

ZAP

16 | 2021

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

11. August
33. Jahrgang
ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Hensler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar a.D. Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln
Begründet von: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider



AUS DEM INHALT

Kolumne

§ 128a ZPO, die Anwaltschaft und Corona – Anekdoten (S. 779)

Anwaltsmagazin

Neuerungen beim automatisierten Mahnverfahren (S. 781) • Elektronische Akte beim BAG (S. 782) • BGH erlaubt Sammelklagen-Inkasso (S. 783)

Aufsätze

Horst, Herstellung und Management von E-Mobilität im Miet- und WEG-Recht (S. 795)

Stollenwerk, Rechtsprechungsübersicht zum Familienrecht – 1. Halbjahr 2021 (S. 813)

Holthausen, Instrumente zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes (S. 831)

Rechtsprechung

BGH: Umgangsrecht des leiblichen Vaters (S. 789)

BAG: Begrenzte Anrechnung von Berufserfahrungszeiten (S. 791)

VGH Baden-Württemberg: Befreiung eines Schülers von der Maskenpflicht (S. 792)

ZAP

In Zusammenarbeit mit der
Bundesrechtsanwaltskammer



Arbeitsrecht

Instrumente zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes

Von Rechtsanwalt Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Flexibilität, Agilität, erfolgreicher und rascher Umgang mit Veränderungen sind zentrale Herausforderungen der modernen Arbeitswelt. Durch raschen und tiefgreifenden digitalen und gesellschaftlichen Wandel werden klassische Arbeitsmodelle – wie Innen- und Außendienst oder die Bindung an einen bestimmten, örtlich fixierten Arbeitsplatz – durch neue, flexible Arbeitsmodelle abgelöst. Gerade die Digitalisierung ermöglicht dabei eine weitgehende Flexibilisierung von Arbeitszeit und ortsungebundener Arbeit, wie gerade in Pandemiezeiten noch einmal deutlich geworden ist.

Inhalt

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Direktions-/Weisungsrecht des Arbeitgebers, Versetzungsvorbehalt 1. Arbeitsort und Versetzungsvorbehalt 2. Tätigkeit/Aufgaben und Versetzungsvorbehalt 3. Arbeitszeit 4. Billiges Ermessen | <ul style="list-style-type: none"> II. Änderungskündigung 1. Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung 2. Einführung von Kurzarbeit durch Änderungskündigung 3. Homeoffice III. AGB-Kontrolle IV. Prozessuales V. Fazit |
|---|--|

I. Direktions-/Weisungsrecht des Arbeitgebers, Versetzungsvorbehalt

Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten!) und die aus ihm folgende **Vertragsbindung** gilt erst recht nach Einführung der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) durch die Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 auch im Arbeitsrecht.

Damit rückt zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes primär das Direktions- oder Weisungsrecht des Arbeitgebers in den Blick. Nach § 106 S. 1 GewO darf der Arbeitgeber u.a. den **Ort der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen** (vgl. § 315 BGB) näher bestimmen, soweit dieser nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.4.2018 – 6 Sa 1586/17, LAGE § 106 GewO 2003 Nr. 32) oder gesetzliche Vorschriften festgelegt ist. Der Inhalt der getroffenen einzelvertraglichen Regelungen ist durch Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Es ist insb. festzustellen, ob ein bestimmter **Tätigkeitsort vertraglich festgelegt** worden ist und welchen **Inhalt** ein ggf. vereinbarter **Versetzungsvorbehalt** hat (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20 – „Homeoffice-Änderungskündigung“).

Gängige Instrumente für den Arbeitgeber, um seine Handlungs- und Anpassungsfähigkeit zu erhöhen, sind arbeitsvertragliche **Versetzungsklauseln bzw. -vorbehalte** (vgl. BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452), wobei gesetzlich höherrangige Vorgaben in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen zu beachten sind. Arbeitsvertragliche Versetzungsvorbehalte können Art, Inhalt und Ort

der Tätigkeit des Arbeitnehmers betreffen (Lunk/HOLTHAUSEN, *AnwaltFormulare Arbeitsrecht*, 3. A., § 1a Rn 1578 ff.; HOLTHAUSEN, ZAP 2015, F. 17, 1171, 1172 m.w.N.). Differenziert wird zwischen **Versetzungs-vorbehalten**, die das gesetzliche arbeitgeberseitige **Direktionsrecht** nach § 106 GewO nur **abbilden/konkretisieren** und „echten“ **Versetzungsklauseln**, die das arbeitgeberseitige **Direktionsrecht erweitern** (vgl. BAG, Urt. v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, NZA 2010, 1355; BAG, Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 36/09, AP Nr. 45 zu § 307 BGB).

Dabei sind selbstredend die **Grenzen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts** zu beachten. Ein Arbeitnehmer ist nach § 106 S. 1 GewO, § 315 BGB nicht – auch nicht vorläufig – an eine Weisung des Arbeitgebers gebunden, die die Grenzen billigen Ermessens nicht wahrt (unbillige Weisung, BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, a.a.O.).

Andererseits stellt nicht jede Auseinandersetzung, Meinungsverschiedenheit oder nicht gerechtfertigte Maßnahme des Arbeitgebers (z.B. Abmahnung, Versetzung, Kündigung) eine rechtswidrige und vorwerfbare Verletzung der Rechtsgüter des Arbeitnehmers und damit eine unerlaubte Handlung oder einen **Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht** nach § 241 Abs. 2 BGB dar. Im Arbeitsleben übliche Konfliktsituationen, auch wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, sind nicht geeignet, derartige Tatbestände zu erfüllen, weshalb es gilt, sog. folgenloses bzw. sozial- und rechtsadäquates Verhalten aufgrund einer **objektiven Betrachtungsweise**, d.h. ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Arbeitnehmers, von der rechtlichen Bewertung auszunehmen. **Ein Entzug von Befugnissen und die nicht vertragsgemäße Beschäftigung eines Arbeitnehmers ist grds. geeignet, in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers einzugreifen.** Nicht nur Weisungen, die sich i.R.d. dem Arbeitgeber zustehenden Direktionsrechts bewegen und die nicht auf einer schikanösen Tendenz beruhen, stellen regelmäßig keine Rechtsgutsverletzung dar; dies gilt auch für den Rahmen des Direktionsrechts überschreitende Weisungen, sofern ihnen sachlich nachvollziehbare Erwägungen des Arbeitgebers zugrunde liegen. Es kommt nicht allein auf die Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen an, sondern v.a. darauf, ob diese mit der Zielrichtung vorgenommen wurde, den Arbeitnehmer zu schikanieren und damit als Angriff auf seine Rechtsgüter gewertet werden kann (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 11.9.2019 – 7 Sa 56/19).

