

Aktenzeichen: 2 AZR 446/09
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 9. September 2010
- 2 AZR 446/09 -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 27. Juni 2006
- 17 Ca 11517/04 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 29. April 2009
- 18 Sa 1196/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Änderungskündigung

Gesetz:

KSchG §§ 2, 1

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 2 AZR 936/08 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 446/09
18 Sa 1196/07
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. September 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 29. April 2009 - 18 Sa 1196/07 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung. 1

Der 1964 geborene, ledige Kläger ist seit 1985 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin tätig. Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 2. Juli 1985 heißt es ua.: 2

„Der Arbeitsvertrag richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesangestelltentarifvertrages (BAT) einschließlich der für die Flughafen Frankfurt/Main AG geltenden Zusatzbestimmungen, den betriebsüblichen Regelungen und den Dienstvorschriften. ...“

Auf dieser Grundlage war der Kläger zuletzt als Gefahrgutabfertiger in der Abteilung Bodenverkehrsdienste, Bereich Fracht (BVD-F) beschäftigt. Gemäß seiner Eingruppierung in die Vergütungsgruppe Vc erzielte er einen monatlichen Bruttoverdienst in Höhe von 2.994,58 Euro. Im Verlauf des Arbeitsverhältnisses legte er erfolgreich die IHK-Prüfung zum „Flugzeugabfertiger“ ab. Außerdem verfügt er über eine abgeschlossene Berufsausbildung zum Groß- und Außenhandelskaufmann und besitzt neben dem Pkw-Führerschein den sog. Vorfeldführerschein sowie einen Führerschein für Stapler und Sondergeräte. 3



Die Beklagte beschäftigt etwa 13.000 Arbeitnehmer. Sie betrieb ua. die Abfertigung von Luftfracht am Flughafen Frankfurt/Main in der Abteilung BVD-F. Dort waren ca. 600 Arbeitnehmer - darunter der Kläger - tätig.

Im September 2003 beschloss die Beklagte, den Bereich BVD-F zur Vermeidung weiterer Verluste auf ein Tochterunternehmen, die Tradeport Frankfurt GmbH, zu übertragen. Während die Beklagte durch Verbandsmitgliedschaft an den BAT und den BMT-G II gebunden war und mit allen Arbeitnehmern die Geltung dieser Tarifwerke zwecks Gleichstellung vereinbart hatte, unterliegt die Tochtergesellschaft diesen Bindungen nicht. Die Tradeport Frankfurt GmbH ist stattdessen Mitglied in der Vereinigung des Verkehrsgewerbes Hessen e.V. und wendet die von dieser mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*) abgeschlossenen Tarifverträge für die Arbeitnehmer des privaten Transport- und Verkehrsgewerbes in Hessen an.

Als sich abzeichnete, dass die Mehrzahl der Beschäftigten der Abteilung BVD-F einem Betriebsübergang widersprechen würde, richtete die Beklagte im Bereich Bodenverkehrsdienste die neue Abteilung „Frachtservice“ ein (*BVD-FS*). In dieser Abteilung sollten widersprechende Beschäftigte aus der Abteilung BVD-F „aufgefangen“ werden. Die Arbeitnehmer sollten sodann im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei der Tradeport Frankfurt GmbH eingesetzt werden.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 unterrichtete die Beklagte den Kläger über den beabsichtigten Betriebsübergang. Der Kläger und ca. 550 weitere Arbeitnehmer widersprachen dem Übergang.

Unter dem Datum 19. Dezember 2003 schlossen der Hessische Arbeitgeberverband der Gemeinden und Kommunalverbände, dessen Mitglied die Beklagte ist, und *ver.di*, vertreten durch die Landesbezirksleitung Hessen, die Tarifvertragliche Vereinbarung Nr. 741 (*TVb Nr. 741*). Sie enthält Sonderregelungen zu BAT und BMT-G II für die Beschäftigten der Abteilung „Frachtservice“ bei der Beklagten. Sie gilt nach § 1 für alle Arbeitnehmer, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Tochtergesellschaft widersprochen haben. Sie sieht in § 2 ua. vor, dass die Arbeitnehmer „im Sinne der Be-



schäftigungssicherung“ verpflichtet sind, einen ggf. auch im Wege der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz in der Abteilung BVD-FS anzunehmen und für einen Entleiher tätig zu sein. Dabei ist grundsätzlich vorgesehen, dass der Einsatz bei der Tradeport Frankfurt GmbH erfolgt. Die TVb Nr. 741 regelt ferner, dass die Vergütung bei einer Beschäftigung in der Abteilung BVD-FS geringer als bisher ist. Nehmen die Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen im Sinne der Änderungskündigung nicht an, sind nach § 2 Abs. 6 TVb Nr. 741 Beendigungskündigungen zulässig, § 53 Abs. 3, § 55 Abs. 2 BAT und § 52 BMT-G II finden insoweit keine Anwendung.

