

## Individualarbeitsrecht

### Arbeitspapier 13

#### I. Änderungskündigung

##### 1. Ausgangslage

Das Arbeitsverhältnis darf nicht „versteinern“, sondern muss immer wieder an geänderte Rahmenbedingungen angepasst werden (z. B. infolge einer Umstrukturierung, verschlechterten Ertragslage)

Hierzu dient die Änderungskündigung, die der Arbeitgeber als Instrument einsetzen kann, wenn ein einvernehmlicher Änderungsvertrag nicht zustandekommt

##### 2. Begriff und Abgrenzungen

Die Änderungskündigung besteht aus zwei Willenserklärungen:

- Kündigung
- Änderungsangebot

Beide Erklärungen müssen verknüpft werden

- unbedingte Beendigungskündigung mit Änderungsangebot *oder*
- aufschiebend bedingte (§ 158 I BGB) Beendigungskündigung

Abgrenzungen:

- Weisungsrecht (betrifft Änderung innerhalb der Grenzen des Arbeitsvertrages)
- Ausübung eines Änderungsvorbehalts (z. B. Widerrufsvorbehalt > AGB-Kontrolle!)

##### 3. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

- Vorhaltlose Annahme des Änderungsangebots (Annahmefrist mindestens 3 Wochen)
- Vollständige Ablehnung des Änderungsangebots (führt zur Beendigung des AV)
- Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt (innerhalb von 3 Wochen)  
Modifikation von § 150 II BGB durch § 2 KSchG

BAGE 118, 190 = NZA 2006, 1092

1. Nach § 2 S. 2 KSchG kann der Arbeitnehmer, dem gegenüber eine Änderungskündigung ausgesprochen wurde, das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annehmen. Den Vorbehalt muss der Arbeitnehmer, wenn die Kündigungsfrist weniger als drei Wochen beträgt, innerhalb der Kündigungsfrist, ansonsten innerhalb von drei Wochen erklären.

2. Diese gesetzliche Frist ist zwingend. Für den Arbeitnehmer nachteilige Abweichungen von den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes können nicht vereinbart, erst recht nicht einseitig durch den Arbeitgeber festgelegt werden.

3. § 2 S. 2 KSchG betrifft nach seinem Wortlaut lediglich die Vorbehaltserklärung, nicht jedoch die vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots. Indes ist diese Frist als Mindestfrist auch auf die vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots zu erstrecken. Die Vorbehaltserklärung stellt eine bedingte Annahme dar. Sie setzt deshalb ein annahmefähiges Angebot voraus.

4. Zwar ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei, sein Änderungsangebot zu befristen. Dabei bildet jedoch die gesetzliche Mindestfrist des § 2 S. 2 KSchG die Untergrenze.

5. Die zu kurze Bestimmung der Annahmefrist führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Sie setzt vielmehr die gesetzliche Frist des § 2 S. 2 KSchG in Lauf.

#### 4. Anforderungen an die soziale Rechtfertigung

Zweistufige Prüfung:

- Es muss „an sich“ ein Grund für die Änderung des AV vorliegen (iS § 1 II KSchG)
- Vorgeschlagene Änderungen müssen dem AN zumutbar sein

#### **BAGE NZA 2003, 147 (Änderungskündigung zwecks Entgeltreduzierung)**

1. Für eine betriebsbedingte Änderungskündigung nach § 2 KSchG müssen hinsichtlich ihrer sozialen Rechtfertigung insbesondere die Voraussetzungen des § 1 II S. 1 bis 3 KSchG vorliegen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist das Änderungsangebot des Arbeitgebers daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse gem. § 1 II KSchG es bedingen und ob sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.

2. Hat sich die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht verändert, so ist eine - isolierte - Reduzierung der vereinbarten Vergütung durch eine betriebsbedingte Änderungskündigung nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Grundsätzlich sind einmal geschlossene Verträge einzuhalten. Ein Geldmangel allein kann den Schuldner nicht entlasten. Die Dringlichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in das Leistungs-/Lohngefüge, wie es die Änderungskündigung zur Durchsetzung einer erheblichen Lohnsenkung darstellt, ist deshalb nur begründet, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen. Regelmäßig setzt deshalb eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.