1. Arbeitsort und Versetzungsvorbehalt

Die **örtliche Flexibilität des Arbeitnehmers** und ggf. auch ein Wohnortwechsel – insb. ins Ausland – sind bei ambitionierterer beruflicher Entwicklung und Karriereplanung heutzutage fast schon ein Muss, um sich für höhere Aufgaben und Positionen in einer globalisierten Welt zu empfehlen. Gleichwohl stehen familiäre/personliche Hemmnisse oftmals einer entsprechenden Flexibilität entgegen und Arbeitnehmer weisen in der Mehrzahl eine eher geringe Mobilitätsbereitschaft auf.

Ist ein Einsatz des Arbeitnehmers aufgrund der Regelungen im Arbeitsvertrag nicht auf einen oder mehrere bestimmte Einsatzorte beschränkt, kann der Arbeitgeber ihm gegenüber auch den Einsatz an weiteren Einsatzorten anordnen. Dies liegt im Rahmen seiner Ausübungskontrolle nach § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.3.2020 – 2 Sa 428/18). Die **Bestimmung eines Orts der Arbeitsleistung in Kombination mit einer im Arbeitsvertrag durch Versetzungsvorbehalt** geregelten **Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen** verhindert nach der Rechtsprechung des Zehnten Senats regelmäßig die vertragliche Beschränkung auf den im Vertrag genannten Ort der Arbeitsleistung (BAG, Urt. v. 13.11.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, 181). **Fehlt es an einer Festlegung des Inhalts oder des Orts der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag**, ergibt sich der **Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers** aus § 106 GewO. Auf die Zulässigkeit eines darüber hinaus vereinbarten Versetzungsvorbehalts kommt es dann nicht an. Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort zu, unterliegt dies der Ausübungskontrolle gem. § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 3 S. 1 BGB (BAG, Urt. v. 30.11.2016 – 10 AZR 11/16, NZA 2017, 1394; krit. zur Beschränkung auf die Ausübungskontrolle bei Versetzungen mit einer Veränderung des Arbeitsorts HROMADKA, NZA 2012, 233, 238; offengelassen in BAG, Urt. v. 18.10.2012 – 6 AZR 86/11, AP Nr. 23 zu § 106 GewO; zum Ganzen BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, a.a.O.).

Gibt es zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags nur einen Arbeitsort beim Arbeitgeber, kann aus der Aufnahme des Ortes in den Arbeitsvertrag gerade nicht darauf geschlossen werden, dass die Parteien eine Verwendung an einem anderen – zu diesem Zeitpunkt nicht existierenden – Ort ausschließen wollen. Allein die **Nichtausübung des Direktionsrechts über einen längeren Zeitraum schafft regelmäßig keinen Vertrauenstatbestand** dahingehend, dass der Arbeitgeber von seinem Recht in Zukunft keinen Gebrauch machen will. Für eine solche Beschränkung des Weisungsrechts bedarf es besonderer, über die bloße Nichtausübung hinausgehender Anhaltspunkte. Zu der langjährigen Ausübung einer bestimmten Tätigkeit an einem bestimmten Ort müssen also noch andere Umstände hinzutreten, weil die Einschränkung des Direktionsrechts eine Vertragsänderung darstellt und deshalb auch entsprechende rechtsgeschäftliche Willenselemente, die auf eben diese Änderung gerichtet sein sollen, erkennbar sein müssen, die die Annahme rechtfertigen, dass der Arbeitnehmer nach dem übereinstimmenden Parteiwillen künftig nur noch eine ganz bestimmte Tätigkeit (hier an einem bestimmten Ort) schulden soll (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 5.11.2019 – 8 Sa 28/19). Regelt der Arbeitsvertrag die Bestimmung des Orts der Arbeitsleistung sowie durch Versetzungsvorbehalt die Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen, verhindert diese Kombination regelmäßig die vertragliche Beschränkung auf den im Vertrag genannten Ort der Arbeitsleistung (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.4.2019 – 5 Sa 371/18).

Beispiel – Versetzungsvorbehalt:

„Der Arbeitgeber behält sich vor, dem Arbeitnehmer innerhalb des Betriebs/des Unternehmens eine andere zumutbare, gleichwertige Tätigkeit bei unveränderter Vergütung zuzuweisen, die seinen Vorkenntnissen und Fähigkeiten entspricht.“

oder

„Das Arbeitsverhältnis bezieht sich auf eine Tätigkeit in ... (Ort). Das Unternehmen behält sich vor, den/die Mitarbeiter/in innerhalb des gesamten Unternehmens – auch an einen anderen Ort – (vertretungsweise für die Höchstdauer von ... Monaten/Jahren) im Rahmen des Absatzes 1 zu versetzen, wenn ihm/ihr dies bei Abwägung der betrieblichen und seiner/ihrer persönlichen Belange zuzumuten ist. Außer bei dringenden betrieblichen Notwendigkeiten wird das Unternehmen hierbei eine Ankündigungsfrist beachten, die der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist des/der Mitarbeiters/in entspricht. Kosten eines von dem Unternehmen angeordneten Wohnsitzwechsels werden dem/der Mitarbeiter/in erstattet.“ (Preis/PREIS, Der Arbeitsvertrag, 6. A. 2020, Teil III A. II.).

Die Ausübung des Direktionsrechts eines Arbeitgebers nach § 106 GewO, § 315 Abs. 1 BGB dahingehend, dass der Arbeitnehmer zur **Erbringung seiner Arbeitsleistung an einen anderen Arbeitsort** versetzt wird, kann **trotz damit verbundener Beeinträchtigungen des persönlichen Lebens des Arbeitnehmers** wie z.B. längeren Wegezeiten und daraus resultierende höheren Fahrtkosten zum Arbeitsort, billigem Ermessen entsprechen, soweit die Beeinträchtigungen nicht über das, was dem Arbeitnehmer regelmäßig zugemutet werden kann, nämlich die Belastungen des Weges von und zur Arbeit zu tragen, hinausgehen (Stichwort: **Wegerisiko trägt der Arbeitnehmer**). Der auch auf Arbeitsverhältnisse entsprechend anwendbare Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 670 BGB begründet keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf Erstattung seiner Fahrtkosten zum Arbeitsort, da der Weg zur Arbeit im Interesse des Arbeitnehmers erfolgt und dessen privatem Bereich zuzuordnen ist (LAG Rheinland-Pfalz 6.6.2018 – 7 Sa 59/18).

