

**LANDEsarBEITSGERICHT
NIEDERSACHSEN**



Verkündet am:
19.08.2011

Gerichtsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

16 Sa 833/10

7 Ca 225/09 ArbG Braunschweig

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungsbeklagter,

gegen

Beklagte und Berufungsklägerin,

hat die 16. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen auf die mündliche Verhandlung vom 19. August 2011 durch

den Richter am Arbeitsgericht Ermel,
den ehrenamtlichen Richter Herrn Elsner,
den ehrenamtlichen Richter Herrn Klausling
für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 9.04.2010 - 7 Ca 225/09 - teilweise abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, den Kläger als Wareneingangsleiter zu beschäftigen.

Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreites tragen der Kläger zu 6/25 und die Beklagte zu 19/25.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Änderungsvereinbarung ihres Arbeitsvertrages und in diesem Zusammenhang um Vergütungs- und Beschäftigungsansprüche.

Der Kläger war seit dem 1.11.1994 bei der M. GmbH im Baumarkt in G-Stadt beschäftigt.

Dem Arbeitsverhältnis lag der Arbeitsvertrag vom 1.11.1994 zugrunde.

Gemäß § 1 des Arbeitsvertrages war der Kläger als stellvertretender Wareneingangsleiter eingestellt. In § 5 des Arbeitsvertrages heißt es unter „Anderweitige Tätigkeit/Versetzung“:

„Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, alle ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig und gewissenhaft auszuführen. Bei Bedarf verpflichtet er sich auch andere zumutbare Tätigkeiten auszuführen, und zwar - soweit erforderlich - auch über die im Betrieb üblichen oder vereinbarten Arbeitszeiten im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hinaus. Der Arbeitnehmer kann in eine andere Abteilung oder Betriebsstätte des Unternehmens versetzt werden.“

Unter § 2 „Einkommen“ ist geregelt:

„Es wird folgendes Brutto-Einkommen pro Monat vereinbart:

Tarifschlüssel: 1430	DM 3.788,--
Übertarifliche Zulage	<u>DM 212,--</u>
Gesamt:	<u>DM 4.000,--</u> “

Ferner heißt es:

„Bei der übertariflichen Zulage handelt es sich um eine freiwillige Leistung, die der Arbeitgeber bei Anpassung oder Neufestsetzung des Entgelts vollständig oder teilweise an- bzw. verrechnen kann. Geleistete Mehrarbeit ist im Umfang der freiwilligen Zulage abgegolten.“

Unter § 14 tarifliche Regelungen, Betriebsvereinbarungen heißt es:

„Es wird vereinbart, dass auf das Arbeitsverhältnis ergänzend die Bestimmungen des Manteltarifvertrages sowie des Lohn- und Gehaltstarifvertrages, jeweils in der letzten gültigen Fassung, Anwendung finden. Gleiches gilt für Betriebsvereinbarungen; sie gelten ebenfalls in der jeweils gültigen Fassung.“

Unter § 17 „Sonstiges“ heißt es u.a.:

„Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.“

Wegen der weiteren Einzelheiten des Arbeitsvertrages wird auf Blatt 9 bis 14 der Gerichtsakte verwiesen.

Zum 1.11.2003 beförderte die M. GmbH den Kläger zum Wareneingangsleiter.

Mit Datum vom 19.06.2007 erteilte die M. GmbH dem Kläger ein Zwischenzeugnis, welches die Aufgaben des Klägers beschreibt. Wegen der Einzelheiten wird auf Blatt 15 der Gerichtsakte verwiesen.

Zum 1.09.2007 ging die Betriebsstätte des Baumarktes G-Stadt im Wege des Betriebsübergangs von der M. GmbH auf die Beklagte über. Die Beklagte organisierte den Wareneingangsbereich neu. Sie schuf zum 1.11.2007 die Funktion des Teamleiters Logistik, welche auch die bisherige Tätigkeit des Wareneingangsleiters mit umfasst. Die Position des Teamleiters Logistik besetzte die Beklagte mit einer neuen Kraft. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte dem Kläger die Position zuvor angeboten hatte. Weiter ist zwischen den Parteien streitig, ob der Kläger seit diesem Zeitpunkt von der Beklagten mit den Tätigkeiten eines Warenannehmers oder mit den Tätigkeiten einer Servicekraft beschäftigt wird.

