

Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten

Tödtmann / v. Bockelmann

2020

ISBN 978-3-406-75839-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

II. Arbeitsvertrag

schrift umfasst die Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer sowie Fälle der Leistungsverweigerung wegen Unzumutbarkeit gem. §§ 275 Abs. 1, 3 BGB. Ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Vergütungszahlung trotz fehlender Arbeitsleistung besteht dann, wenn die Gründe für die Nichterbringung der Leistung gerade der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers entspringen. Liegen dagegen objektive Leistungshindernisse vor, so ist § 616 BGB nicht einschlägig (ErfK/Preis, BGB § 616 Rn. 3, 20. Auflage 2020). Das Leistungshindernis darf allerdings nur für einen unerheblichen Zeitraum bestehen. Sobald ein Hindernis für einen längeren Zeitraum besteht, entfällt die Verpflichtung des Arbeitgebers auf Entgeltfortzahlung. Zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird die Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Dauer der Verhinderung ins Verhältnis gesetzt. Je länger ein Arbeitsverhältnis besteht, desto länger muss nach § 616 BGB das Entgelt bei einer vorübergehenden Verhinderung fortgezahlt werden (MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, BGB § 616 Rn. 66.). In der Regel wird ein Zeitraum von fünf bis zehn Tagen angenommen. In einem konkreten Krisenfall ist jedoch die Verlängerung des Zeitraums auch in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte denkbar (Dehmel/Hartmann BB 2020, 885 (886)). Als Orientierung für einen Höchstzeitraum kann der Zeitraum von sechs Wochen aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz dienen (BGH Urt. v. 30.11.1978 – III ZR 43/77, AP BSeuchG § 49 Nr. 1, Fortzahlung für sechs Wochen verhältnismäßig bei Tätigkeitsverbot nach dem alten Seuchengesetz; BAG Urt. v. 20.7.1977 – 5 AZR 325/76, AP BGB § 616 Nr. 47, acht Wochen nicht mehr verhältnismäßig; ErfK/Preis BGB § 616 Rn. 10, 10a). Festzuhalten ist, dass es jedenfalls keine festen Vorgaben bezüglich des Anspruchszeitraums gibt. Es bedarf der Entscheidung im Einzelfall.

b) Pflege erkrankter Angehöriger

Ein Anwendungsfall des § 616 BGB liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer in einer Epidemiezeit erkrankte Angehörige pflegen muss und deshalb nicht seiner geschuldeten Tätigkeit nachgehen kann. In diesem Fall hat er dennoch weiterhin einen Anspruch auf Zahlung des Entgelts aus § **616 BGB iVm § 2 Abs. 3 PflegeZG** gegen den Arbeitgeber – jedoch nicht dauerhaft, sondern nur im zeitlich begrenzten Rahmen von § 616 BGB (Schmidt/Novara DB 2009, 1817 (1820)). Sofern ein Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber nicht besteht, zB bei tarif- oder arbeitsvertraglicher Abbedingung von § 616 BGB, hat der Arbeitnehmer einen subsidiären Anspruch gegen die Pflegekassen nach § 44a Abs. 3 SGB XI auf Zahlung von Pflegunterstützungsgeld. Für die Pflege eines Kindes kann der Arbeitnehmer subsidiär gem. § 45 SGB V Krankengeld für bis zu zehn Arbeitstage im Kalenderjahr beziehen. Diese subsidiären

116

Leistungen der Krankenkasse dürfen gem. § 616 S. 2 BGB auf den Entgeltanspruch nicht angerechnet werden. Leistet der Arbeitgeber für die Zeit, in der der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, keine Entgeltfortzahlung und beruft sich hierzu darauf, ein Anspruch aus § 616 BGB bestehe nicht oder nur für einen (zu) kurzen Zeitraum, trägt der Arbeitgeber das Risiko seiner rechtlichen Bewertung. Wenn in diesem Fall die Krankenkassen Leistungen erbringen und in Wahrheit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bestanden hat (ggf. für einen längeren Zeitraum als vom Arbeitgeber angenommen), kommt es gem. § 115 SGB X zu einem gesetzlichen Forderungsübergang. Kraft Gesetzes geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Entgeltfortzahlung auf die Krankenkasse über. Die Krankenkassen können dann im Ergebnis vom Arbeitgeber ihre Leistung an den Arbeitnehmer zurückfordern (ErfK/Preis BGB § 616 Rn. 12, 9).