Am 22. Dezember 2003 wurde der Beklagten die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern erteilt. Am 30. Januar 2004 schloss sie mit der Tradeport Frankfurt GmbH einen Vertrag zur Übertragung des Frachtgeschäfts mit Wirkung zum 1. Juli 2004. Mit Änderungskündigung vom März 2004 kündigte sie das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. September 2004 und bot dem Kläger die Weiterbeschäftigung ab 1. Juli 2004 zu den Bedingungen der TVb Nr. 741 an. Der dagegen erhobenen Änderungschutzklage wurde - rechtskräftig - mit der Begründung stattgegeben, das Änderungsangebot sei sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte den Lohn des Klägers vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist habe ändern und damit erheblich in das Vertragsgefüge habe eingreifen wollen (*vgl. Senat 21. September 2006 - 2 AZR 155/06 -*).

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien nach Anhörung des Betriebsrats erneut, nunmehr zum 30. Juni 2005 und bot dem Kläger abermals die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der Abteilung BVD-FS zu den Bedingungen der TVb Nr. 741 an.

Der Kläger, der nicht tarifgebunden ist, hat das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen und Änderungschutzklage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, sein Arbeitsverhältnis sei gemäß § 53 Abs. 3 BAT ordentlich nicht kündbar. Daran habe sich durch die tarifvertraglichen Sonderregelungen nichts geändert. Die Bezugnahmeklausel im Arbeits-



vertrag sei unklar und könne nicht als „große dynamische Verweisung“ ausgelegt werden. Jedenfalls stelle die TVb Nr. 741 keine Zusatzbestimmung zum BAT im Sinne der Klausel dar. Die Tarifvereinbarung sei ihrerseits - auch formell - unwirksam. Die Arbeitnehmer des Bereichs Fracht würden ungerechtfertigt gegenüber denen anderer Abteilungen benachteiligt. Die Änderungen der Arbeitsbedingungen seien zudem sozial ungerechtfertigt. Es fehle an deren Dringlichkeit, da er weiterhin dieselbe Tätigkeit verrichte, nur als Leiharbeiter. Tatsächlich handele es sich um eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung. Die hieran zu stellenden Anforderungen seien nicht erfüllt. Die Beklagte habe Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu unveränderten finanziellen Bedingungen nicht ordnungsgemäß geprüft. Insbesondere habe sie den im Zeitpunkt der ersten Änderungskündigung freien und geeigneten Arbeitsplatz einer Vorfeldaufsicht zwischenzeitlich treuwidrig anderweitig besetzt. Auch habe sie keine Sozialauswahl durchgeführt und fehle es an einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats.

Der Kläger hat - soweit noch von Bedeutung - beantragt

12

festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung der Beklagten vom 15. Dezember 2004 rechtsunwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die TVb Nr. 741 sei wirksam. Die Änderung der Arbeitsbedingungen trage den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten nach Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsübergang Rechnung. Das Änderungsangebot berücksichtige die wirtschaftlichen Gegebenheiten in dem umkämpften Markt des Frachtservice. Ein freier gleichwertiger Arbeitsplatz außerhalb der Frachtabfertigung sei weder im maßgeblichen Zeitraum ab September 2004 noch ab 2003 vorhanden gewesen. Einer Sozialauswahl habe es mit Rücksicht auf die Regelungen der TVb Nr. 741 nicht bedurft. Außerdem liege kein Auswahlfehler vor. Die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß durchgeführt worden. Sie habe dem Betriebsrat sämtliche aus ihrer Sicht kündigungsrelevanten Tatsachen mitgeteilt.

13



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

14

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Änderungskündigung weder wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung unwirksam ist noch tarifvertraglich ausgeschlossen war und dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen iSv. §§ 2, 1 KSchG sozial gerechtfertigt sind.