Bei der M. GmbH fand der zwischen der M. H. GmbH & Co. KG und der Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di geschlossene Gehalts- und Lohntarifvertrag für kaufmännische und gewerbliche Mitarbeiter/innen Anwendung.

Die Beklagte zahlte die Vergütung des Klägers nach dem 1.11.2007 in der bisherigen Höhe weiter. Die Vergütung betrug zuletzt 2.513,00 EUR brutto zzgl. 26,59 EUR brutto Arbeitgeberanteil vermögenswirksame Leistungen.

Im April 2008 führte die Marktleiterin des Baumarktes G-Stadt ein Gespräch mit dem Kläger und erklärte ihm, dass dem Kläger als Servicekraft das Gehalt eines Warenannahmeleiters nicht mehr zustehe. Am 5.11.2008, 3.12.2008 sowie 26.03.2009 führten der Kläger und die Marktleiterin weitere Gespräche, in welchen die Marktleiterin den Kläger jeweils

zu seiner Zustimmung zu einer Gehaltsreduzierung aufforderte und der Kläger dies ablehnte. Der weitere Inhalt dieser Gespräche ist zwischen den Parteien teilweise streitig.

Am 12.05. und 15.05.2009 fanden erneut Gespräche des Klägers und der Marktleiterin statt, in welchen es um eine Gehaltsreduzierung des Klägers ging. Im Gespräch vom 12.05.2009 lehnte der Kläger seine Zustimmung zu einer Gehaltsreduzierung wiederum ab.

Im Gespräch am 15.05.2009 legte die Marktleiterin dem Kläger ein ausgefülltes Formular mit der Überschrift „Änderungs- / Versetzungsmitteilung“ vor. Dieses weist rechts oben unter der Rubrik „Von (BauMarktstempel):“ einen Stempelaufdruck aus und oben links unter der Rubrik „an“ handschriftlich eingetragen: „Personalbetreuung z. Hd. Herr M.“.

Eingetragen sind ferner Name und Vorname des Klägers, dessen Personalnummer und Kostenstelle.

Ferner heißt es: Änderung / Versetzung gültig ab: 1.06.2009.

Unter der Rubrik „Alt“ ist eingetragen:

Bruttogehalt:	2513,-
<u>+ Funktionszulage:</u>	<u>-</u>
Gesamtbruttoentgelt:	2513,-

Unter der Rubrik „Neu“ heißt es:

Tätigkeit: Mitarbeiter Logistik/Service

Bruttogehalt:	1748,-
<u>+ Funktionszulage:</u>	<u>300,-</u>
Gesamtbruttoentgelt:	2048,-

Die Frage der Marktleiterin, ob er damit einverstanden sei, verneinte der Kläger. Die Marktleiterin wies den Kläger darauf hin, dass nach ihrer Auffassung auch eine rückwirkende Gehaltsreduzierung für die letzten vier Monate in Betracht komme und er keinen Anspruch auf eine Funktionszulage habe. Hierauf unterzeichnete der Kläger die „Änderungs-/Versetzungsmitteilung“ unter der Zeile „Datum / Unterschrift Mitarbeiter / Einverstanden“. Unter der Rubrik „Datum / Unterschrift Marktleitung“ unterzeichnete die Marktleiterin.

Am 19.06.2009 übermittelte die zentrale Personalabteilung der Beklagten in A-Stadt dem Kläger einen bereits arbeitgeberseitig unterzeichneten „Anschluss-Arbeitsvertrag“, welcher die Tätigkeit des Klägers als Servicemitarbeiter ab dem 1.06.2009 ausweist. Ferner heißt es u.a.:

„Das monatliche Gesamtbruttoentgelt beträgt:
Euro 1.642,00 Grundentgelt
Euro 406,00 Firmenzulage.....
Euro 2.048,00 Gesamtbruttoentgelt

Wegen der weiteren Einzelheiten des „Anschluss-Arbeitsvertrag“ wird auf Blatt 20 bis 22 der Gerichtsakte verwiesen.