c) Schließung von Schulen oder Kindertagesstätten

- 117 Werden Schulen oder Kindertagesstätten im Zuge einer Vorsichtsmaßnahme zum Gesundheitsschutz, zB aufgrund behördlicher Anordnung geschlossen, muss in der Regel zumindest ein Elternteil zu Hause bleiben, falls eine anderweitige Betreuungsmöglichkeit nicht zur Verfügung steht. Dieses Problem wurde in der Corona-Krise 2020 relevant. Bundesweit wurden Schulen und Kindertagesstätten geschlossen. Besonders hart trifft eine solche Schließung Arbeitnehmer, die ihre Arbeit nicht im Homeoffice erbringen können. Für die Dauer einer nur **kurzzeitigen Verhinderung** (in der Regel fünf bis zehn Tage) besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gem. § 616 BGB. Die Verhinderung aufgrund notwendiger Kinderbetreuung im Anschluss daran war bisher das „Privatproblem“ des Arbeitnehmers. Während der Corona-Pandemie hat der Bundesgesetzgeber der für beide Seiten – Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer – unzumutbaren Situation im Rahmen der Corona-Eilgesetzgebung mit Gesetz vom 27. März 2020 Rechnung getragen. Gemäß der Neuregelung in § 56 Abs. 1a IfSG steht die Schließung einer Betreuungseinrichtung für Kinder, insbesondere also Kindertagesstätten und Schulen, den Infektionsschutzanordnungen gem. § 56 Abs. 1 IfSG weitgehend gleich. Das bedeutet, dass der betroffene Arbeitnehmer einen **Entschädigungsanspruch** hat, wenn er wegen der aufgrund der Epidemie geschlossenen Kinderbetreuungseinrichtung oder Schule (Kinder bis zu 12 Jahren) seine Arbeit nicht leisten kann. Zu beachten ist, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung für unverschuldete kurzfristige Verhinderung gem. § 616 BGB vorgeht. In den nächsten Monaten wird allerdings noch zu klären sein, ob im Falle einer längerfristigen Schul- und Kindertagesstättenschließung überhaupt eine kurzzeitige Verhinderung im Sinne von § 616 BGB vorliegt. Schließlich muss berücksichtigt wer-

II. Arbeitsvertrag

den, dass der Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1a IfSG auch dann nicht greift, wenn die Einrichtung auch ohne Epidemiebeschränkungen geschlossen wäre, zB während Ferienzeiten. Ebenso wie beim Kurzarbeitergeld ist auch im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nach § 56 Abs. 1a IfSG zunächst der Arbeitgeber in der Pflicht. Dieser muss die Entgeltfortzahlung vorfinanzieren und kann sich die verauslagten Beträge von der zuständigen Behörde im nächsten Schritt erstatten lassen. Bei entsprechend hohen Aufwendungen kann der Arbeitgeber mit der Hausbank über eine Vorfinanzierung der Aufwendungen gegen Abtretung der Erstattungsansprüche sprechen.

d) Weitere Fälle des § 616 BGB

Ist ein Arbeitnehmer **ehrenamtlich im Katastrophenschutz** tätig, 118 etwa beim Technischen Hilfswerk (THW) oder bei der Feuerwehr, so können Einberufungen zu Einsätzen für ihn ebenfalls kurzfristige persönliche Verhinderungen iSd § 616 BGB darstellen. In der Praxis tritt dieser Anspruch jedoch regelmäßig hinter dem jeweiligen spezialgesetzlich bestehenden Anspruch auf Entgeltfortzahlung zurück, vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 THWG, für die Feuerwehren landesrechtlich geregelt, zB in Art. 9 Abs. 1 S. 4 BayFwG (vgl. ErfK/Preis BGB § 616 Rn. 5) (vgl. → Rn. 239 ff.). Ein **Arztbesuch des Arbeitnehmers** während der Arbeitszeit stellt einen Fall des § 616 BGB dar, wenn er medizinisch notwendig (vgl. BAG Urt. v. 29.2.1984 – 5 AZR 455/81, AP BGB § 616 Nr. 64) und während der Arbeitszeit erforderlich ist, zB bei festgelegten Zeiten zur Blutentnahme oder bei akuten Beschwerden. Sind Termine außerhalb der Arbeitszeiten für den Arbeitnehmer möglich und zumutbar, so muss er diese vorrangig wahrnehmen (ErfK/Preis BGB § 616 Rn. 7).