Sofern sich aus dem Arbeitsvertrag oder kollektivrechtlichen Abreden keine anderweitigen Einschränkungen ergeben und Einsätze im Ausland vom Berufsbild umfasst sind, sind **angeordnete Dienstreisen**, die die Dauer von einem Monat (Stichwort: über 1 Monat Versetzung) nicht überschreiten, **rechtlich zulässig**, ohne dass es hierfür der Zustimmung des Arbeitnehmers bedarf. Dies kann im Einzelfall nur dann anders zu beurteilen sein, wenn sonstige Umstände des Einzelfalls darauf schließen lassen, dass entsprechende Reisen nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers zu erwarten sind (SCHULZ/STOLZENBERG, NZA 2019, 1320, 1324). Unterschiedliche Stationsorte stehen im Rahmen einer Sozialauswahl einer Vergleichbarkeit von Flugpersonal nicht entgegen. Eine arbeitsvertragliche Stationsortklausel beschränkt auch ohne ausdrückliche Versetzungsklausel nicht das Weisungsrecht eines Luftverkehrsunternehmens, das Flugpersonal von

einem anderen Flughafen als dem des Stationsortes aus einzusetzen. **Luftverkehrsunternehmen sind luftverkehrsrechtlich verpflichtet, ihrem Flugpersonal einen „Stationsort“** (Heimatbasis, Homebase, (dienstlicher) Einsatzort) **zuzuordnen**. Die Zuordnung eines Stationsortes dient in erster Linie dem Arbeitszeitschutz, nicht der Beschränkung der örtlichen Einsatzbarkeit des Flugpersonals. Der „regelmäßige Arbeitsort“ beim Flugpersonal für Passagier-Linienflüge ist nicht am Stationsort. Der Stationsort begründet beim Flugpersonal für Passagier-Linienflüge im Regelfall den „Ausgangsarbeitsort“, von dem aus i.S.d. § 48 Abs. 1a S. 2 ArbGG die Arbeit verrichtet wird (ArbG Berlin, Urt. v. 25.10.2018 – 41 Ca 16495/17; Berufung eingelegt LAG Berlin-Brandenburg unter 24 Sa 2173/18).

2. Tätigkeit/Aufgaben und Versetzungsvorbehalt

Die auszuübende Tätigkeit ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag oder der rechtmäßigen Weisung des Arbeitgebers. Ist im Arbeitsvertrag die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit auf Dauer und ohne die Möglichkeit der Zuweisung einer anderen Tätigkeit geregelt, so ist dies für die Dauer des unveränderten Arbeitsvertrages die auszuübende Tätigkeit. Unterliegt hingegen der Inhalt der auszuübenden Tätigkeit dem Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 106 S. 1 GewO), so ergibt sich die auszuübende Tätigkeit aus der rechtmäßigen Weisung des Arbeitgebers. Ein Bewerber um eine Stelle des öffentlichen Dienstes muss regelmäßig wissen, dass **Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes grds. verpflichtet sind, jede ihnen zugewiesene Tätigkeit zu verrichten**, die den Merkmalen ihrer Vergütungsgruppe entspricht, soweit ihnen diese Tätigkeit billigerweise zugemutet werden kann. Einen eingeschränkten Umfang hat das Direktionsrecht des öffentlichen Arbeitgebers nur dann, wenn abweichend von den im öffentlichen Dienst üblichen Musterverträgen der Arbeitnehmer nicht für einen allgemein umschriebenen Aufgabenbereich eingestellt und lediglich die Vergütungsgruppe festgelegt wird, sondern seine Tätigkeit sowohl der Art als auch der Arbeitsstelle nach genau bezeichnet wird. (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.12.2020 – 5 Sa 1081/20).

Je **allgemeiner die vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste im Arbeitsvertrag festgelegt sind, desto weiter geht die Befugnis des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer unterschiedliche Aufgaben im Wege des Direktionsrechts zuzuweisen**. Auf die Zulässigkeit eines darüber hinaus vereinbarten Versetzungsvorbehalts kommt es insoweit nicht an (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.6.2020 – 2 Sa 373/19).

Einseitige Veränderungen des Inhalts der arbeitsvertraglichen Leistungsverpflichtung müssen, um rechtmäßig zu sein, im konkreten Einzelfall den Anforderungen von § 106 S. 1 GewO i.V.m. § 315 Abs. 3 BGB genügen. Grundsätzlich ist bei der Inhaltskontrolle einer Direktionsrechtsklausel zu beachten, dass es für die Geltung von § 106 S. 1 GewO keinen Unterschied macht, ob im Arbeitsvertrag auf eine Festlegung des Inhalts der Arbeitsleistung verzichtet und diese dem Arbeitgeber i.R.d. § 106 GewO vorbehalten bleibt oder ob der Inhalt der Arbeitsleistung bestimmt, aber die Möglichkeit der Zuweisung eines anderen Inhalts der Arbeitsleistung vereinbart wird (LAG Köln, Urt. v. 31.1.2020 – 4 Sa 322/19).

Beispiel:

Einer angestellten Immobilienkauffrau, die bislang für Vermietung und Verkauf von Immobilien zuständig war und hierdurch auch Provisionsansprüche erworben hat, die rund das Doppelte der Grundvergütung ausmachen, kann **mangels Gleichwertigkeit im Wege des Direktionsrechts keine Tätigkeit im Bereich von Hausverwaltungen übertragen werden**, wenn dort unstreitig keine Provisionsansprüche erworben werden können (LAG Köln, Urt. v. 28.2.2020 – 4 Sa 326/19).

Weitere Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Tätigkeiten – neben der Vergütung – sind die **Anzahl der unterstellten Mitarbeiter** oder der **Umfang der Entscheidungsbefugnisse über den Einsatz von Sachmitteln** oder über **Personalkapazität**. Die Gleichwertigkeit einer Tätigkeit bestimmt sich dabei nicht nur nach dem unmittelbaren Tätigkeitsinhalt selbst, sondern auch nach den **betrieblichen Rahmenbedingungen**, unter denen die Tätigkeit ausgeübt werden soll. Zu diesen Rahmenbedingungen zählt insb. die **Einordnung der Stelle in die Betriebshierarchie**, ebenso wie z.B. die Frage, ob, und wenn ja, in welchem Umfang die Tätigkeit mit **Vorgesetztenfunktionen gegenüber anderen Mitarbeitern** verbunden ist. Nicht zuletzt durch die vorgenannten Rahmenbedin-

gungen wird maßgeblich das **soziale Ansehen** beeinflusst, dass mit der Ausübung einer bestimmten vertraglichen Tätigkeit verbunden ist (LAG Köln, Urt. v. 6.12.2019 – 4 Sa 327/19; nachgehend BAG, Urt. v. 5.6.2020 – 10 AZN 53/20 „Verwerfung NZB“).

