

XII. Verfahrensfragen

b. Annahme unter Vorbehalt

aa. Arbeitgeber obsiegt

- Vorbehalt wird wirkungslos: AV besteht zu geänderten Bedingungen fort

bb. Arbeitnehmer obsiegt

- Änderungskündigung war von Anfang an unwirksam, § 8 KSchG
- Arbeitsbedingungen werden rückwirkend wiederhergestellt, soweit möglich
 - dh.: bei Entgeltsenkung: Nachzahlung
 - bei Versetzung ggf. Schadensersatz, sofern ein materieller Schaden entstanden ist, ggf. Aufwandsentschädigung
 - bei Kürzung der Arbeitszeit: Lohnersatz für Zeiten, in denen AN nicht eingesetzt wurde
- **aber: Anrechnung von Entgelten**, die AN nicht erzielt hätte, wenn er wie urspr. vereinbart gearbeitet hätte, § 11 KSchG analog (ErfK/Kiel, § 8 Rn. 2)
- Während des Prozesses kein Anspruch des AN auf Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen
- kein Auflösungsantrag nach § 9 KSchG: Beendigung des AV nicht im Streit
- Abfindung ist nicht steuerfrei und sozialversicherungsrechtlich Arbeitsentgelt
- Auflösung des AV nach § 12 KSchG (-), nur Eigenkündigung des AN

XII. Verfahrensfragen

4. Rücknahme der Änderungskündigung

a. bei vorbehaltloser Ablehnung des Änderungsangebots:

- wie Beendigungskündigung zu behandeln: **nicht einseitig möglich**

b. bei Annahme unter Vorbehalt:

- Annahme des Angebotes des AN unter Vorbehalt = Zustimmung des AN zur Rücknahme des Änderungsangebots und zur Beschäftigung zu den ursprünglichen Arbeitsbedingungen
- Rechtsstreit ist mit Rücknahme des Änderungsangebots erledigt: Kosten trägt der AG, § 91a ZPO
- AN hat Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als hätte er ununterbrochen zu den alten Vertragsbedingungen weitergearbeitet

XII. Verfahrensfragen

5. Streit über fristgerechten Vorbehalt

- Verspätete Vorbehaltserklärung ist neues Angebot des AN auf Abschluss eines Änderungsvertrages unter Vorbehalt
- Bei verspätet erklärtem Vorbehalt wäre Änderungsschutzklage unbegründet (str.)
- Es empfiehlt sich, Änderungsschutzklage und hilfsweise Kündigungsschutzklage für den Fall des Unterliegens zu erheben
- hilfsweise Kündigungsschutzklage kann analog § 6 KSchG auch nach Ablauf der 3-Wochen-Frist erhoben werden, wenn die Änderungsschutzklage rechtzeitig erhoben wurde (KR/Rost/Kreft, § 2 Rn. 165 mwN.)

XII. Verfahrensfragen

6. Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG

a. Vorbehalt erklärt:

- § 102 Abs. 5 BetrVG (-): AN muss nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens zu geänderten Vertragsbedingungen weiterarbeiten (Beschäftigungsinteresse wird erfüllt; auch **kein allg. WBA**)
- Freiwerden von Arbeitspflicht nur durch Eigenkündigung/ Auflösungsvereinbarung
- Bei zustimmungspflichtiger Änderung (§ 99 BetrVG) der Arbeitsbedingungen: AN ist **zu alten Bedingungen** zu beschäftigen bis zur Zustimmung/-ersetzung
- Stellt das Urteil die (formale) Wirksamkeit des Vorbehalts fest: Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den geänderten Bedingungen
- Stellt das Urteil die Unwirksamkeit des Vorbehalts fest und hat AN hilfsweise Kündigungsschutzklage erhoben: Weiterbeschäftigung zu den alten Bedingungen

b. kein Vorbehalt erklärt:

(1) **Betriebsrat hat Kündigung widersprochen:** § 102 Abs. 5 BetrVG (+)

(2) **kein Widerspruch des Betriebsrats:** Lehnt der AN nach Ausspruch der Änderungskündigung durch den Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen ab, kann hierin ein böswilliges Unterlassen liegen, zumutbare Arbeit anzunehmen, § 11 KSchG (s.o.), allg. WBA (+)

XII. Verfahrensfragen

7. Wertfestsetzung:

a. **bisherige ständige Rechtsprechung** des LAG Düsseldorf:

- Änderungskündigungsschutzklage: 3 Bruttomonatsgehälter
- Änderungsschutzklage (Annahme unter Vorbehalt): 2 Bruttomonatsgehälter

b. **nach dem Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichtsbarkeit**

- Änderungskündigungsschutzklage: (unverändert) 3 Bruttomonatsgehälter
- Änderungsschutzklage (Annahme unter Vorbehalt):
 - **Mit Vergütungsänderung:** 36-fache Monatsdifferenz, maximal 3 Bruttomonatsgehälter
 - **Ohne Vergütungsänderung:** grundsätzlich: 1 Bruttomonatsgehalt, bei besonders schwerwiegenden Belastungen bis zu 2 Bruttomonatsgehälter

Fazit

- Die Änderungskündigung ist vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprägt, d.h. **jedes** Änderungsgebot muss zeitlich und inhaltlich mit der unternehmerischen Entscheidung korrelieren (=nicht weiter, als zur Zielerreichung erforderlich)
- Besonderes Augenmerk ist auf die formale und inhaltliche Ausgestaltung des Änderungsangebots zu legen, insbesondere auf Bestimmtheit und Klarheit
- Voraussetzungen für den Kündigungsbestandteil sind nicht geringer als für eine Beendigungskündigung
- Kündigung und Änderungsangebot sind strikt zu trennen (Ausnahme: Sozialauswahl)
- In Zweifelsfällen (Reichweite des Direktionsrechts, Widerrufvorbehalt) ist anzuraten, hilfsweise oder unbedingt Änderungskündigung auszusprechen
- Eine erforderliche Vergütungsreduzierung ist vordringlich durch gleichzeitige Umstrukturierung des Arbeitsplatzes zu erreichen, da in diesem Fall das Äquivalenzgefüge neu bestimmt werden kann

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit