

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 2 Sa 163/03**

1 Ca 1403 d/02 ArbG Neumünster  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 29. Juli 2003

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## U r t e i l

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juli 2003 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 19. Februar 2003 - 1 Ca 1403 d/02 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Nr. 46

### **T A T B E S T A N D**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen Änderungskündigung.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie des Inhalts der angefochtenen Entscheidung wird auf das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 19.02.2003 verwiesen, mit dem festgestellt worden ist, dass die Änderungskündigung der Beklagten vom 09.08.2002 unwirksam ist. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig Berufung eingelegt und diese begründet.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, das Arbeitsgericht sei irrig davon ausgegangen, sie beabsichtige mit der Änderungskündigung das monatliche Entgelt zu senken. Sie habe immer wieder dargelegt, dass eine Reduzierung der Arbeitsvergütung auf den Tarifstundenlohn nicht gewollt sei und von ihr auch nicht vorgenommen werde. Der Kläger solle wie auch alle anderen Fahrer weiterhin den bisher gezahlten Stundenlohn erhalten, der übertariflich sei. Ziel ihrer Änderungskündigung sei gewesen, dass sie nicht mehr Arbeitsentgelt für Leistungen, nämlich Überstunden zahlen müsse, die tatsächlich nicht in diesem Umfang anfielen. In der Vergangenheit seien bei allen Arbeitnehmern stets erhebliche Überstunden angefallen gewesen. Dies liege in der Natur des Unternehmens der Beklagten als Speditionsbetrieb. Dementsprechend sei das „Festgehalt“ des Klägers unter Berücksichtigung von Mehrarbeitsstunden ermittelt worden. Da indes inzwischen Überstunden nicht mehr in dem früheren Umfang anfielen, sei eine Änderung vorzunehmen. Ziel sei, dass die Mitarbeiter ihrem Grundlohn entsprechend der tarifvertraglichen Arbeitszeit jedoch mit einem übertariflichen Stundenlohn erhielten und dass jede geleistete Überstunde mit dem tariflichen Zuschlag vergütet werde. Diese Handhabung sei von den anderen Kraftfahrern auch akzeptiert worden.

Die Beklagte beantragt

unter insoweitiger Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die Klage auch bezüglich des Feststellungsbegehrens des Klägers abzuweisen.

Der Kläger beantragt

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt vor, es sei nicht zutreffend, dass er in der Vergangenheit erhebliche Mehrarbeit habe leisten müssen. Die Beklagte sei ge-

hindert, das Lohngefüge zu ändern, um eine Lohnreduzierung herbeizuführen. An der seinerzeit vereinbarten Pauschalvergütung müsse die Beklagte sich festhalten lassen. Auch bestreite er, dass die Beklagte in ihrer Existenz bedroht sei.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll Bezug genommen.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Die zulässige Berufung hat nicht Erfolg.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die Änderungskündigung unwirksam, § 3 i.V.m. § 1 Abs. 2 KSchG. Entgegen der Auffassung der Beklagten stellt sich die Änderungskündigung der Beklagten als eine dar, mit der die Vergütung reduziert werden soll. Die Beklagte hat zwar ausgeführt, sie beabsichtige nicht den Lohn zu verringern. Dieser Beurteilung kann aber auch nach der Berufungsverhandlung nicht zugestimmt werden.

Die Parteien haben, wie das Arbeitsgericht ausgeführt hat, einen Pauschallohn vereinbart, der an einer Stundenzahl von zunächst 230, später 244, orientiert war. Hierbei handelt es sich um die im Arbeitsvertrag festgelegte Kalkulationsgrundlage für die Bemessung des Monatslohns. Wenn die Beklagte den Pauschallohn nicht mehr in der bisherigen Weise weiter zahlen will, bedeutet dies, dass sie eine Änderungskündigung zum Zwecke der Herabsetzung der Monatsvergütung durchführt.