Überträgt der Arbeitgeber einem vertraglich als „Teamleiter“ ausgewiesenen (hier: Bank-) Mitarbeiter mit dem Hinweis auf künftig erneuerten Einsatz als Führungskraft durch bevorzugte Berücksichtigung seiner Bewerbung auf entsprechende Stellen mit dessen Zustimmung eine „vorübergehende“ Beschäftigung als (lediglich) „Fachreferenten und Verhinderungsvertreter des Teamleiters“, so aktualisiert sich der vertragliche Beschäftigungsanspruch des Betroffenen als „Teamleiter“ in spiegelbildlicher Anlehnung an die gesetzlichen Wertungen des Verjährungsrechts (§§ 194 Abs. 1, 195, 199 Abs. 1 BGB) regelmäßig spätestens nach Ablauf von drei Jahren. Spätestens dann ist der Arbeitgeber auch rechtlich gehindert, dem Betroffenen stattdessen nunmehr durch einseitige Versetzung die Stelle eines (einfachen) „Referenten Kredit“ ohne Personalverantwortung zuzuweisen. Das gilt erst Recht, wenn der Betroffene neben seinen vertraglichen Rechten außerdem als **schwerbehinderter Mensch den Schutz des § 81 Abs. 4 SGB IX** genießt (ArbG Berlin, Urt. v. 16.9.2016 – 28 Ca 5787/16). Ob diese „Rechtsanalogie“ einer Überprüfung im Instanzenzug standhalten wird, bleibt offen. Interessant und beachtenswert ist die Auffassung aber in jedem Fall. Der vorausschauende, risikobewusste Arbeitgeber wird sie bei seiner Personaladministration und Vertragsdurchführung berücksichtigen, um unerwünschte Rechtsfolgen bestmöglich auszuschließen.

Ist ein Arbeitgeber arbeitsvertraglich nicht berechtigt, dem Arbeitnehmer nach Maßgabe von § 106 GewO einen anderen Arbeitsort als den im Arbeitsvertrag genannten zuzuweisen, beinhaltet jedoch die vom Arbeitnehmer allein begehrte Zuweisung von Rufbereitschaftsdiensten im Bereitschaftskreis 1 eine Arbeitstätigkeit an anderen Arbeitsorten, darf er den Arbeitnehmer bei der Zuteilung von diesen Rufbereitschaftsdiensten unberücksichtigt lassen (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.6.2019 – 6 Sa 38/19). Hier zeigt sich, dass **Arbeitsvertrag und Direktionsrecht in einer Wechselbeziehung** stehen und weder für den Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer im Sinne eines Freibriefs Gestaltungsspielräume eröffnen. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis ist eben von einem gerechten Leistungsaustausch im Sinne eines **„fairen Gebens und Nehmens“** geprägt. Diese grundlegende Tatsache darf man als Arbeitgeber bei dem Versuch der Flexibilisierung nicht aus dem Auge verlieren, sonst gerät man schnell in den Bereich der Unzumutbarkeit oder unangemessenen Benachteiligung.

Auch muss man als Arbeitgeber im Blick halten, dass bei einer Änderung der Arbeitsbedingungen ggf. eine **Versetzung** (§ 99 BetrVG) vorliegt, die **Mitbestimmungsrechte** des abgebenden und des aufnehmenden **Betriebsrats** auslöst. Das heißt aus Sicht des Praktikers muss man den Betriebsrat/die Betriebsräte von der Maßnahme überzeugen und sie *„hinter sich bringen“*, damit man ihre Zustimmung zeitnah erhält (vgl. auch BERKOWSKY, NZA 2010, 250). Aber selbst in diesem Fall will es gut überlegt sein, ein(e)n Arbeitnehmer(in) gegen seinen/ihren Willen unter Hinweis auf den Versetzungsvorbehalt im Arbeitsvertrag zu versetzen. **Gerade qualifizierte, gute und leistungsfähige Arbeitnehmer(innen) wollen im offenen Dialog mitgenommen werden.** Auf einseitigen Druck ohne vorherige Kommunikation orientieren sie sich i.d.R. anders und suchen sich ggf. einen neuen Arbeitgeber.

3. Arbeitszeit

Das Direktionsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber, die Arbeitszeit – **Arbeitsbeginn, Arbeitsende, Pausen, Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft** – auszugestalten und den betrieblichen Erfordernissen anzupassen, soweit kein höherrangiges Recht entgegensteht (BAG, Urt. v. 17.7.2007 – 9 AZR 819/06, NZA 2008, 118). Der Arbeitgeber kann die Lage der Arbeitszeit gem. § 106 S. 1 GewO nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit hierüber keine vertraglichen oder kollektivrechtlichen Vereinbarungen getroffen sind. Die **Grenzen billigen Ermessens** sind gewahrt, wenn der Arbeitgeber bei der Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung nicht nur eigene, sondern auch **berechtigte Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt** hat. Auf schutzwürdige familiäre Belange des Arbeitnehmers hat er Rücksicht zu nehmen, **soweit einer vom Arbeitnehmer gewünschten Verteilung der Arbeitszeit nicht betriebliche Gründe oder berechtigte Belange anderer Arbeitnehmer entgegenstehen** (BAG, Urt. v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, NZA 2005, 359).

Vom Grundsatz her ist ein Arbeitnehmer ohne wirksame rechtliche Grundlage (denkbar: Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag) nicht verpflichtet, eine über den vertraglich geschuldeten Umfang hinausgehende Arbeitsleistung zu erbringen (BAG, Urt. v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/03, NZA 2003, 1155; RICHTER, ArbRAktuell 2014, 141, 143; HOLTHAUSEN, ZAP 2015, F. 17, S. 827, 829 f.). Dies ist bei einer vorausschauenden Vertragsgestaltung aus Arbeitgebersicht zu berücksichtigen, um sowohl einen vorübergehenden Mehrbedarf an Arbeitsleistung (Überstundenregelung mit Abgeltungsklausel oder pauschalierter Vergütungsabrede) als auch einem unvorhergesehenen geringeren Arbeitsanfall (Kurzarbeit) schnell und wirksam angemessen Rechnung tragen zu können (vgl. MÜLLER/DEEG, ArbRAktuell 2010, 209). Bei der Verringerung der Arbeitszeit ist der Grundsatz zu beachten, dass Unternehmerrisiken jedenfalls im Regelfall (Ausnahmen wie die Corona Pandemie bestätigen die Regel) nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden dürfen (pacta sunt servanda).

Eine Arbeitszeitregelung in einem Formulararbeitsvertrag, die den Arbeitnehmer „verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten“ ist infolge Intransparenz rechtsunwirksam. Die Vertragsklausel bestimmt mit 150 Stunden „im monatlichen Durchschnitt“ eine Durchschnittsarbeitszeit, ohne den Zeitraum, der für die Ermittlung des Durchschnitts maßgeblich ist, festzulegen. Durch diese Vertragsgestaltung besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer als Vertragspartner des Arbeitgebers von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Denn es bleibt offen, ob die durchschnittliche Arbeitszeit in Bezug auf ein Kalenderjahr, auf das jeweilige Beschäftigungsjahr des Arbeitnehmers oder gar in Bezug auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berechnen ist. Die Klausel eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer über einen geraumen Zeitraum nicht zur Arbeit heranzuziehen, ohne dass sich der Arbeitnehmer – die Wirksamkeit der Klausel unterstellt – dagegen wehren könnte. Sowohl die Durchsetzung des arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruchs als auch die Geltendmachung von Annahmeverzugsansprüchen wird durch eine solche Vertragsgestaltung vereitelt. Denn der Arbeitgeber könnte den Arbeitnehmer zu jeder Zeit darauf verweisen, ihn in der Zukunft in einem Umfang zu beschäftigen, der den Ausgleich eines Stundendefizits gewährleistet. Eine derartige Vertragsbestimmung benachteiligt den Arbeitnehmer umso mehr, als der Arbeitsvertrag der Parteien weder eine Mindestarbeitszeit noch eine feste Monatsvergütung vorsieht, sondern das Arbeitsentgelt sich allein an den von ihm geleisteten Arbeitsstunden orientiert (BAG, Urt. v. 21.6.2011 – 9 AZR 236/10, NZA 2011, 1274).