Den übersandten „Anschluss-Arbeitsvertrag“ unterzeichnete der Kläger nicht. Für den Monat Juni 2009 zahlte die Beklagte dem Kläger nur noch das Bruttoentgelt in der reduzierten Höhe und Zusammensetzung entsprechend dem "Anschluss-Arbeitsvertrag", zuzüglich Arbeitgeberanteil Vermögensbildung i. H. v. 26,59 EUR. Mit Schreiben vom 6.07.2009 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten, bei der „Änderungs-/Versetzungsmitteilung“ handele es sich um keinen Änderungsvertrag. Das Angebot auf Abänderung des Arbeitsvertrages habe der Kläger nicht angenommen. Höchstenfalls vorsorglich werde ein etwa am 15.05.2009 geschlossener Vertrag / eine von Seiten des Klägers abgegebene Willenserklärung unter allen Gesichtspunkten (widerrechtliche Drohung, arglistige Täuschung und Irrtum) angefochten. Es werde um Bestätigung gebeten, dass der Kläger zu den vor dem 15.05.2009 geltenden Bedingungen weiterbeschäftigt werde und das Arbeitsentgelt weiterhin 2.539,59 € brutto monatlich betrage.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger Feststellung, dass sich die Bruttovergütung des Klägers nicht geändert habe sowie seine Weiterbeschäftigung als Wareneingangsleiter. Ein wirksamer Änderungsvertrag zur Entgeltreduzierung sei nicht geschlossen worden. Die Änderungs-/Versetzungsmitteilung sei kein Änderungsvertrag, sondern lediglich ein vorbereitender Akt. Soweit die Beklagte sich auf eine Ermächtigung der Marktleiterin durch die zuständige Personalreferentin zur Vertragsänderung berufe, werde diese mit Nichtwissen bestritten.

Ferner begehrt der Kläger Zahlung der Gehaltsdifferenz der bisherigen Vergütung und der nunmehr von der Beklagten gezahlten, um 465,00 EUR monatlich niedrigeren Vergütung für den Zeitraum Juni 2009 bis März 2010 sowie Zahlung von 279,00 EUR brutto Weihnachtsgeld für das Jahr 2009. Die Beklagte habe - was zwischen den Parteien un-

streitig ist - nach Maßgabe der Entgeltreduzierung ein um 279,00 EUR brutto reduziertes Weihnachtsgeld für das Jahr 2009 an den Kläger ausgekehrt.

Der Kläger hat beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz Juni 2009) nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2009 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsentgelt des Klägers 2.539,59 EUR brutto (2.513,00 brutto Entgelt zuzüglich 26,59 EUR brutto vermögenswirksame Leistungen/Arbeitgeberanteil) pro Monat beträgt.
3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger als Wareneingangsleiter zu beschäftigen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz Juli 2009) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.08.2009 zu zahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz August 2009) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.09.2009 zu zahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz September 2009) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.10.2009 zu zahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz Oktober 2009) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.11.2009 zu zahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz November 2009) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.12.2009 zu zahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz Dezember 2009) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.01.2010 zu zahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz Januar 2010) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.02.2010 zu zahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 465,00 EUR brutto (Entgeltdifferenz Februar 2010) nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.03.2010 zu zahlen.

12. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 465,00 EUR brutto (Entgelt Differenz März 2010) nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszins seit dem 01.04.2010 zu zahlen.

13. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 279,00 EUR brutto (Differenz Weihnachtsgeld 2009) nebst 5 Prozentpunkten Zinsen seit dem 01.12.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit der Änderungs-/Versetzungsmitteilung sei eine wirksame Veränderungsvereinbarung des Arbeitsvertrages zustande gekommen. Vor dem Gespräch am 15.05.2009 habe die Personalreferentin der Marktleiterin die Auskunft erteilt, dass eine rückwirkende Gehaltsreduzierung für die letzten vier Monate zulässig sei, die Zulässigkeit einer weiteren rückwirkenden Gehaltsreduzierung scheitere lediglich an den bestehenden tariflichen Ausschlussfristen. Die Zulässigkeit ergebe sich daraus, dass der Kläger seit November 2007 tatsächlich die Tätigkeit eines Wareneingangsleiters nicht mehr ausübe und daher auch keinen Anspruch auf Zahlung einer entsprechenden Vergütung habe. In dem Gespräch mit der Personalreferentin habe diese der Marktleiterin ferner die Möglichkeit eingeräumt, das Gehalt des Klägers in dem Umfang zu reduzieren, wie diese es für angemessen halte, ggf. die Gehaltsreduzierung mit einer freiwilligen Zulage abzufedern. Die Marktleiterin habe eine etwaige Vereinbarung mit dem Kläger schriftlich niederlegen und an die Personalabteilung weiterleiten sollen, damit der Kläger den bei der Beklagten üblichen Anschlussvertrag als Bestätigung von der Personalabteilung erhalte. Die Marktleiterin habe daher die Veränderungsmitteilung mit Wissen und Berechtigung der für die Einstellung und Entlassung sowie Gehaltsvereinbarungen zuständigen Personalabteilung ausgefüllt.