15

I. Die Änderungskündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Die entsprechende Würdigung des Landesarbeitsgerichts lässt unter Berücksichtigung der „subjektiven Determiniertheit“ der Betriebsratsanhörung (*dazu Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 - Rn. 34, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = EzA BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8; 27. September 2001 - 2 AZR 236/00 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 99, 167*) keinen Rechtsfehler erkennen. Das betrifft insbesondere den zwischen den Parteien umstrittenen Gesichtspunkt der Sozialauswahl. Ist - wie im Streitfall - nach Auffassung des Arbeitgebers eine solche Auswahl nicht vorzunehmen, kann er dem Betriebsrat Auswahlgesichtspunkte nicht mitteilen (*Senat 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 111 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 107*).

16

II. Die - ordentliche - Änderungskündigung vom 15. Dezember 2004 ist nicht deshalb unwirksam, weil der Kläger im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Sonderkündigungsschutz nach § 53 Abs. 3, § 55 Abs. 2 BAT genossen hätte. Der durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die vorgenannten Tarifregelungen vermittelte Kündigungsschutz des Klägers ist durch die TVb Nr. 741 wirksam beschränkt worden.

17



1. Die tariflichen Sonderregelungen sind auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar. Die TVb Nr. 741 wird von der Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag des Klägers erfasst. Der Tarifvertrag ist eine „für die Flughafen Frankfurt/Main AG geltende Zusatzbestimmung“ im Sinne dieser Regelung. Das ergibt die Auslegung der Klausel, bei der es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB handelt. Das Landesarbeitsgericht hat sich insoweit die Ausführungen des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts im Urteil vom 17. Oktober 2007 (- 4 AZR 812/06 - Rn. 15 ff., AP BAT § 53 Nr. 9) zu eigen gemacht, dem eine inhaltsgleiche Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag eines anderen Arbeitnehmers der Beklagten zugrunde lag. Dem schließt sich der Senat an. Die hiergegen vorgebrachten Rügen der Revision greifen nicht durch. 18
- a) Dem Wortlaut der Bezugnahmeklausel, wonach für das Arbeitsverhältnis der BAT „einschließlich der für die Flughafen Frankfurt/Main AG geltenden Zusatzbestimmungen“ Anwendung finden sollen, lässt sich keine Einschränkung dahingehend entnehmen, dass diese „Zusatzbestimmungen“ nur ergänzenden und nicht abändernden Charakter haben könnten. Insbesondere ist der Begriff des „Zusatzes“ (vgl. Duden Das Synonymwörterbuch „zusätzlich“: auch noch, außerdem, besonder..., dazu, überdies, extra-; Wahrig Deutsches Wörterbuch 2006 „zusätzlich“: ergänzend hinzukommend, hinzugefügt) nicht in der Weise determiniert, dass unter den einbezogenen Bestimmungen nur solche den BAT abändernden oder von ihm abweichenden Regelungen verstanden werden könnten, die nicht in seine zentralen Regelungen eingreifen (BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - Rn. 19, AP BAT § 53 Nr. 9). 19
- b) Für ein Verständnis, dem gemäß auch den BAT abändernde bzw. von ihm abweichende Tarifbestimmungen als „Zusatzbestimmung“ im Sinne der Klausel anzusehen sind, spricht ferner der einem durchschnittlichen Vertragspartner der Beklagten erkennbare Sinn und Zweck der Vertragsbedingung. Durch die Anwendbarkeit der speziell für den Flughafen vereinbarten tariflichen Regelungen soll erreicht werden, dass auch für die Arbeitsverhältnisse nicht tarifgebundener Arbeitnehmern die unternehmensbezogenen tariflichen Rege- 20



lungen gelten, die den spezifischen Regelungsbedürfnissen des Flughafens Rechnung tragen können. Dem entspricht, dass diese unternehmensbezogenen tariflichen Zusatzbestimmungen in jedem Fall Anwendung finden und nicht nur dann oder insoweit, wie sie lediglich ergänzende oder verbessernde Regelungen enthalten. Soweit die Revision meint, damit werde, um der Interessenlage der Beklagten zu genügen, eine vom Wortlaut keinesfalls vorgegebene Auslegung „über das Knie gebrochen“, übersieht sie, dass die Wortbedeutung dem gefundenen Ergebnis gerade nicht entgegensteht. Im Übrigen führt der Kläger selbst an, dass die Klausel eine Gleichstellung der nicht tarifgebundenen mit den tarifgebundenen Arbeitnehmern bewirken soll. Das spricht für die gewollte Anwendbarkeit einer speziellen unternehmensbezogenen Sonderregelung wie der TVb Nr. 741. Dass solche Regelungen abändernden, ergänzenden oder ersetzenden Inhalt haben können, ergibt sich aus dem Charakter und der Funktion dieser Tarifverträge (*BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - Rn. 22, AP BAT § 53 Nr. 9*).