Beispiel – Verpflichtung zu Mehrarbeit/Überstunden

Die/der Arbeitnehmer(in) ist bei Vorliegen betrieblicher Erfordernisse verpflichtet, vom Arbeitgeber angeordnete Überstunden bis zur Grenze der gesetzlichen Höchstarbeitszeit zu erbringen.

Selbstredend wird eine entsprechende Vertragsklausel auf mehr Gegenliebe beim dem/der Arbeitnehmer(in) stoßen, wenn die Überstunden angemessen vergütet werden, als wenn sie aufgrund einer wirksamen Überstundenabgeltungsklausel „unentgeltlich“ zu erbringen sind. Auch insoweit ist wieder das Gebot eines fairen, leistungsgerechten Umgangs miteinander angesprochen, dass im Arbeitsvertrag abgebildet sein will.

In Arbeitsverträgen vorformulierte Klauseln, die dem Arbeitgeber die einseitige Anordnung von Kurzarbeit ermöglichen, stellen eine Abweichung von §§ 611 BGB, 2 KSchG dar. Solche Klauseln sind unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich eine Ankündigungsfrist vorsehen. Solche Klauseln können auch dann gem. § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam sein, wenn sie Regelungen über Umfang und Ausmaß der Kurzarbeit, Festlegung des betroffenen Personenkreises, Art und Weise der Einbeziehung des Personenkreises u.Ä. völlig offen lassen. Die bloße Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 95 ff. SGB III (alt: §§ 169 ff. SGB III) führt weder für sich genommen noch über die Regelung des § 310 Abs. 4 BGB zu einer Legitimation der Klauseln, die den genannten Grundsätzen nicht entsprechen (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.1.2011 – 17 Sa 2153/10; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.10.2010 – 2 Sa 1230/10, NZA-RR 2011, 65; vgl. KLOCKE, RdA 2020, 331).

In Formulararbeitsverträgen (als Allgemeinen Geschäftsbedingungen) müssen Kurzarbeitsklauseln den Transparenz- und Angemessenheitsvoraussetzungen nach § 307 Abs. 1 BGB genügen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Instrument der Kurzarbeit vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassen und

unter den Voraussetzungen der §§ 95 ff. SGB III vom Staat/der Bundesagentur für Arbeit mit der Gewährung von Kurzarbeitergeld gefördert wird. Arbeitgeber sollen dazu angehalten werden, auf konjunkturelle Schwankungen mit Kurzarbeit flexibel zu reagieren, anstatt Beendigungskündigungen auszusprechen. Insofern liegt es nahe, die **Angemessenheit einer die Einführung von Kurzarbeit** betreffenden Arbeitsvertragsklausel jedenfalls dann zu bejahen, **wenn** die Einführung von Kurzarbeit insb. an die Voraussetzungen für die **Zahlung von Kurzarbeitergeld** geknüpft ist (ZOBEL, Beck Personal-Lexikon, Edition 33 2021, Kurzarbeit/Kurzarbeitsklauseln; vgl. auch BAUER/GÜNTHER, BB 2009, 662, 664; MÜLLER/DEEG, ArbRAktuell 2010, 209).

Beispiel – Kurzarbeitsklausel

(ZOBEL, Beck Personal-Lexikon, Edition 33 2021, Kurzarbeit/Kurzarbeitsklauseln in Anlehnung an DENDORFER/KREBS, DB 2009, 902, 903):

„Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit anordnen, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht. Im Fall der Einführung von Kurzarbeit ist der Arbeitnehmer mit der vorübergehenden Verkürzung seiner in § ... dieses Vertrages geregelten individuellen Arbeitszeit, sowie der dementsprechenden Reduzierung seines in § ... dieses Vertrages genannten Gehalts einverstanden, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt sind, insb. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt wurde, § 95 ff. SGB III. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer gegenüber bei der Einführung von Kurzarbeit eine Ankündigungsfrist von drei Wochen einzuhalten.“

4. Billiges Ermessen

Der **Begriff des billigen Ermessens bei der Ausübung des Weisungsrechts** i.S.v. § 106 S. 1 GewO, § 315 BGB ist ein **unbestimmter Rechtsbegriff**. Bei dessen Anwendung steht dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, a.a.O.).

Die Versetzung hat billigem Ermessen zu entsprechen. Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 S. 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine **Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen**, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der **Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit** sowie der **Verkehrssitte und Zumutbarkeit**. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 106 S. 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Es ist Sache des Arbeitgebers zu entscheiden, wie er auf Konfliktlagen reagiert, und zwar unbeschadet des Streits um ihre Ursachen. Der Arbeitgeber muss dabei nicht zunächst die Ursachen und Verantwortlichkeiten für die entstandenen Konflikte im Einzelnen aufklären. Liegt in Gestalt einer Konfliktlage ein hinreichender Anlass vor und ist eine vom Direktionsrecht umfasste Maßnahme geeignet, der Konfliktlage abzuweichen, ist grds. ein anerkennenswertes Interesse gegeben, diese Maßnahme zu ergreifen. Seinen Ermessenspielraum verletzt der Arbeitgeber erst, wenn er sich bei der Konfliktlösung von offensichtlich sachfremden Erwägungen leiten lässt (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 2.10.2019 – 20 Sa 264/19, LAGE § 106 GewO 2003 Nr. 38).

Bei der Prüfung, ob der Inhaber des Bestimmungsrechts nach §§ 106 GewO, 315 Abs. 1 BGB die Grenzen seines Rechts beachtet hat, kommt es nicht auf die vom Bestimmungsberechtigten angestellten Erwägungen an, sondern darauf, ob das **Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt**. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.4.2019 – 5 Sa 371/18).

Eine **soziale Auswahl** – wie im Fall einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG – findet bei der **Versetzung** nicht statt. Soweit es auf die Zumutbarkeit des neu zugewiesenen Arbeitsorts ankommt, kann aus den sozialrechtlichen Regeln über die Zumutbarkeit einer Beschäftigung kein belastbarer Maßstab für die arbeitsrechtliche Beurteilung des Ermessensgebrauchs nach § 106 S. 1 GewO, § 315 BGB bei einer Versetzung abgeleitet werden (BAG, Urt. v. 30.11.2016 – 10 AZR 11/16).

II. Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung als **einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers** rückt in den Fokus, wenn er die angestrebte Anpassung der vereinbarten Arbeitsbedingungen nicht auf andere Weise, insb. durch eine einvernehmliche Lösung mit dem Arbeitnehmer (Vertragsänderung) oder durch Ausübung seines Direktionsrecht, erreichen kann.