Der Kläger habe die jetzt dem Teamleiter Logistik obliegenden und über die frühere Tätigkeit eines Wareneingangsleiters hinausgehenden Arbeiten nicht ausüben und trotz mehrfacher entsprechender Anregung durch die Marktleiterin sich auch nicht in eine entsprechende Tätigkeit einarbeiten lassen wollen. Die früheren Tätigkeiten eines Wareneingangsleiters gebe es bei der Beklagten nicht mehr.

Die Anfechtung des Klägers gehe ins Leere, weil sie nicht unverzüglich erfolgt sei. In der Ankündigung der rückwirkenden Entgeltreduzierung liege auch keine widerrechtliche Drohung, sondern eine reine Ablaufbeschreibung. Der Kläger sei falsch eingruppiert gewesen, so dass eine Rückgruppierung durch einfache Reduzierung der Bezahlung hätte

erfolgen können. Die angebotene Grundvergütung entspreche der tariflichen Vergütung einer Servicekraft. Einer Änderungskündigung hätte es nicht bedurft. Die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass eine rückwirkende Rückgruppierung jedenfalls innerhalb der tariflichen Ausschlussfristen ernsthaft in Betracht gekommen wäre.

Mit Urteil vom 9.04.2010 hat das Arbeitsgericht Braunschweig der Klage mit den erstinstanzlich gestellten Anträgen vollständig stattgegeben und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreites auferlegt.

Wegen der Einzelheiten des Urteils des Arbeitsgerichts Braunschweig wird auf Blatt 113 bis 123 der Gerichtsakte verwiesen.

Gegen das der Beklagten am 18.05.2010 zugestellte Urteil hat diese mit am 2.06.2010 eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 16.07.2010 eingegangenem Schriftsatz begründet.

Die Beklagte tritt der rechtlichen Würdigung des Arbeitsgerichts entgegen, dass ein Anfechtungsgrund wegen Drohung vorliege. Die Beklagte habe berechtigter Weise die Auffassung vertreten dürfen, im Rahmen einer korrigierenden Rückgruppierung wäre auch eine rückwirkende Gehaltsreduzierung im Rahmen der tarifvertraglichen Ausschlussfristen möglich. Dem Weiterbeschäftigungsanspruch werde ebenfalls entgegengetreten. Es sei der Beklagten nicht zumutbar, ihr Unternehmenskonzept im Bereich der Logistik zu verändern, damit der Kläger wieder als Warenannahmeleiter beschäftigt werden könne.

Die Beklagte beantragt,

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 12.05.2010
- Az. 7 Ca 225/09 - wird abgeändert.
2. die Klage wird kostenpflichtig abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe der Kläger keiner Tarifautomatik unterlegen. Bei der Beklagten selbst sei unklar,

welcher Tarifvertrag nach dem Betriebsübergang auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung finden sollte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens im Berufungsverfahren wird auf die Berufungsbegründung vom 16.07.2010 und die Berufungsbeantwortung vom 18.08.2010 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist überwiegend unbegründet.

A.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt (§ 66 Abs. 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

B.

Die Berufung ist weitgehend unbegründet.

I.

Der Kläger hat Anspruch auf Feststellung, dass das Arbeitsentgelt des Klägers insgesamt 2.539,59 EUR brutto, bestehend aus 2.513,00 EUR brutto Entgelt zzgl. 26,59 EUR brutto Arbeitgeberanteil Vermögensbildung monatlich beträgt.

1.

Der Antrag ist gemäß § 256 ZPO zulässig.

Das erforderliche Feststellungsinteresse ist vorhanden. Unabhängig von den im Rahmen des Prozesses zugleich geltend gemachten Zahlungsansprüchen für die Vergangenheit streiten die Parteien mit Zukunftsbezug um die Frage, ob eine wirksame Änderung der Höhe der dem Kläger zustehenden vertraglichen Vergütung eingetreten ist.