c) Dieser Auslegung steht nicht die Unklarheitenregelung in § 305c Abs. 2 BGB entgegen, wonach Zweifel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Dabei kann offenbleiben, ob die Anwendung der Vorschrift auf arbeitsvertragliche Klauseln, die auf tarifvertragliche Bestimmungen Bezug nehmen, grundsätzlichen Bedenken im Hinblick darauf begegnet, dass die Frage der Günstigkeit für den Arbeitnehmer nicht abstrakt und unabhängig von der jeweiligen Fallkonstellation beantwortet werden kann (*so bspw. BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - Rn. 27, BAGE 128, 73*). Die Unklarheitenregelung setzt jedenfalls voraus, dass die Auslegung nach den einschlägigen Auslegungsregeln zu nicht behebbaren Zweifeln führt. Das trifft auf die in Rede stehende Klausel aus den genannten Gründen nicht zu (*BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - Rn. 23, AP BAT § 53 Nr. 9*). Danach scheidet auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) aus. Die bloße Auslegungsbedürftigkeit einer Klausel bedeutet nicht zugleich deren Intransparenz (*ErfK/Preis 11. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 44 mwN*).

21



2. Die TVb Nr. 741 genügt den Anforderungen der §§ 1, 2 TVG. 22
- a) Die Vereinbarung ist formell ordnungsgemäß zustande gekommen. 23
Dabei kann offenbleiben, ob die bei Abschluss des Tarifvertrags für ver.di handelnden Mitglieder des Landesbezirks Hessen - der Landesfachbereichsleiter und der hessische Tarifkoordinator - von vorneherein ausreichend zur Vertretung der Gewerkschaft bevollmächtigt waren. Selbst wenn es hieran, wie der Kläger gemeint hat, gefehlt haben sollte, wäre angesichts der mit gewerkschaftlichem Schreiben vom 18. Juli 2008 ausdrücklich bestätigten Abschlussvollmacht und der Tatsache, dass der Tarifvertrag seit dem Jahr 2003 ohne erkennbare Beanstandung seitens der Tarifvertragsparteien Anwendung gefunden hat, zumindest von einer Genehmigung durch ver.di auszugehen (vgl. dazu BAG 12. Dezember 2007 - 4 AZR 996/06 - Rn. 18, BAGE 125, 169; 18. Dezember 1996 - 4 AZR 129/96 - zu II 1.1.2 der Gründe mwN, BAGE 85, 28).
- b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass ver.di und 24
der Hessische Arbeitgeberverband für Gemeinden und Kommunalverbände ungeachtet der Regelungen des RTV 1998/2002 befugt waren, vom BAT und den dortigen Kündigungsschutzbestimmungen abweichende Regelungen zu vereinbaren. Darauf, ob sich die TVb Nr. 741 im Rahmen der Öffnungsklausel des Rahmentarifvertrags hält, kommt es nicht an.
- aa) Mit Abschluss des Rahmentarifvertrags haben sich die Tarifvertrags- 25
parteien und durch sie vertretene Unterorganisationen nicht ihrer Befugnis begeben, im Rahmen ihrer jeweiligen Tarifzuständigkeit und im Sinne des sog. Posterioritätsprinzips (dazu BAG 18. März 2009 - 4 AZR 84/08 - Rn. 38, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 216) in Zukunft ergänzende und ggf. abändernde Regelungen zu BAT und BMT-G II zu vereinbaren. Das stellt auch der Kläger nicht in Abrede.
- bb) Der Wirksamkeit der TVb Nr. 741 steht nicht entgegen, dass sie auf 26
Arbeitgeberseite durch den Hessischen Arbeitgeberverband der Gemeinden und Kommunalverbände geschlossen wurde. Dieser war als Unterorganisation



der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) nicht gehindert, im Rahmen seiner Tarifizzuständigkeit zur Ergänzung und Änderung eines von der Spitzenorganisation abgeschlossenen Tarifvertrags eigene, spezielle (Firmen-)Tarifverträge zu schließen. Durch sie wird der überregionale Tarifvertrag als solcher nicht aufgehoben, geändert oder gekündigt. Die Tarifverträge gelten vielmehr nebeneinander. Mögliche Widersprüche zwischen ihnen sind nach den Grundsätzen der Tarifkonkurrenz aufzulösen (*BAG 22. Februar 1957 - 1 AZR 426/56 - BAGE 3, 358; Däubler/Peter TVG 2. Aufl. § 2 Rn. 61; Löwisch/Rieble TVG § 2 Rn. 114; Schaub ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 199 Rn. 14; aA Wiedemann/Oetker TVG 7. Aufl. § 2 Rn. 442*). Danach findet die TVb Nr. 741 auf das Arbeitsverhältnis der Parteien als die dem Geltungsbereich nach engere Regelung Anwendung.