Die Änderungskündigung ist ein aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Zur **Kündigungserklärung** muss als zweites Element ein bestimmtes, zumindest bestimmbares und somit den Voraussetzungen des § 145 BGB entsprechendes **Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen** hinzukommen (BAG, Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 346/12; v. 16.12.2010 – 2 AZR 576/09). Das Änderungsangebot muss **so konkret** gefasst sein, dass es der Arbeitnehmer ohne Weiteres mit einem „schlichten Ja“ annehmen kann. Ihm muss klar sein, welche Vertragsbedingungen künftig gelten sollen (BAG v. 17.2.2016 – 2 AZR 613/14, AP Nr. 168 zu § 2 KSchG 1969). Auch Änderungskündigungen sind „echte“ Kündigungen, die mit einer Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses einhergehen und stellen „Entlassungen“ i.S.d. § 17 KSchG dar (BAG v. 20.2.2014 – 2 AZR 346/12, NZA 2014, 1069).

Maßstab für die Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist, ob das **Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen** ist und der Arbeitgeber sich bei Anwendung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** darauf beschränkt hat, solche **Änderungen vorzuschlagen, die den Arbeitnehmer am wenigsten beeinträchtigen und die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss** (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20). Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis zu den bisherigen Bedingungen für einzelne Arbeitnehmer tatsächlich entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Vielmehr unterliegt die Organisationsentscheidung im Kündigungsschutzprozess nur einer Rechts- und Missbrauchskontrolle. Die **Organisationsentscheidung ist lediglich dahingehend zu überprüfen, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist und ob sie ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Änderungsbedarf ist** (vgl. BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 680/14, AP Nr. 165 zu § 2 KSchG 1969; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20). Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln. Die **Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags an die verbliebenen Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen**. Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist (BAG, Urt. v. 29.9.2011 – 2 AZR 523/10, NZA 2012, 628 m.w.N.).

Eine **Änderungskündigung** ist wegen der mit ihr verbundenen Bestandsgefährdung (bei vorbehaltloser Ablehnung des Änderungsangebots) **unverhältnismäßig, wenn die erstrebte Änderung der Beschäftigungsbedingungen durch Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gem. § 106 GewO möglich ist** (BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 509/15, NZA 2016, 1461; BAG, Urt. v. 6.9.2007 – 2 AZR 368/06). Der mögliche Wegfall des Beschäftigungsbedarfs zu den bisherigen Bedingungen „bedingt“ in diesem Fall nicht i.S.v. § 2 S. 1, § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG eine (Änderungs-)Kündigung (BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 509/15, a.a.O.).

Aus Sicht des vorsichtig agierenden, umsichtigen Praktikers ist die **Änderungskündigung ein mit zahlreichen formellen und materiellen rechtlichen Risiken behaftetes Rechtsinstrument** und die tragfähigen Änderungsmöglichkeiten sind – insb. bei Einpreisung der Prozessrisiken und -laufzeiten beschränkt. Deshalb wird immer wieder die Frage thematisiert, ob es leichter sei, zu (beendigungs-) kündigen als änderungszukündigen (KITZNER, NZA 1997, 968; Stichwort: „*Lieber Ende mit Schrecken als Schrecken ohne Ende*“). Verdeutlicht wird das Vorstehende auch durch die Entscheidung des Zweiten Senats, wenn dieser feststellt: **Das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot muss eindeutig bestimmt, zumindest bestimmbar sein (Rechtsgeschäftslehre)**. Der Arbeitnehmer muss auch erkennen können, zu welchem Zeitpunkt die Änderungen eintreten sollen. Stehen das Kündigungsschreiben und der Inhalt des beigefügten Änderungsvertrags, aus dem sich die angestrebten Änderungen ergeben, in dieser Hinsicht in einem unauf löslichen Widerspruch, führt das zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung. Eine ordentliche Kündigung entfaltet Wirkungen erst mit Ablauf der Kündigungsfrist. Der Arbeitnehmer ist grds. nicht verpflichtet, in eine schon früher wirkende Vertragsänderung einzuwilligen. Eine solche Rückwirkung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil es um die einheitliche Umsetzung eines Sanierungskonzepts geht. Schon das Interesse des Arbeitgebers an einer zukünftigen Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen kann i.R.v. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG regelmäßig keine Beachtung finden. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag durch das Änderungsangebot ohne Gründe i.S.v. §§ 2 S. 1 u. 1 Abs. 2 KSchG mit der Vereinbarung einer doppelten Schriftformklausel erweitert, die weder Gegenstand der Sanierungsvereinbarung noch bisheriger arbeitsvertraglicher Regelungen war (BAG, Ur t. v. 29.9.2011 – 2 AZR 523/10, NZA 2012, 628). Kurz gefasst muss der Rechtsanwender bei Ausspruch der Änderungskündigung eine Vielzahl von Stolperfallen umgehen, um nicht rechtlich gesehen „Schiffbruch zu erleiden“.

Dies gilt ebenfalls mit Blick auf eine **erforderliche Anhörung des Betriebsrats zur Änderungskündigung**. Bei der nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG notwendigen Mitteilung der Kündigungsgründe darf sich der Arbeitgeber i.d.R. nicht auf Schlagworte oder Werturteile beschränken. Er muss die Tatsachen, auf denen der Kündigungsentschluss beruht, substantiiert und vollständig in einer Weise darstellen, die es dem Betriebsrat ermöglicht, ohne weitere Erkundigungen dazu Stellung zu nehmen. Da der Zweck des § 102 BetrVG darin besteht, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers zu beeinflussen, muss der **Arbeitgeber seine Kündigungsgründe vollständig und richtig mitteilen**. Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Änderungskündigung auszusprechen, so hat er dem Betriebsrat sowohl die Gründe für die Änderung der Arbeitsbedingungen als auch das Änderungsangebot mitzuteilen. Will der Arbeitgeber einen bestehenden Arbeitsvertrag in mehreren Punkten ändern (z.B. Tätigkeit und Vergütung), so bedarf **jede Änderung der sozialen Rechtfertigung**. Daraus folgt, dass dem Betriebsrat i.R.d. Anhörung auch die Gründe für jede Änderung im Einzelnen darzustellen sind. Auch nach den Grundsätzen der **subjektiven Determination** muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss bestimmt haben. Er kann daher auf die Mitteilung von Gründen i.S.d. subjektiven Determination verzichten, wenn er darauf die Kündigung nicht stützen will. Die **subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände** ist aber für den Umfang der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG nicht maßgeblich, wenn dadurch der Zweck der Betriebsratsanhörung verfehlt würde (LAG Berlin-Brandenburg, Ur t. v. 26.11.2019 – 11 Sa 1011/19, ZBVR online 2020, Nr. 3, 12 – 15).