e) Abdingbarkeit des § 616 BGB

Die Arbeitsvertragsparteien und Tarifparteien können die Regelung 119 des § 616 BGB **abbedingen**, was sich im Umkehrschluss aus § 619 BGB ergibt. Der Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 616 BGB kann aufgehoben, beschränkt oder auch erweitert werden (MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, BGB § 616 Rn. 74). Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, ein kompletter vertraglicher Ausschluss erfordere im Hinblick auf den Schutzcharakter der Regelung einen besonderen Rechtfertigungsgrund oder müsse zumindest an § 242 BGB gemessen werden (MHdB ArbR/Tillmanns, 4. Aufl. 2018, § 77 Rn. 13: Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen). Höchstrichterlich ist diese Frage bislang nicht geklärt. Individualvertragliche Regelungen, die von § 616 BGB abweichen, unterliegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle nach §§ 305–310 BGB, also der sogenannten AGB-Kontrolle (ErfK/Preis BGB § 616 Rn. 13). In der juristischen Literatur wird ein

kompletter Ausschluss der Entgeltfortzahlung als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 BGB gewertet, wenn er nicht ausnahmsweise durch besondere betriebliche Gründe legitimiert ist (MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, BGB § 616 Rn. 75). Aus Arbeitgebersicht ist eine kollektivrechtliche Abbedingung in einem Tarifvertrag anzustreben, da diese Regelungen gem. § 310 Abs. 4 BGB nicht der AGB-Kontrolle unterliegen.

4. Urlaub, Betriebsurlaub

- 120 Ein Mittel, einer Notsituation zu begegnen, kann die **Anordnung von Betriebsurlaub** bzw. **Betriebsferien** sein. Kann der Arbeitgeber die Arbeitnehmer beispielsweise aufgrund eines Auftragsrückgangs wegen einer Notsituation nicht mehr beschäftigen, stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, ob er (kurzfristig) die Möglichkeit hat, Betriebsurlaub anzuordnen. So könnte der Arbeitgeber zumindest mittelfristig auf die Krise reagieren: Durch eine wirksame Anordnung muss der Arbeitgeber zwar Urlaubsentgelt zahlen, aber mittelfristig werden zumindest die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer abgebaut. So kann der Arbeitgeber in der Krise auf die Platzierung der Urlaubstage der Arbeitnehmer in für ihn wirtschaftlich sinnvoller Weise Einfluss nehmen.

a) Überblick

- 121 Nach § 7 Abs. 1 BUrlG hat der Arbeitgeber bei der zeitlichen Festsetzung des Urlaubs die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer zu berücksichtigen – es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Grundsätzlich kann der Arbeitgeber nicht einseitig Urlaub anordnen. Hat der Arbeitnehmer einen eigenen Urlaubswunsch geäußert und ist mit der Festsetzung des Arbeitgebers nicht einverstanden, so kann der Arbeitgeber den Urlaub in dem von ihm vorgesehen Zeitraum nur dann festlegen, wenn dies aus dringenden betrieblichen Gründen notwendig ist (ErfK/Gallner BUrlG § 7 Rn. 16).
- 122 Wann **dringende betriebliche Belange** vorliegen, bestimmt sich nach den Einzelfallumständen. In § 7 Abs. 1 BUrlG kommt der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass die Erfüllung des Urlaubswunsches des Arbeitnehmers der Grundsatz und die Berücksichtigung betrieblicher Belange die Ausnahme ist. Das spricht für die Notwendigkeit eines restriktiven Verständnisses des Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitgebers. Der betriebliche Belang muss besonderes Gewicht haben, um berücksichtigungsfähig zu sein. Dafür spricht auch der in § 615 S. 3 BGB verankerte Rechtsgedanke des Betriebsrisikos (Däubler/Hjort/Huber/Wolmerath, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, BUrlG § 7 Rn. 24).
- 123 Insbesondere können Auftragsmangel oder Betriebsablaufstörungen nicht ohne Weiteres als dringende betriebliche Belange angesehen wer-