c) Die Einschränkungen des Sonderkündigungsschutzes durch die TVb Nr. 741 sind nicht wegen Eingriffs in eine schützenswerte Rechtsposition des Klägers unwirksam. 27

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können Tarifvertragsparteien die Regelungen eines von ihnen abgeschlossenen Tarifvertrags auch rückwirkend ändern, was sich zulasten entweder der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber auswirken kann (*Senat 2. Februar 2006 - 2 AZR 58/05 - Rn. 19 - 24 mwN, BAGE 117, 53*). Die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien zu einem rückwirkenden Eingriff in ihr Regelwerk ist allerdings durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes für die Normunterworfenen begrenzt. Insoweit gelten die gleichen Regeln wie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Rückwirkung von Gesetzen (*BVerfG 19. Dezember 1961 - 2 BvL 6/59 - BVerfGE 13, 261*). In deren Anwendung sind rückwirkende Regelungen zum tariflichen Sonderkündigungsschutz möglich, wenn der Ausschluss der ordentlichen Kündigung schon bisher Ausnahmetatbestände enthielt und die Neuregelung den Sonderkündigungsschutz nicht vollständig abschafft, sondern lediglich die Ausnahmetatbestände modifiziert (*BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - Rn. 26 f., AP BAT § 53 Nr. 9*). 28



bb) Danach ist die Einschränkung des Sonderkündigungsschutzes nach § 53 Abs. 3 BAT durch die TVb Nr. 741 nicht zu beanstanden (*so bereits BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - AP BAT § 53 Nr. 9*). Die Bestimmungen des BAT enthielten bereits Ausnahmetatbestände, etwa die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen zur Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe zu kündigen. Die TVb Nr. 741 hebt den Sonderkündigungsschutz nach § 53 Abs. 3, § 55 Abs. 2 BAT auch nicht vollständig auf, sondern enthält dazu nur eine weitere Einschränkung. Sie ermöglicht im Übrigen lediglich Änderungskündigungen, die auf den Einsatz in der Abteilung Frachtservice zu den dafür geltenden - verschlechterten - Vergütungsregelungen gerichtet sind. Nur die Ablehnung des Änderungsangebots kann zu einer Beendigungskündigung führen. Hinzu kommt, dass die Einschränkung des Sonderkündigungsschutzes ein Teil der Gesamtregelungen der TVb Nr. 741 ist, deren Gegenstand die aus dem Betriebsteilübergang und dem Widerspruch der Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer folgenden Probleme sind. Die TVb Nr. 741 hat das Ziel, einerseits die Arbeitsplätze der widersprechenden Arbeitnehmer zu erhalten, andererseits den Personalaufwand zu verringern. Durch § 2 Abs. 6 Satz 4 der Bestimmungen werden auch die Arbeitnehmer mit dem Sonderkündigungsschutz nach § 53 Abs. 3 BAT in diese Gesamtregelung einbezogen. Gleichwohl bleiben sie weiterhin stärker geschützt als andere Arbeitnehmer. Die Auswahlrichtlinien in der Anlage 1 zur TVb Nr. 741 gewichten die Umstände, die den Sonderkündigungsschutz begründen, als Auswahlkriterien bei der Besetzung gleichwertiger freier Arbeitsplätze so hoch, dass die Beschäftigten mit Sonderkündigungsschutz in aller Regel Vorrang genießen werden. Die so ausgestaltete Einschränkung des Sonderkündigungsschutzes verletzt kein schützenswertes Vertrauen der Betroffenen (*so schon BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - Rn. 29 bis 34, aaO*).

cc) Die TVb Nr. 741 ist schließlich nicht deshalb unwirksam, weil die Sonderregelungen nur für die dem Bereich BVD-F zugeordneten Arbeitnehmer gelten. Die Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrags gehört zu den grundlegenden Befugnissen der Koalitionen (*ErfK/Franzen*

29

30



11. Aufl. § 4 TVG Rn. 17). Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz durch die tätigkeitsbezogene Differenzierung ist nicht ersichtlich. Durch den Widerspruch einzelner Arbeitnehmer gegen den Betriebsübergang ist bei der Beklagten ein Überhang an Arbeitskräften entstanden, der die Grundlage für die durch die TVb Nr. 741 in engen Grenzen ermöglichte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses bildet.