BAGE 115, 149 = NZA 2006, 92:

1. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass darauf beschränkt hat, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.
  2. Ein anerkennenswerter Anlass ist dann gegeben, wenn das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu den bisherigen Bedingungen entfallen ist. Das kann auf einer nur der Missbrauchskontrolle unterliegenden unternehmerischen Entscheidung zur Umstrukturierung des Betriebs beruhen.
  3. Ob der Arbeitnehmer die vorgeschlagenen Änderungen billigerweise hinnehmen muss, richtet sich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Keine der angebotenen Änderungen darf sich weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Anpassung an die geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten erforderlich ist.
  4. Wenn durch das Änderungsangebot neben der Tätigkeit (Arbeitsleistungspflicht) auch die Gegenleistung (Vergütung) geändert werden soll, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen.
5. Klage und Rechtsfolgen
- AN muss neben der rechtzeitigen Annahme unter Vorbehalt rechtzeitig Änderungsschutzklage erheben. Sonst erlischt der Vorbehalt. Die Änderungskündigung wird wirksam (§§ 4, 7 KSchG).

## II. Betriebsübergang (§ 613a BGB)

### 1. Grundlagen

#### a) Zweck der Regelung

Ausgangslage:

Wenn ein Arbeitgeber einen Betrieb (Betriebsteil) auf einen neuen Inhaber überträgt, geraten die Arbeitsverhältnisse in Gefahr, wenn der neue Betriebsinhaber die Arbeitnehmer, die er weiterbeschäftigen will, ohne Rücksicht auf Bestandsschutzvorschriften frei auswählen könnte.

Deshalb existiert (seit 1972) § 613a BGB, der in diesen Fällen eine automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse anordnet

#### b) Europarechtlicher Hintergrund: RL 2001/23/EG (früher RL 77/187/EWG)

Folge des europarechtlichen Hintergrundes:

- Richtlinienkonforme Auslegung von § 613a BGB
- Erhebliche Bedeutung der Rspr. des EuGH

#### c) Wirtschaftliche Bedeutung

Ständige Umstrukturierungsprozesse

Derzeit (2012) ca. 450 Entscheidungen allein des BAG

### 2. Voraussetzungen

#### a) Begriff des Betriebs und Betriebsteils (Transaktionsobjekt)

##### aa) Traditioneller Betriebsbegriff (vgl. BetrVG)

Organisatorische Zusammenfassung von materiellen und immateriellen Betriebsmittel (aber Ausklammerung der Belegschaft)

##### bb) Begriffsmodifikation kraft Europarechts

Wirtschaftliche Einheit

Organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit (Einbeziehung der Belegschaft)

Unterscheidung zwischen:

- Produktionsbetrieben (betriebsmittelgeprägt)
- Dienstleistungsbetrieben (betriebsmittelarm)

### **EuGH NZA 1994, 545 (Christel Schmidt)**

Art. 1 I Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. 2. 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen ist so auszulegen, daß ein Fall wie der im Vorlagebeschluß beschriebene, in dem ein Unternehmer durch Vertrag einem anderen Unternehmer die Verantwortung für die Erledigung der früher von ihm selbst wahrgenommenen Reinigungsaufgaben überträgt, auch dann dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterliegt, wenn diese Aufgaben vor der Übertragung von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt wurden.

### **EuGH NZA 1997, 433 (Ayse Süzen)**

Die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. 2. 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen gilt nach ihrem Art. 1 I nicht für den Fall, daß ein Auftraggeber, der die Reinigung von Räumlichkeiten einem Unternehmer übertragen hat, den Vertrag mit diesem kündigt und zur Durchführung ähnlicher Arbeiten einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmer schließt, sofern dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des von dem einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen Unternehmer verbunden ist.