2.

Der Feststellungsantrag ist begründet.

Der Kläger hat Anspruch auf Feststellung, dass sein Arbeitsentgelt 2.513,00 EUR brutto monatlich zzgl. 26,59 EUR brutto Arbeitgeberanteil Vermögensbildung beträgt.

Der Vergütungsanspruch folgt aus § 611 BGB in Verbindung mit der Vergütungsvereinbarung im Arbeitsvertrag der Parteien.

Der vertragliche Vergütungsanspruch des Klägers betrug bis November 2007 unstreitig 2.539,59 EUR brutto, bestehend aus 2.513,- EUR brutto zuzüglich 26,59 EUR brutto Arbeitgeberanteil Vermögensbildung.

Eine wirksame Abänderung dieser Vergütungsvereinbarung ist nicht erfolgt. Der Kläger hat daher Anspruch auf Feststellung der unveränderten Höhe der von der Beklagten geschuldeten vertraglichen monatlichen Bruttovergütung.

a)

Eine Vergütungsabsenkung der Vergütung des Klägers ist nicht aufgrund Zuweisung einer neuen, tariflich unterwertigen Tätigkeit der Beklagten erfolgt.

Haben die Arbeitsvertragsparteien vertraglich eine bestimmte auszuübende Tätigkeit und hieran anknüpfend eine bestimmte Vergütung vereinbart, so bedarf es grundsätzlich zur Vertragsänderung einer einvernehmlichen Vereinbarung oder des Ausspruches einer sozial gerechtfertigten Änderungskündigung. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die Vergütungsabrede einzelvertraglich an die tarifliche Regelung anlehnt. Auch dann, wenn die Vergütung der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit folgt, ist für jede nicht einverständliche Herabgruppierung eine Änderungskündigung nötig (vgl. BAG, 13.09.1993, 2 AZR 283/93, AP Nr. 33 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1994, Seite 615).

Etwas anderes kann - so etwa im öffentlichen Dienst - dann gelten, wenn der Arbeitnehmer sich hinsichtlich der Vergütung vollständig der Tarifautomatik unterwirft. In diesen Fällen kommt bereits der Angabe der Vergütungsgruppe im Arbeitsvertrag nicht der Erklärungswert einer Willenserklärung zu (BAG, 23.8.1995, 4 AZR 352/94, ZTR 1996, Seite 169).

Auch im Tarifbereich des öffentlichen Dienstes gilt aber, dass bei einem erreichten Status und einer feststehenden Eingruppierung der Wegfall eines Elementes eines Tätigkeitsmerkmals nicht genügt, eine korrigierende Herabgruppierung ohne Änderungskündigung zu begründen. Auch die Änderung von tatsächlichen Verhältnissen führt im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes in der Regel nicht dazu, dass sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses ändert. Auch in diesem Fall kann das Arbeitsverhältnis nur einvernehmlich oder durch Änderungskündigung geändert werden. Tariflich ist lediglich die vergütungsrechtliche einheitliche Bewertung der konkreten, vertraglich festgelegten Tätigkeit geregelt. Dementsprechend kann sich auch allein durch die Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit

der Inhalt des Arbeitsvertrages nicht ändern. Für eine Rückgruppierung bedarf es daher einer Änderungskündigung oder einer vertragsändernden Vereinbarung über die für die Eingruppierung maßgebende Tätigkeit (BAG, 12.03.2008, 4 AZR 93/07, AP Nr. 35 zu §§ 22, 23 BAT-O). Eine durch den Arbeitgeber einseitig durchgeführte korrigierende Rückgruppierung ist nur dann zulässig, wenn sich die - rein deklaratorisch - dem Arbeitnehmer ursprünglich mitgeteilte Eingruppierung als tatsächlich unrichtig erweist (vgl. BAG, AP Nr. 1 zu §§ 22, 23 BAT Rückgruppierung).