Von der gleichzeitigen Änderung des Arbeitsvertrages in mehreren Punkten ist zudem auch deshalb nachdrücklich abzuraten, da die Zumutbarkeit des Änderungsangebots (mildeste Änderung) bei dieser Vorgehensweise i.d.R. nur schwer, wenn nicht sogar gar nicht beurteilt werden kann. Die Risiken einer sozial nicht gerechtfertigten Änderungskündigung liegen ebenso auf der Hand, wenn der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer zur selben Zeit mehrere Änderungskündigungen ausspricht. Zu dieser Gestaltungsvariante hat der Zweite Senat bereits im Jahr 2009 (BAG, Ur t. v. 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333) festgestellt:

„Erklärt der Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer zur selben Zeit mehrere Änderungskündigungen, die je für sich das Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Änderung lediglich einer bestimmten – jeweils anderen – Vertragsbedingung und den Hinweis enthalten, der Arbeitnehmer erhalte zugleich weitere Änderungskündigungen, sind die Angebote nicht hinreichend bestimmt im Sinne von § 2 S. 1 KSchG, § 145 BGB.“

1. Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung

Für die Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung gilt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein sehr restriktiver, **äußerst strenger Prüfungsmaßstab**. Die Änderungskündigung zur bloßen Entgeltreduzierung stellt einen **schwerwiegenden Eingriff in das Leistungs-/Lohngefüge (Synallagma) des Arbeitsvertrags** dar. Sie kommt deshalb als ordentliche Kündigung nur in Betracht, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, **betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste** entstünden, die **absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs** führen. Eine solche Situation setzt regelmäßig einen umfassenden **Sanierungsplan** voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft. Eine außerordentliche Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung kann begründet sein, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen erforderlich ist, um der konkreten Gefahr einer Insolvenz des Arbeitgebers zu begegnen. Wird eine ordentliche oder außerordentliche Änderungskündigung zur Abwendung einer ansonsten drohenden Insolvenz des Arbeitgebers ausgesprochen, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz danach nur gewahrt, wenn sich das Änderungsangebot darauf beschränkt, dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit den Vertragsbedingungen anzubieten, die den Vorgaben des im Kündigungszeitpunkt geltenden Sanierungsplans entsprechen. (BAG, Urt. v. 20.10.2017 – 2 AZR 783/16 (F), NZA 2018, 440; BAG, Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 789/06; BAG, Urt. v. 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, NZA 2007, 1445). An dem vorstehenden Pflichtenprogramm scheitern i.d.R. Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung.

2. Einführung von Kurzarbeit durch Änderungskündigung

In einer wirtschaftlichen Krise oder Notlage kann es für Arbeitgeber (überlebens-)wichtig sein, Kosten und damit auch Lohnkosten schnell und nachdrücklich zu reduzieren, um nicht in Liquiditätengpässe zu geraten. In solchen Krisensituationen muss **Kurzarbeit** möglichst schnell und oftmals auch für weite Teile der Belegschaft eingeführt werden. Eine schnelle und umfassende Einführung von Kurzarbeit bereitet typischerweise dann Schwierigkeiten, wenn der Arbeitgeber nicht auf bestehende kollektivrechtliche Rechtsgrundlagen zurückgreifen oder diese auch nicht mit einem entsprechend zuständigen Verhandlungspartner schaffen kann (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.7.2019 – 10 Sa 82/19). Oftmals enthalten auch Arbeitsverträge keine (wirksamen) Klauseln zur einseitigen Einführung der Kurzarbeit durch den Arbeitgeber. Eine effektive Nutzung der Kurzarbeit kann scheitern, wenn eine relevante Zahl der Arbeitnehmer eine individuelle Einigung ablehnt. Es spricht in diesem Kontext Einiges dafür, dass **Arbeitgeber Kurzarbeit nötigenfalls per außerordentlicher betriebsbedingter Änderungskündigung einführen** können. Die strengen Maßstäbe des BAG bei der Beurteilung von „normalen“ Änderungskündigungen zur „bloßen“ Entgeltreduzierung können jedenfalls nicht „*eins zu eins*“ auf Änderungskündigungen zur Einführung der Kurzarbeit übertragen werden. Ansonsten würde insb. die klare gesetzgeberische Intention konterkariert, die mit der Möglichkeit des Bezugs von Kurzarbeitergeld verbunden ist. Vorsichtshalber sollte eine solche außerordentliche Änderungskündigung mit einer hilfsweisen ordentlichen Änderungskündigung verbunden werden (vgl. BAUER/GÜNTHER, NZA 2020, 419 ff.). Der Arbeitgeber begibt sich mit dem Ausspruch einer Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit bildlich gesprochen in ein ungeräumtes arbeitsrechtliches Minenfeld. Die (betriebsbedingte) Änderungskündigung bildet indes die **einzigste Option, Kurzarbeit einseitig durchzusetzen**, wenn eine **kollektivrechtliche Lösung mangels Tarifbindung und Existenz eines Betriebsrats ausscheidet** und einzelne Arbeitnehmer die einvernehmliche Einführung der Kurzarbeit ablehnen. Arbeitgeber, die den **Weg der Änderungskündigung** gehen, sollten diese grds. **außerordentlich, hilfsweise ordentlich, fristgerecht aussprechen** und eine angemessene Ankündigungsfrist bis zum Beginn der Kurzarbeit einplanen. Die kraft Änderungskündigung angeordnete Kurzarbeit sollte zudem transparent auf den konkreten Zeitraum begrenzt werden, in dem der Arbeitsausfall sicher bestehen bleiben wird.

3. Homeoffice

Arbeitnehmer haben i.d.R., auch in Zeiten von Corona (vgl. ArbG Augsburg, Urt. v. 7.5.2020 – 3 Ga 9/20, NZA-RR 2020, 417), sofern keine kollektivrechtliche Anspruchsgrundlage (Tarifvertrag, Dienst- oder Betriebsvereinbarung, vgl. LAG Köln, Urt. v. 14.8.2020 – 9 TaBV 11/20) besteht, **keinen Anspruch auf mobiles Arbeiten vom Homeoffice** (vgl. LAG Köln, Urt. v. 12.4.2021 – 2 SaGa 1 /21). Im Gegensatz zu etwa den Niederlanden gibt es in Deutschland keine gesetzliche Regelung, die ein Recht auf Homeoffice, mobiles oder agiles Arbeiten einräumt. Bei der Planung und Umsetzung von agilem, mobilem Arbeiten oder Desk-Sharing sind Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten.

Das Angebot eines Homeoffice Arbeitsplatzes kann zumindest dann keine mildere Maßnahme im Rahmen einer Änderungskündigung sein, wenn es Teil der unternehmerischen Entscheidung ist, bestimmte Arbeitsplätze in der Zentrale des Arbeitgebers zu konzentrieren und für diese Arbeitsplätze keinen Homeoffice Arbeitsplatz anzubieten (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20).