### **EuGH NZA 2003, 1385 (Carlito Ablor)**

Art. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. 2. 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen ist so auszulegen, dass diese Richtlinie auf eine Situation anwendbar ist, in der ein Auftraggeber, der einen ersten Unternehmer vertraglich mit der gesamten Verpflegung in einem Krankenhaus betraut hatte, diesen Vertrag beendet und über dieselbe Leistung einen neuen Vertrag mit einem zweiten Unternehmer abschließt, wenn der zweite Unternehmer zuvor von dem ersten Unternehmer benutzte und beiden nacheinander vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte wesentliche materielle Betriebsmittel benutzt, und dies auch dann, wenn der zweite Unternehmer zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Arbeitnehmer des ersten Unternehmers nicht übernehmen will.

EuGH NZA 2006, 29 (Güney-Görres)

Art. 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass bei der Prüfung des Vorliegens eines Unternehmens- oder Betriebsübergangs nach dieser Vorschrift im Fall einer Auftragsneuvergabe im Rahmen der Gesamtbetrachtung die Feststellung einer Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Übergangs dieser Mittel vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer ist.

EuGH NZA 2009, 251 (Klarenberg)

Art. 1 I lit. a und b der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift auch dann angewandt werden kann, wenn der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit nicht bewahrt, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen.

b) Übergang

Übertragung der betrieblichen Leitungsgewalt auf einen neuen Inhaber unter Wahrung der Identität des ursprünglichen Betriebs bzw. Betriebsteils

BAG NZA 2003, 93 (Verhältnis von Betriebsübergang und Betriebsstilllegung)

1. Ein Betriebsübergang i.S. des § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung von deren Identität fortführt.
2. Bei einem Produktionsbetrieb kann für die Wahrung der wirtschaftlichen Einheit entscheidend sein, ob der Erwerber die beim Veräußerer gebildete betriebliche Organisation übernimmt oder ob er die Produktion mittels der in seinem Betrieb bereits bestehenden Organisation fortführt und die übernommenen Wirtschaftsgüter in die vorhandene Organisation seiner Produktion eingliedert.
3. Gegen eine Identität der wirtschaftlichen Einheit spricht, wenn der Betriebszweck sich ändert und statt der ursprünglichen Massenproduktion von Schuhen nunmehr überwiegend handwerklich ausgerichtete Musterfertigung von Schuhen im Vordergrund steht.
4. Eine Betriebsstilllegung und ein Betriebsübergang schließen sich gegenseitig aus.

## **BAG NZA 2006, 1101 (Betriebsübergang – Auftragsneuvergabe)**

Nutzt ein Auftragnehmer von der Bundesrepublik Deutschland zwingend zur Verfügung gestellte technische Geräte und Anlagen, um die Personenkontrolle am Flughafen durchzuführen, macht deren Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus, insbesondere wenn die technische Ausstattung nicht frei am Markt erhältlich ist. Führt er die Kontrolltätigkeit darüber hinaus unverändert und ohne zeitliche Unterbrechung aus, ist von einem Betriebsübergang auszugehen. Auf die eigenwirtschaftliche Nutzung der sächlichen Betriebsmittel kommt es nicht an.

### c) Durch Rechtsgeschäft

Kriterium dient zur Abgrenzung von Betriebsübergängen kraft Hoheitsaktes oder Gesamtrechtsnachfolge

BAGE 35, 104 (Rechtsgeschäft mit einem Dritten)

Rechtsgeschäft kann auch zwischen Dritten zustandekommen  
(zB Verpächter überträgt Betrieb durch neuen Pachtvertrag an Nachfolger)

BAGE 87, 303 = NZA 1998, 534:

1. Endet ein Reinigungsauftrag und übernimmt der neue Auftragnehmer keine sächlichen Betriebsmittel, setzt ein Betriebsübergang oder Teilbetriebsübergang gem. § 613a BGB BGB voraus, daß der neue Auftragnehmer kraft eigenen Willensentschlusses einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der bisher für die betreffenden Arbeiten eingesetzten Arbeitnehmer im wesentlichen unverändert weiterbeschäftigt.

2. Für einen rechtsgeschäftlichen Übergang bedarf es keines Vertrages zwischen den beiden Reinigungsunternehmen. Es genügt die Ausführung der Reinigungsarbeiten auf vertraglicher Grundlage in Verbindung mit der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer.