3. Die Einschränkungen des Sonderkündigungsschutzes nach § 2 Abs. 6 der TVb Nr. 741 erfassen, anders als der Kläger meint, auch die erklärte ordentliche Änderungskündigung. Die Regelungen in § 2 TVb Nr. 741 stellen sich als Konkretisierung des ultima-Ratio-Prinzips dar. Einem dem Betriebsübergang widersprechenden Arbeitnehmer soll vorrangig ein Angebot zur einvernehmlichen Versetzung unterbreitet werden. Nur wenn er eine solche, ihm ggf. im Rahmen einer Änderungskündigung angetragene Versetzung ablehnt, soll eine Beendigungskündigung in Betracht kommen. Ist gegenüber dem Arbeitnehmer im Rahmen des vorgegebenen, abgestuften Vorgehens eine Änderungskündigung auszusprechen, kann die in § 2 Abs. 6 Satz 3, Halbs. 2 TVb Nr. 741 erklärte Nichtanwendung von § 53 Abs. 3, § 55 Abs. 2 BAT nur so verstanden werden, dass sie sich auch auf diese Kündigung bezieht. Eine andere Betrachtung wäre nicht mit dem Umstand zu vereinbaren, dass die Änderungskündigung, soweit das in ihr enthaltene Änderungsangebot nicht zumindest unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen wird, als Beendigungskündigung Wirkung entfaltet. 31
4. Der Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass im Übrigen die in § 1 und § 2 TVb Nr. 741 normierten tatbestandlichen Voraussetzungen für die Einschränkung des Sonderkündigungsschutzes im Kündigungszeitpunkt erfüllt waren, ist die Revision nicht entgegengetreten. 32
- III. Die dem Kläger mit der Kündigung angetragene und auf betriebliche Gründe gestützte Änderung der Arbeitsbedingungen ist sozial gerechtfertigt iSv. § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG. 33



1. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes darauf beschränkt hat, solche Änderungen anzubieten, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Im Rahmen des § 1 Abs. 2 Satz 1 iVm. § 2 KSchG ist vor allem zu prüfen, ob ein Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist und dem Arbeitnehmer bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die am wenigsten beeinträchtigende Änderung angeboten wurde (*Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 17 mwN, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 143 = EzA KSchG § 2 Nr. 75; 15. Januar 2009 - 2 AZR 641/07 - Rn. 13 f., AP KSchG 1969 § 2 Nr. 141*). 34
2. Danach ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht angenommen hat, das bisherige Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger sei entfallen. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte zum 1. Juli 2004 sämtliche Betriebsmittel der Abteilung BVD-F einschließlich der Halle, der Wiegestation und der Büro- und Unterkunftscontainer sowie alle Kundenverträge ihrer Tochtergesellschaft überlassen. 35
3. Diese zum Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeiten führende Organisationsentscheidung der Beklagten war weder offensichtlich unsachlich noch unvernünftig oder willkürlich. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat sich die Beklagte zur Auslagerung der Abteilung BVD-F entschieden, um den dort erwirtschafteten Verlusten entgegenzuwirken und wettbewerbsfähig zu bleiben. Es ist nicht Sache der Gerichte, dem Arbeitgeber eine bestimmte betriebliche oder unternehmerische Organisationsstruktur vorzuschreiben (*Senat 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - Rn. 27, EzA KSchG § 2 Nr. 66*). 36
4. Die Beklagte hat mit dem Änderungsangebot die Grenzen der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Es handelt sich nicht - wie die Revision meint - um eine Lohnkürzung bei unverändertem Inhalt der Arbeitspflicht. Die ausgesprochene Änderungskündigung dient nicht der Entgeltreduzierung, sondern der Änderung der Tätigkeit - an diese knüpft sodann die tarifliche Neufest- 37



setzung des Lohns an. Während der Kläger bisher im Betrieb der Beklagten eingesetzt wurde, soll er nunmehr - wenn auch mit den gleichen Arbeiten und am selben Ort wie bisher - als Leiharbeitnehmer in einem Fremdbetrieb tätig werden; dafür erhält er nach der maßgeblichen TVb Nr. 741 eine geringere Vergütung.