Der Kläger war bis zum November 2007 dauerhaft mit der Position eines Wareneingangsleiters betraut. Unabhängig von der Frage, ob der Kläger sich arbeitsvertraglich der Tarifautomatik unterworfen hat, konnte die Beklagte nach den o.g. Grundsätzen den Kläger nicht durch bloße Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches herabgruppieren. Insoweit kann es deshalb dahingestellt bleiben, ob die dem Kläger nach dem 1.11.2007 zugewiesene Tätigkeit den Merkmalen eines Warenannehmers oder lediglich noch einer Servicekraft entsprach.

b.)

Die Parteien haben sich nicht auf eine Vertragsänderung mit den Arbeitsbedingungen des Anschluss-Arbeitsvertrages vom 28.05.2009 geeinigt.

Eine Vertragsänderung mit diesem Inhalt hat der Kläger gegenüber der Beklagten nicht angenommen. Gemäß § 146 BGB erlischt der Antrag, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 BGB rechtzeitig angenommen wird.

Eine Annahme des Vertragsangebotes vom 28.05.2009 durch den Kläger ist nicht erfolgt. Vielmehr hat der Kläger mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 6.07.2009 dieses Angebot ausdrücklich abgelehnt.

Die Vertragsbedingungen im Anschluss-Arbeitsvertrag vom 28.05.2009 stellen auch keine Annahme eines etwa vom Kläger unterbreiteten entsprechenden Vertragsangebotes vom 15.05.2009 dar.

Sähe man in der Änderungs- und Versetzungsmitteilung vom 15.05.2009 ein Angebot des Klägers auf Abschluss eines geänderten Arbeitsvertrages, kann der Anschlussarbeitsvertrag nicht als Annahme dieses Angebotes ausgelegt werden. Gemäß § 150 Abs. 2 BGB

gilt eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag.

Die Vertragsbedingungen des Anschluss-Arbeitsvertrages vom 28.05.2009 weichen bereits in der Zusammensetzung der Vergütung von der Änderungs-/Versetzungsmitteilung vom 15.05.2009 ab. Diese sieht ein Bruttogehalt von 1.748,00 EUR sowie eine Funktionszulage von 300,00 EUR vor, während die Zusammensetzung der Vergütung im Anschluss-Arbeitsvertrag sich in 1.642,00 Grundentgelt und 406,00 EUR Firmenzulage aufgliedert.

Die abweichende Zusammensetzung der summenmäßig identischen Vergütung stellt ein neues Angebot dar, weil nach dem Vorbringen der Beklagten die Grundvergütung der tariflichen Vergütung entspricht und es sich bei der Zulage um eine freiwillige Leistung handelt. Gemäß Nr. 8 des "Anschluss-Arbeitsvertrages" werden Lohnsteigerungen auf Grundlage des Entgeltes vorgenommen. Ein niedrigeres Grundentgelt führt damit in der Zukunft zu einer geringeren Vergütungssteigerung. Hinzu kommt, dass auch sonstige Regelungen des Anschluss-Arbeitsvertrages vom Inhalt des ursprünglichen Arbeitsvertrages vom 1.11.1994 abweichen. Insbesondere enthält der Anschluss-Arbeitsvertrag keine Regelung mehr, wonach auf das Arbeitsverhältnis ergänzend die Bestimmungen des Manteltarifvertrages sowie des Lohn- und Gehaltstarifvertrages in der letzten gültigen Fassung Anwendung finden sollen. Vielmehr fehlt hinsichtlich der laufenden Vergütung eine Bezugnahme auf ein Tarifwerk vollständig. Diese ist in Nr. 9, Nr. 10 sowie Nr. 13 sowie Nr. 23 des Anschlussarbeitsvertrages lediglich hinsichtlich Einmalzahlungen, Urlaub, Kündigungsfrist und Verfallfristen geregelt.

c)

Die Parteien haben keine wirksame Änderung der vertraglichen Vergütung durch die Änderungs-/Versetzungsmitteilung vom 15.05.2009 vereinbart.