II. Arbeitsvertrag

den. Das Betriebsrisiko darf nicht durch einseitige Urlaubsanordnung auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Zudem ist eine angemessene Ankündigungsfrist zu wahren. Im Übrigen muss ein wesentlicher Teil des Jahresurlaubs für die Arbeitnehmer noch frei planbar bleiben (Arnold/Tillmanns, BUrlG, Praxiskommentar 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 56f.; 61).

b) Betriebsurlaub

Etwas Anderes gilt für **Betriebsurlaub bzw. Betriebsferien**. Wirksam festgelegte Betriebsferien stellen ein dringendes betriebliches Erfordernis dar und führen zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber kann zumindest bei dringenden betrieblichen Gründen Betriebsferien einseitig festlegen. Dringende Gründe können sich daraus ergeben, dass es sich um notwendig abzustimmende Arbeitszeiten handelt (zB Arztpraxis, Handwerk) oder bei Werksferien von Zulieferern oder Kunden (Küttner/Poeche, Personalbuch 2019, Betriebsurlaub Rn. 2). Problematisch ist die einseitige Anordnung von Betriebsurlaub, wenn die Schwelle der dringenden betrieblichen Gründe nicht erreicht ist. Hierüber herrscht Uneinigkeit in juristischem Schrifttum und Rechtsprechung. Vereinzelt wird vertreten, dass Betriebsurlaub – zumindest in Betrieben ohne Betriebsrat – auch bei bloßen betriebstechnischen, betriebswirtschaftlichen oder sonstigen Gründen einseitig vom Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts festgelegt werden kann (LAG Düsseldorf Urt. v. 20.6.2002 – 11 Sa 378/02, BeckRS 2002, 41353). Das Risiko der Unwirksamkeit der einseitigen Anordnung reduziert sich jedenfalls, wenn dringende betriebliche Gründe vorliegen. Auch dabei hat der Arbeitgeber neben den betrieblichen Interessen auch die Interessen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen. 124

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass in aller Regel nicht der gesamte Jahresurlaub als Betriebsurlaub festgesetzt werden darf (Ausnahmen können sich aus der Natur der Tätigkeit ergeben, wie zB bei angestellten Lehrern oder Arzthelfern, die nur einem zugelassenen Arzt zuarbeiten). Der Arbeitgeber ist grundsätzlich dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass den Arbeitnehmern neben dem Betriebsurlaub noch genügend **Urlaubstage zur freien Verfügung** übrigbleiben. Vom Bundesarbeitsgericht wurde es für ausreichend erachtet, wenn zwei Fünftel des Jahresurlaubsanspruchs zur freien Verfügung blieben (BAG Beschl. v. 28.7.1981 – 1 ABR 79/79, NJW 1982, 959 = DB 1981, 2621; Küttner/Poeche, Personalbuch 2019, Betriebsurlaub, Rn. 1). Tarifverträge können Abweichungen von diesem Grundsatz enthalten. Auch ist es möglich, dass die Arbeitsvertragsparteien einvernehmliche Regelungen hierzu treffen. In einer Krisenzeit wie der Corona-Pandemie bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung dahingehend verändern wird, dass auch ein prozentual 125

größerer Anteil des Jahresurlaubs als Betriebsurlaub vom Arbeitgeber festgesetzt werden kann. Dies könnte insbesondere dann als zulässig erachtet werden, wenn die Maßnahme dazu dient, betriebsbedingte Kündigungen als ultima ratio zu vermeiden (Dehmel/Hartmann BB 2020, 885 (889)).