Ab dem 1.7.2021 gibt es auch **keinen gesetzlichen Anspruch mehr auf Arbeiten im „Home-Office“**. Mit dem Ende der sog. Bundesnotbremse lief auch die mittlerweile im Infektionsschutzgesetz geregelte Homeoffice-Verpflichtung zum 30.6.2021 aus. Die entsprechenden Regelungen in der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung wurden gestrichen.

III. AGB-Kontrolle

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die **Verständnismöglichkeiten** des konkreten, sondern die **des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen** sind. Ansatzpunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende **Auslegung** von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ist in erster Linie der **Vertragswortlaut**. Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der **Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner** beachtet werden muss (BAG, Urt. v. 24.2.2016 – 5 AZR 258/14, NZA 2016, 762; BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 8 AZR 280/12, NZA 2013, 1265). Von Bedeutung für das Auslegungsergebnis sind ferner der von den Vertragsparteien verfolgte Regelungszweck sowie die der jeweils anderen Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten (BAG, Urt. v. 7.7.2015 – 10 AZR 260/14, NZA 2015, 1253; BAG, Urt. v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, NZA 2010, 1355). Auch bei Ergänzungsbestimmungen handelt es sich um AGB. Durch diese kann aufgrund des Vorrangs der Individualabrede nach § 305b BGB z.B. nicht die individuelle Vereinbarung des Arbeitsorts Berlin abgeändert werden. Im Übrigen wäre selbst bei einer fehlenden vorrangigen Individualabrede durch die Ergänzungsbestimmungen das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht dahingehend erweitert, dass er den Arbeitnehmer z.B. nach Wuppertal hätte versetzen können. (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.3.2021 – 4 Sa 1243/20).

Auf einen **Verstoß gegen das Transparenzgebot** nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich der Verwender von AGB im Verhältnis zu seinem Vertragspartner nicht berufen. Die **Inhaltskontrolle schafft lediglich einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Klauselverwender**, sie dient aber nicht dessen Schutz vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen (BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 509/15, a.a.O.).

Ergibt die Auslegung des Arbeitsvertrags, dass sich der Arbeitgeber mit einem vereinbarten Versetzungsvorbehalt über § 106 GewO hinaus ein Recht zur Vertragsänderung vorbehält, so unterliegt die Regelung der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, andernfalls lediglich einer Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (LAG Rheinland-Pfalz v. 10.6.2020 – 2 Sa 373/19). Ergibt die Auslegung eines in AGB enthaltenen Versetzungsvorbehalts, dass diese Klausel inhaltlich der Regelung des § 106 S. 1 GewO entspricht, so unterliegt sie keiner Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die vertragliche Regelung muss die **Beschränkung auf den materiellen Gehalt des § 106**

GewO unter Berücksichtigung der für AGB geltenden Auslegungsgrundsätze aus sich heraus erkennen lassen. Behält sich der Arbeitgeber vor, ohne den Ausspruch einer Änderungskündigung einseitig die vertraglich vereinbarte Tätigkeit unter Einbeziehung geringwertiger Tätigkeiten zulasten des Arbeitnehmers ändern zu können, liegt darin regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (BAG, Urt. v. 25.8.2010 – 10 AZR 275/09, NZA 2010, 1355).

IV. Prozessuales

Von einem für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO notwendigen Vorliegen eines Verfügungsgrunds im Zusammenhang mit der Abwehr einer arbeitgeberseitigen Versetzung kann nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden. Es muss ein deutlich gesteigertes Abwehrinteresse des Arbeitnehmers vorliegen, da es diesem in der Regel zuzumuten ist, einer Versetzungsanordnung oder arbeitsvertraglichen Weisung zunächst Folge zu leisten und danach den Umfang des Direktionsrechts in einem Hauptsacheverfahren klären zu lassen (LAG Köln, Urt. v. 24.1.2018 – 11 SaGa 22/17). Streiten die Parteien um die Wirksamkeit einer Versetzung, so besteht dann kein Verfügungsanspruch gerichtet auf Beschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen, wenn nach der Versetzung eine Kündigung ausgesprochen worden und diese nicht offensichtlich unwirksam ist. Macht der Arbeitnehmer im einstweiligen Verfügungsverfahren nach einer umstrittenen Versetzung einen Anspruch auf Beschäftigung geltend, so begehrt er der Sache nach eine Vorwegnahme der Hauptsache. Daher kann nach einer Interessenabwägung ein Verfügungsgrund nur dann bejaht werden, wenn der Antragsteller entweder ein gesteigertes Abwehrinteresse, z.B. Pflege naher Angehöriger, Verlust von Fachwissen o.Ä., darlegen kann oder aber die Versetzungsmaßnahme offensichtlich unwirksam ist (Hessisches LAG, Urt. v. 23.10.2020 – 10 SaGa 863/20).

Streiten die Parteien um die Wirksamkeit einer Versetzung, so besteht dann kein Verfügungsanspruch gerichtet auf Beschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen, wenn nach der Versetzung eine Kündigung ausgesprochen worden und diese nicht offensichtlich unwirksam ist. Es ist grds. nicht ermessensfehlerhaft i.S. des § 106 GewO, wenn der Arbeitgeber eine örtliche Versetzung ausspricht, um einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz entgegenzuwirken (Hessisches LAG, Urt. v. 23.10.2020 – 10 SaGa 863/20).

Vom Arbeitgeber erstrebte Änderungen, die sich schon durch die Ausübung des Weisungsrechts gem. § 106 S. 1 GewO durchsetzen lassen, halten sich i.R.d. vertraglichen Vereinbarungen und sind keine Änderungen der Arbeitsbedingungen i.S.v. § 2 S. 1, § 4 S. 2 KSchG. Liegt kein Änderungsangebot vor, weil in Wirklichkeit der bestehende Vertragsinhalt nicht geändert wird, ist eine Änderungsschutzklage unbegründet (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.3.2020 – 2 Sa 428/18).

V. Fazit

Das arbeitgeberseitige Direktionsrecht und das Recht zur Änderungskündigung bieten dem Arbeitgeber arbeitsrechtliche Gestaltungsspielräume. Gleichwohl sind beide Instrumente mit der gebotenen Vor- und Umsicht unter vorausschauender Planung einzusetzen, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Dabei muss dem Rechtsanwender auch bewusst sein, dass Arbeitsrecht gute Personalführung nicht ersetzen kann.

Unabdingbare Voraussetzung für den Erfolg und die Sicherung der gewünschten Flexibilität ist jedenfalls aber die **profunde Kenntnis der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertragsgestaltung, zur AGB-Kontrolle, zum Direktionsrecht sowie zur Änderungskündigung**. Diese Erkenntnisse sind bei der Vertragsgestaltung zu beachten und durch angemessene Klauselgestaltung wiederzugeben. Dann sollte die nötige Flexibilität vorhanden sein, um die Herausforderungen der modernen Arbeitswelt zu meistern. Ein guter und erfahrener Berater bleibt in der Regel aber immer sein Geld wert, wie die Praxis zeigt.