Es kann dahingestellt bleiben, ob bereits mit Unterzeichnung der Änderungs-/Versetzungsmitteilung eine Einigung zur Änderung der Vergütung und der vertraglichen Tätigkeit des Klägers zustande gekommen ist. Die Änderungs-/Versetzungsmitteilung enthält die Essentialia negotii eines Arbeitsvertrages, nämlich die Parteien, die geschuldete Tätigkeit, Höhe bzw. Zusammensetzung der Vergütung sowie den Zeitpunkt ab welchem die Vertragsänderung wirken soll. Eine Einigung über diese Punkte zwischen zum Vertragsschluss Bevollmächtigten könnte daher grundsätzlich bereits als Vertragsänderung und nicht lediglich als Absichtserklärung auszulegen sein, auch wenn gegen eine Bevollmächtigung der Marktleiterin gemäß § 164 ff. BGB zur Änderung des Arbeitsvertra-

ges des Klägers der Umstand sprechen könnte, dass die zentrale Personalverwaltung der Beklagten dem Kläger einen von der Personalreferentin der Beklagten unterzeichneten Anschluss-Arbeitsvertrag übersandte, welcher hinsichtlich der Zusammensetzung der Bruttovergütung als auch der übrigen Arbeitsbedingungen von der Änderungs-/Versetzungsmitteilung und dem ursprünglichen Arbeitsvertrag des Klägers abwich.

Auf die Frage, ob bereits in der Änderungs-/Versetzungsmitteilung vom 15.05.2009 eine Einigung der Parteien zu erblicken ist, kommt es aber nicht an, da der Kläger seine Willenserklärung in der Änderungs-/Versetzungsmitteilung vom 15.05.2009 wirksam gemäß § 142 Abs. 1 BGB angefochten hat.

Die Voraussetzung einer wirksamen Anfechtungserklärung liegen vor.

Der Kläger hat die Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB gegenüber der Beklagten als Anfechtungsgegnerin innerhalb der Frist des § 124 Abs. 1 BGB erklärt. Die wirksame Anfechtung führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

aa)

Ein Anfechtungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 BGB liegt vor. Der Kläger ist durch widerrechtliche Drohung gemäß § 123 Abs. 1 BGB zur Abgabe seiner Einverständniserklärung vom 15.05.2009 bestimmt worden.

(1)

Eine Drohung setzt objektiv die Ankündigung eines zukünftigen Übels voraus, dessen Ankündigung als von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird. Unerheblich ist, ob die Drohung vom Arbeitgeber selbst oder einer Hilfsperson stammt. Ferner muss dem Drohenden bewusst sein, dass sein Verhalten die Willensbildung des Empfängers der Drohung beeinflussen kann. Die Drohung muss darauf gerichtet sein, den Bedrohten zu der Einschätzung zu verleiten, nur zwischen zwei Übeln wählen zu können, von denen die Abgabe der empfohlenen Erklärung nach der Ansicht des Drohenden als das geringere Übel gegenüber der sonst zu erwartenden Maßnahme erscheinen soll (BAG 15.12.2005, 6 AZR 197/05, AP Nr. 66 zu § 123 BGB = NZA 2006, 841). Die nach der zunächst mündlich erklärten Weigerung des Klägers, einer Gehaltsreduzierung zuzustimmen abgegebene Erklärung der Marktleiterin mit dem Inhalt, nach ihrer Auffassung komme auch eine rückwirkende Gehaltsreduzierung für die letzten vier Monate in Betracht und der Kläger habe keinen Anspruch auf eine Funktionszulage, stellt eine Drohung i.S. § 123 Abs. 1 BGB dar. Die Beklagte kündigte hierdurch gegenüber dem Kläger die Zufügung eines zukünftigen empfindlichen Übels an, dessen Verwirklichung in ihrer

Macht lag. Damit sollte der Kläger zwischen zwei Übeln wählen. Entweder sollte er sich mit der von der Marktleiterin mehrfach an den Kläger herangetragenen niedrigeren Vergütung einverstanden erklären oder aber in Kauf nehmen, die Beklagte werde einseitig die Vergütung sogar auf die um die Zulage gekürzte Vergütung reduzieren und die entsprechende Gehaltsdifferenz rückwirkend für vier Monate vom Kläger zurück verlangen bzw. mit seiner Vergütung verrechnen.

(2)

Diese Drohung ist widerrechtlich i.S. § 123 BGB.