a) Was das mit der Kündigung verbundene Angebot einer neuen Tätigkeit anbelangt, so ist ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht erkennbar. Im Kündigungszeitpunkt stand fest, dass der Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist bei der Beklagten infolge des Betriebsübergangs mit den bisherigen Tätigkeiten nicht mehr beschäftigt werden konnte. Das Angebot der Beklagten, den Vertrag so zu ändern, dass sie ihn an die Betriebsübernehmerin würde ausleihen können, damit er dort wie bisher weiter arbeiten könne, diene der Vermeidung einer Beendigungskündigung. Unter diesen Umständen ist eine Änderungskündigung betrieblich bedingt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG (vgl. *Senat 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - Rn. 35, EzA KSchG § 2 Nr. 66*). Davon, dass die Beklagte den Kläger auch auf der Grundlage seines bisherigen Arbeitsvertrags im Wege des Direktionsrechts hätte anweisen können, als Leiharbeitnehmer bei der Tochtergesellschaft zu arbeiten, kann nicht ausgegangen werden. Diese Änderung, die einen zentralen Teil des Vertragsinhalts betrifft, hätte einer Vertragsänderung bedurft (*Senat 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - aaO*). Das gilt umso mehr, als Arbeitnehmern, die in der Abteilung „Frachtservice“ der Beklagten beschäftigt werden, nach der TVb Nr. 741 - nach vorheriger Abstimmung mit dem Betriebsrat - auch Aufgaben in anderen Entleiherbetrieben zugewiesen werden können. Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe Vortrag zum Vorliegen eines sog. Gemeinschaftsbetriebs zwischen der Beklagten und der Tochtergesellschaft nicht hinreichend gewürdigt, ist jedenfalls unbegründet. Das vermeintlich übergangene Vorbringen ist mangels Darlegung auf den Einzelfall bezogener Tatsachen, die auf eine konkludente Führungsvereinbarung schließen ließen, nicht schlüssig (*zu den Voraussetzungen im Einzelnen: Senat 29. April 1999 - 2 AZR 352/98 - zu III 4 der Gründe, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 21 = EzA KSchG § 23 Nr. 21; BAG 14. September 1988 - 7 ABR 10/87 - zu B 1 der Gründe, BAGE 59, 319*).

38

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- b) Das Änderungsangebot ist auch hinsichtlich der mit ihm verbundenen Entgeltminderung verhältnismäßig. 39
- aa) Eine gesonderte Rechtfertigung der Vergütungsänderung ist grundsätzlich entbehrlich, wenn sich die geänderte Vergütung aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt („*Tarifautomatik*“) (*Senat 27. November 2008 - 2 AZR 757/07 - Rn. 31 mwN, BAGE 128, 308*). Das Gesetz weist den Tarifvertragsparteien eine weitgehende Regelungsmacht mit gesetzesgleicher Wirkung für ihre Mitglieder zu. Das geschieht im Vertrauen darauf, dass die Tarifvertragsparteien in der Lage sind die Interessen ihrer Mitglieder zu einem angemessenen Ausgleich - auch und gerade im Bereich der Vergütung - zu bringen. Haben also die Tarifvertragsparteien für eine bestimmte Tätigkeit eine bestimmte Vergütung ausgehandelt, ist es in der Regel gerechtfertigt, diese Vergütung als angemessen im Sinne der sozialen Rechtfertigung des Änderungsangebots anzusehen. So liegt es auch hier. Die Beklagte hat dem Kläger die ihm nach der TVb Nr. 741 zustehende Vergütung angetragen. 40
- bb) Ein Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot des § 9 Nr. 2 AÜG liegt nicht vor. Die Regelung des § 9 Nr. 2 Teilsatz 1 AÜG, nach der Vereinbarungen unwirksam sind, die für den Leiharbeitnehmer 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 Entgelts vorsehen, ist nach § 9 Nr. 2 Teilsatz 4 AÜG tarifdispositiv und lässt nach ihrem Teilsatz 5 auch Abweichungen durch (*insgesamt*) in Bezug genommene Tarifverträge zu. Unabhängig davon stellt der Kläger nicht in Abrede, dass die im Betrieb der Tradeport Frankfurt GmbH (*mittlerweile umfirmiert in FCS GmbH*) zur Anwendung gebrachten Tarifverträge des privaten Transport- und Verkehrsgewerbes für eine vergleichbare Tätigkeit sogar ein geringeres Entgelt vorsehen als die ihm nach der TVb Nr. 741 angetragene Vergütung. 41
5. Die Kündigung ist auch nicht deshalb sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG, weil die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, den Kläger im Betrieb anderweitig auf einem freien Arbeitsplatz weiterzu- 42