- 126** In der Praxis stellt sich das Problem der Interessenkollision häufig deswegen nicht in der Schärfe, weil neben den Betriebsferien weitere Urlaubstage zur Festlegung nach den Wünschen der Arbeitnehmer verbleiben (Arnold/Tillmanns, BUrlG, Praxiskommentar 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 41, 55).
- 127** Auch wenn der Arbeitgeber grundsätzlich einseitig Betriebsurlaub anordnen kann, besteht in Krisenzeiten das Problem, eine angemessene Ankündigungsfrist zu wahren. Eine kurzfristige Anordnung von Betriebsurlaub, um schnell auf krisenbedingten Beschäftigungsausfall zu reagieren, ist daher problematisch. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Gewährung von Erholungsurlaub zu einem bestimmten Zeitpunkt kann aber im Einzelfall hinter das Interesse des Arbeitgebers am gesicherten Fortgang des Betriebsablaufs zurücktreten. Maßgebend sind danach die Umstände der Betriebsorganisation, des technischen Ablaufs, der Auftragslage sowie die konkrete Bedeutung des Arbeitnehmers und der von ihm verrichteten Tätigkeit für den Betrieb (BAG Beschl. v. 28.7.1981 – 1 ABR 79/79, DB 1981, 2621; Küttner/Röller, Personalbuch 2019, Urlaubsgewährung, Rn. 7). Jedenfalls besteht bei einer kurzfristigen einseitigen Anordnung nach derzeitiger Rechtslage das Risiko, dass die Ankündigungsfrist nicht angemessen war und daher Betriebsurlaub nicht wirksam angeordnet wurde. In diesem Fall wird der Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer nicht abgebaut und der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug, sodass er die Vergütung fortzahlen muss. Möglicherweise wird die Rechtsprechung auch die Frage der Rechtmäßigkeit einer sehr kurzfristigen Anordnung von Betriebsurlaub in Zeiten der Corona-Ausnahmesituation großzügiger behandeln und im Sinne des Erhalts des Unternehmens und der Arbeitsplätze großzügigere Maßstäbe anlegen. Um dieses Risiko aber zu reduzieren, empfiehlt sich auch hier die transparente Krisenkommunikation mit den Arbeitnehmern – Verständnis schaffen, an einem Strang ziehen und einvernehmlich Regelungen (ggf. auch mit dem Betriebsrat, vgl. → Rn. 128, 177) treffen.
- 128** Zu beachten ist schließlich, dass in Betrieben mit Betriebsrat dieser im Vorfeld der Anordnung von Betriebsurlaub gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG zwingend zu beteiligen ist (vgl. → Rn. 177). Dringende betriebliche Gründe wie regelmäßig für die Anordnung von Betriebsurlaub in betriebsratslosen Betrieben sind jedoch nicht erforderlich. Es empfiehlt sich, bereits im Vorfeld einer Krise in einer Betriebsvereinbarung festzulegen, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber Betriebsurlaub ggf. auch kurzfristig anordnen darf.

5. Zeitmanagement, Zeitguthaben

Die Arbeitszeit der Arbeitnehmer kann individualvertraglich im jeweiligen Arbeitsvertrag geregelt sein oder auch kollektivrechtlich im geltenden Tarifvertrag. Während einer Notzeit kann es erforderlich werden, dass von diesen Regelungen abgewichen wird, um die wirtschaftlich angespannte Lage für den Betrieb zu überbrücken. Instrumente zur Flexibilisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten sind dabei insbesondere die Anpassung von Arbeitszeit und Entgelt. 129

a) Reduzierung von Arbeitsentgelt – ohne Arbeitszeitverringerung

Eine Methode, innerbetrieblich unmittelbar auf angespannte Verhältnisse zu reagieren, ist das vorübergehende Reduzieren von Arbeitsentgelt – ohne Verringerung der Arbeitszeit. Das kann der Arbeitgeber aber nicht ohne Weiteres einseitig festlegen. Es bedarf einer einvernehmlichen Regelung. Mit einer solchen Vereinbarung werden sich die Arbeitnehmer jedoch regelmäßig nicht einverstanden erklären, da sie (kurzfristig) nur die Arbeitgeberinteressen berücksichtigt (Seitz/Reiche BB 2009, 1862 (1865)). Eine Möglichkeit besteht darin, die Arbeitnehmer „mit ins Boot zu holen“ und ihnen nicht ohne jedweden Ausgleich die angestrebte Veränderung vorzusetzen. Helfen kann es – wie grundsätzlich während einer Krise –, eine offene und transparente Kommunikation zu betreiben. Die Arbeitnehmer können so in ein Krisenmanagement einbezogen werden und von Betroffenen zu Beteiligten gemacht werden. Eine transparente Krisenkommunikation kann Verständnis fördern. In einem zweiten Schritt können Gegenleistungen für die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ausgehandelt werden. Gegenleistungen könnten etwa sein, eine Arbeitsplatzsicherung durch den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen festzulegen oder eine Nachgewährung von Leistungen nach Ende der Krise zu vereinbaren (Seitz/Reiche BB 2009, 1862; Heise/Schwald NZA 2009, 753 (754)). 130