### 3. Rechtsfolgen

#### a) Übergang des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1 S. 1)

Automatischer Vertragspartnerwechsel

Problem: Zuordnung von Arbeitsverhältnissen

Dazu BAG, NZA 2003, 315:

Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil zuzuordnen ist. Dabei ist nach der Rechtsprechung des *Senats* nicht ausreichend, dass er, ohne dem Betriebsteil anzugehören, als Beschäftigter einer Verwaltungsabteilung des Unternehmens Tätigkeiten für den übertragenen Teil des Unternehmens verrichtet

#### b) Informationsobliegenheit und Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Betroffene AN müssen vorab informiert werden (Abs. 5)

Außerdem können sie dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse widersprechen (Abs. 6) - Ausdruck der Berufsfreiheit (Arbeitsplatzfreiheit) Arbeitnehmer (= Rechtsfolgenverweigerungsrecht)

**BAGE 119, 91 = NZA 2006, 1268 = JA 2007, 816 m. Anm. Krause  
(Unterrichtungspflicht und Widerspruch)**

1. Die Frist zur Erklärung eines Widerspruchs gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses gem. § 613a VI BGB wird weder bei einer unterbliebenen noch bei einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung ausgelöst.

2. Eine Unterrichtung nach § 613a V BGB erfordert eine verständliche, arbeitsplatzbezogene und zutreffende Information. Sie muss u.a. Angaben über die Identität des Erwerbers, den Gegenstand und den rechtlichen Grund des Betriebsübergangs sowie eine korrekte Darstellung der rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer enthalten.

3. Wird das Widerspruchsrecht nach dem Betriebsübergang ausgeübt, wirkt es auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück.

Zusatzproblem: soziale Auswahl nach ausgeübtem Widerspruchsrecht bei anschließender betriebsbedingter Kündigung?

BAGE 123, 1 = NZA 2008, 3 = JA 2009, 465 m. Anm. *Krause*  
(uneingeschränkte Sozialauswahl nach Widerspruch des Gekündigten)

1. Auch die Arbeitnehmer, die einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber nach § 613 a VI BGB widersprochen haben, können sich bei einer nachfolgenden, vom Betriebsveräußerer erklärten Kündigung auf eine mangelhafte Sozialauswahl nach § 1 III KSchG berufen.

2. Die Gründe für den Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber sind seit 1. 1. 2004 bei der Abwägung der sozialen Auswahlkriterien nicht mehr zu berücksichtigen, da die Auswahlkriterien (Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung) vom Gesetzgeber nunmehr abschließend benannt worden sind.

- b) Schicksal kollektivvertraglicher Regelungen  
(Einzelheiten gehören in das kollektive Arbeitsrecht)
  - aa) Kollektivrechtliche Fortgeltung
  - bb) Individualrechtliche Fortgeltung (Abs. 1 S. 2 Hs. 1)
  - cc) Veränderungssperre (Abs. 1 S. 2 Hs. 2)
  - dd) Ablösung durch neuen Kollektivvertrag (Abs. 1 S. 3)
  - ee) Einschränkung der Veränderungssperre (Abs. 1 S. 4)
- c) Mithaftung des alten Arbeitgebers (Abs. 2)
- d) Kündigungsverbot (Abs. 4 S. 1)  
Regelung enthält eigenständiges Kündigungsverbot, nicht nur eine Konkretisierung der Sozialwidrigkeit iS des KSchG. Anwendung daher unabhängig vom Anwendungsbereich des KSchG.

### **III. Arbeitnehmerüberlassung**

#### 1. Wirtschaftliche Bedeutung

Zunahme von 160.000 (1994) auf derzeit (2012) ca. 900.000

#### 2. Rahmenbedingungen (AÜG und RL 2008/104/EG)

Zunächst zunehmende Liberalisierung, seit einiger Zeit Re-Regulierung

#### 3. Rechtliche Ausgestaltung

Grundsatz: Equal-pay (§§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 IV AÜG), aber praktisch flächendeckende Derogation durch Tarifverträge (Einzelheiten gehören in das kollektive Arbeitsrecht)