beschäftigen. Der Kläger macht in der Revision nur noch geltend, die Beklagte hätte ihm vorrangig eine Weiterbeschäftigung auf der im Zeitpunkt der ersten Kündigung vom März 2004 freien Stelle einer Vorfeldaufsicht anbieten müssen; die später erfolgte Stellenbesetzung sei - bezogen auf die Kündigung vom Dezember 2004 - entsprechend dem Rechtsgedanken des § 162 BGB treuwidrig. Dieser Einwand ist unberechtigt. Der Kläger unterstellt der Beklagten den Ausspruch einer bewusst ohne Rücksicht auf eine bestehende Beschäftigungsmöglichkeit erklärten ersten Kündigung, der ihr die Möglichkeit zur zweiten Kündigung unter Verweis auf einen dann nicht mehr freien Arbeitsplatz ermöglichen sollte. Anhaltspunkte für ein solch planvolles Vorgehen der Beklagten liegen, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, nicht vor.

6. Die Kündigung ist schließlich nicht wegen einer unzureichenden sozialen Auswahl unwirksam. 43

a) Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist auch eine aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ausgesprochene Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Das Gebot der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte gilt auch für betriebsbedingte Änderungskündigungen (§ 2 Satz 1 KSchG). Bei diesen kommt es für die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer nicht nur darauf an, ob die Arbeitnehmer nach ihren bisherigen Tätigkeiten miteinander verglichen und damit gegeneinander ausgetauscht werden können. Die Arbeitnehmer müssen vielmehr auch für die Tätigkeit, die Gegenstand des Änderungsangebots ist, wenigstens annähernd gleich geeignet sein, die Austauschbarkeit muss sich auch auf den mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz beziehen (*Senat 18. Januar 2007 - 2 AZR 796/05 - Rn. 26, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 89 = EzA KSchG § 2 Nr. 64*). 44

b) Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also nach der ausgeübten Tätigkeit. Die Austauschbarkeit setzt nicht die 45



Gleichheit der Arbeitsplätze voraus, sondern liegt in dem Umfang vor, in welchem der Arbeitnehmer aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit und seiner Ausbildung die Aufgaben auf einem anderen - gleichwertigen - Arbeitsplatz ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen (*Senat 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - Rn. 13, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 67*). An der Austauschbarkeit fehlt es allerdings, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht im Wege des Direktionsrechts auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann.

c) Danach hat der Kläger unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten zu den Umständen, die aus ihrer Sicht einer Vergleichbarkeit mit anderen nach der Vergütungsgruppe Vc vergüteten Arbeitnehmern entgegenstehen, nicht konkret dargelegt, welchen Arbeitsplatz er hätte besetzen können und welcher Arbeitnehmer statt seiner ein Angebot zur Weiterbeschäftigung als Leiharbeiter hätte erhalten müssen. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, wonach kein anderer Arbeitnehmer innerhalb einer zumutbaren Einarbeitungszeit die Aufgabe eines Gefahrgutbeauftragten in der Abteilung BVD-FS habe übernehmen können, wird von ihm nicht angegriffen.

46

d) Die Beklagte war nicht aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen gehindert, zur sozialen Auswahl vorzutragen, auch wenn die Betriebsratsanhörung hierzu keine Information enthielt.

47

Der Arbeitgeber, der bei einer durchgeführten Sozialauswahl bestimmte Arbeitnehmer übersehen oder für nicht vergleichbar gehalten und deshalb dem Betriebsrat die für die soziale Auswahl (*objektiv*) erheblichen Umstände nicht mitgeteilt hat, ist grundsätzlich berechtigt, seinen Vortrag auf entsprechende Rüge im Prozess zu ergänzen. Darin liegt kein nach § 102 BetrVG unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen (*vgl. Senat 26. März 2009 - 2 AZR 296/07 - Rn. 42, BAGE 130, 182; 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - zu B II 3 b der Gründe mwN, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 111 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 107*). Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber aus nachvollziehbaren Gründen bei

48



Ausspruch der Kündigung davon ausgegangen ist, eine Sozialauswahl sei insgesamt entbehrlich. Im Streitfall steht überdies nicht die Sozialauswahl im engeren Sinne, sondern nur die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer in Rede. Die Beklagte konnte deshalb ihr Vorbringen ergänzen, ohne durch die Betriebsratsanhörung „präkludiert“ zu sein.

Kreft

Schmitz-Scholemann

Berger

Krichel

Pitsch