Als ultima ratio kann eine Entgeltabsenkung auch durch eine betriebsbedingte Änderungskündigung erfolgen. Diese ist aber an hohe Voraussetzungen geknüpft. Das Bundesarbeitsgericht sieht die Anforderungen an eine solche Änderungskündigung als genauso hoch an wie an eine Beendigungskündigung (BAG Urt. v. 12.11.1998 – 2 AZR 91/98). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist eine Verschlechterung von arbeitsvertraglichen Vergütungsregelungen nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen möglich, da hierdurch in das synallagmatische Verhältnis von Arbeitsleistung und Vergütung eingegriffen wird. Bei einer Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer zu gleichbleibenden Lohnbedingungen müssten für den Gesamtbetrieb solche wirtschaftliche Verluste entstehen, 131

dass in absehbarer Zeit Personal abgebaut und ggf. Teile des Betriebes stillgelegt werden müssten, um die Verluste zu reduzieren. Vor einer Änderungskündigung müssen alle milderen Mittel ausgeschöpft worden sein. Dies geschieht in der Regel durch einen umfassenden Sanierungsplan (BAG Beschl. v. 20.1.2000 – 2 ABR 40/99, NZA 2000, 592).

b) Reduzierung von Arbeitsentgelt – mit Arbeitszeitverringerung

- 132 Eine weitere Methode der Flexibilisierung arbeitsrechtlicher Pflichten ist die Verringerung der vereinbarten Arbeitszeit bei gleichzeitiger Reduzierung des Entgelts. Ein solches Vorgehen ist denkbar, wenn es zB infolge einer Ressourcenknappheit aufgrund von Lieferengpässen zu einer Überkapazität an Personal kommt. Dies kann entweder auf der Grundlage einer Änderungsvereinbarung geschehen (hierzu sei auf den vorherigen Abschnitt verwiesen) oder im Wege einer Änderungskündigung. Letztere kann der Arbeitgeber neben Beendigungskündigungen im Rahmen seiner Organisationsfreiheit aussprechen, um auf konkreten Arbeitsrückgang flexibel zu reagieren. Jede Änderungskündigung muss jedoch iSd § 1 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Es ist erforderlich, dass der Arbeitgeber darlegen kann, dass die jeweilige Änderungskündigung auf dringenden betrieblichen Erfordernissen basiert (Seitz/Reiche BB 2009, 1862 (1866)). Der Arbeitgeber ist bei seiner Entscheidung, ob er mehrere Änderungskündigungen ausspricht oder stattdessen einige wenige Beendigungskündigungen frei (BAG Urt. v. 19.5.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075). Auch hier muss die Kündigung das letzte Mittel sein.

c) Abbau von Sonderzahlungen

- 133 Um Personalkosten einzusparen, kann der Arbeitgeber **Sonderzahlungen** abbauen, die zusätzlich zum Grundgehalt vereinbart wurden wie zB Weihnachtsgratifikationen oder Urlaubsgeld. Eine solche Maßnahme hat in der Krise jedoch nur dann unmittelbar liquiditätssichernde Wirkung, wenn solche Zahlungen auch tatsächlich in naher Zukunft anstehen. Ein Abbau von Sonderleistungen kann entweder durch Berufung auf einen vereinbarten Vorbehalt oder aufgrund von Betriebsvereinbarungen erfolgen oder einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer auf einzelvertraglicher Ebene vereinbart werden.
- 134 Ein Vorbehalt zur Verweigerung von Sonderleistungen muss wirksam und insbesondere vor Auszahlung der ersten Sonderleistung vereinbart worden sein. Im Vorbehaltsfall kann sich der Arbeitgeber entweder auf die Freiwilligkeit einer solchen Leistung berufen (**Freiwilligkeitsvorbehalt**) oder die Sonderzahlung widerrufen (**Widerrufsvorbehalt**). Es handelt sich hierbei um zwei sich gegenseitig ausschließende Vorbehalte. Ein Vorbehalt, wonach der Arbeitgeber eine Leistung als freiwillig kennzeichnet und sich gleichzeitig die Widerrufsmöglichkeit einräumt, ist