Eine solche Änderungskündigung ist nur unter ganz engen Voraussetzungen zulässig. Grundsätzlich ist das Änderungsangebot des Arbeitgebers daran zu messen, ob es aus dringenden betrieblichen Erfordernissen erfolgt ist, § 1 Abs. 2 KSchG, und ob sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennenswerten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billiger Weise hinnehmen muss (BAG Urteil vom 16.5.2002 – 2 AZR 292/01 – EzA § 2 KSchG Nr. 46). Dabei ist, wenn sich die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht ändert, eine Änderungskündigung zur Durchsetzung einer Lohnsenkung nur dann begründet, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personal-

kostenstruktur, weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen. Das heißt, dass regelmäßig ein Sanierungsplan vorzulegen ist, der alle zur Verfügung stehenden mildernden Mittel ausschöpft (BAG vom 16.5.2002, a.a.O.). Dass dies geschehen ist, ist nicht ersichtlich.

Dass die Beklagte die verbindlich vereinbarte Mindestzahl an vergüteten Überstunden herabsetzen will, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Für diese bisher vereinbarungsgemäß pauschal vergüteten Stunden trug die Beklagte das Risiko des Annahmeverzuges. Wenn der Kläger nicht die entsprechenden Stunden beschäftigt werden konnte, trug alleine die Beklagte diese Kosten. Der Fortfall der regelmäßigen Vergütung der vereinbarten 80 Überstunden stellt zwar nach Sicht der Beklagten eine Änderungskündigung zum Zweck der Herabsetzung der Arbeitszeit dar. In Ansehung der Tatsache, dass die Parteien aber einen Pauschallohn vereinbart haben, soll jedoch tatsächlich die (Pauschal-)Vergütung gesenkt werden. Letztlich handelt es sich bei der Änderungskündigung um eine Verlagerung des bisher von der Beklagten getragenen Unternehmerrisikos auf den Kläger als Arbeitnehmer. Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es daher weder auf die von ihr vorgetragene Verlustzahlen noch auf weitere Daten an.

Allerdings kann die Änderungskündigung auch nicht auf den behaupteten Fortfall der regelmäßigen Überstunden gestützt werden. Die Beklagte hat bislang lediglich Auswertungen der Fahrtenschreiberscheiben für 2 Monate eingereicht. Das reicht nicht aus. Es war aber nicht erforderlich, ihr noch Gelegenheit zu geben, weitere Monate auszuwerten. Denn diese Daten können ohnehin in der derzeit präsentierten Form nicht berücksichtigt werden. Zum einen kann anhand der Fahrtenschreiberscheiben lediglich sicher festgestellt werden, wann der betreffende Mitarbeiter das Fahrzeug bewegt hat. Ob und ggf. wann er weitere Arbeiten geleistet hat, die auch zu vergüten sind, ergibt sich hieraus nicht. Zudem wäre es erforderlich gewesen, die von den Kraftfahrern in den mindestens letzten zwei Jahren geleisteten (Über-)Stunden darzulegen und auszuführen, dass es sich um einen dauerhaften Rückgang der Stunden handelte.

Weiter hätte vorgetragen werden müssen, aus welchen Gründen die Änderungskündigung in der vorgenommenen massiven Weise erforderlich war. Denn immerhin sollte der Kläger hier etwa 1/3 seiner bisherigen Arbeitszeit mit der entsprechenden Vergütung als sicheren Bestand verlieren. Hier hätte es mithin einer Darlegung bedurft, wieso nicht zunächst eine Umverteilung der bisher angefallenen Überstunden auf alle Mitarbeiter möglich war. Das ist auch unter Berücksichtigung der Tatsache erforderlich, dass sich eine völlige Gleichbehandlung der Mitarbeiter bei der Stundenzuteilung in dem Gewerbe wegen der unterschiedlich geschnittenen Touren nicht immer möglich sein wird. Denn es fällt jedenfalls auf, dass sich eine erhebliche Schwankungsbreite bei den Stundenzahlen der Mitarbeiter ergeben.

Weiter hätte, da auch die Änderungskündigung eine Interessenabwägung erfordert, die Beklagte darlegen müssen, ob ggf. eine lediglich teilweise Reduzierung der bisher als bezahlt garantierten Überstunden ausreichend gewesen wäre, um den angestrebten Zweck zu verfolgen. Dies ist aber aus dem Vortrag der Beklagten nicht ersichtlich.

Die Berufung ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da nicht ersichtlich ist, dass dem Rechtsstreit eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

gez. ...

gez. ...

gez. ...