Eine Drohung kann unter verschiedenen Voraussetzungen widerrechtlich sein:

Entweder ist die angedrohte Handlung selbst widerrechtlich (Widerrechtlichkeit des Mittels), oder es wird ein widerrechtlicher Erfolg angestrebt (Widerrechtlichkeit des Zweckes), oder das Verhältnis von Mittel und Zweck ist widerrechtlich. Ein widerrechtlicher Erfolg wird dann angestrebt, wenn der Drohende etwas begehrt, was ihm nicht zusteht. Dies ist dann der Fall, wenn keine Partei des Arbeitsvertrages verpflichtet ist, eine Abrede zu ihrem Nachteil zu treffen sondern vielmehr für den Fall einer Nichteinigung die jeweils andere Parteien versuchen muss, durch Änderungskündigung zum Ziel zu kommen (BAG, 28.01.1987, 5 AZR 323/86, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Nachwirkung)

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Die Marktleiterin der Beklagten hat durch ihre Erklärung gegenüber dem Kläger den Eindruck erweckt, es stehe in ihrer Macht, die Vergütung einseitig und sogar rückwirkend für vier Monate auf ein Vergütungsniveau abzusenken, welches noch unterhalb des unterbreiteten Änderungsangebotes liege, nämlich reduziert um die Funktionszulage. Wie oben ausgeführt, hätte die Beklagte eine solche Vertragsänderung rechtlich nicht ohne Ausspruch einer Änderungskündigung durchsetzen können. Selbst eine Änderungskündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist hätte nicht die Rechtsfolge ausgelöst, dass der Kläger rückwirkend Vergütungsdifferenzen hätte nachzahlen müssen.

Die Drohung mit der Rechtsfolge, auf welche die Beklagte keinen Anspruch hat, erfolgte nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten auch zu dem Zweck, den Willen des Klägers zur Ablehnung der Vertragsänderung zu brechen. Indiz dafür ist auch die Vorgeschichte der Verhandlungen. Die Marktleiterin hatte den Kläger zuvor mehrfach vergeblich aufgefordert, einer Vergütungsreduzierung zuzustimmen.

Das Verhältnis des zur Drohung angewandten Mittels und dem verfolgten Zweck ist widerrechtlich.

Für die Fallgruppe der Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung zur Erlangung der Zustimmung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages hat das Bundesarbeitsgericht den Grundsatz aufgestellt, dass dann, wenn der Drohende an der Erreichung des verfolgten Zwecks kein berechtigtes Interesse hat oder die Drohung nach Treu und Glauben nicht mehr als angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zweckes anzusehen ist, die Drohung als widerrechtlich gilt. Für den Fall einer Kündigung ist nicht erforderlich, dass sich die angedrohte Kündigung, wenn sie ausgesprochen worden wäre, in einem Kündigungsschutzprozess als rechtsbeständig erwiesen hätte. Muss aber der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles davon ausgehen, die angedrohte Kündigung werde im Fall ihres Ausspruches einer arbeitsgerichtlicher Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten, darf er die (außer-) ordentliche Kündigungserklärung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung zu veranlassen (BAG, 28.11.2007, 6 AZR 1108/06, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag = NZA 2008, Seite 348).

Wie oben ausgeführt, hätte eine einseitige „Rückgruppierung“ durch die Beklagte einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standgehalten. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Marktleiterin aufgrund eines Gespräches mit der Personalreferentin der Beklagten die rechtliche Möglichkeit einer einseitigen Herabgruppierung für zulässig halten durfte. Maßgeblich ist nicht die subjektive Einschätzung der handelnden Personen sondern die objektivierte Sicht eines verständigen Arbeitgebers (BAG, 15.12.2005, 6 AZR 197/05, AP Nr. 66 zu § 123 BGB = NZA 2006, 841). Aus dem eigenen Sachvortrag der Beklagten ist im Übrigen erkennbar, dass die Beklagte selbst vom Erfordernis der Zustimmung des Klägers zu einer Kürzung der Vergütung ausging. So gewährte die Beklagte dem Kläger bis zum Mai 2009 über ca. eineinhalb Jahre hinweg das bisherige Gehalt weiter, obwohl die Beklagte nach ihrem eigenen Sachvortrag bereits ab April 2008 die Auffassung vertrat, das gezahlte Gehalt sei der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit nicht mehr angemessen. Aufgrund der Weitergewährung des bisherigen Gehaltes des Klägers auf der Grundlage der Tätigkeit eines Wareneingangsleiters hätte die Beklagte jedenfalls als verständige Arbeitgeberin nicht zu dem Schluss kommen können, sie sei berechtigt, das Gehalt des Klägers sogar im Rahmen tariflicher Ausschlussfristen rückwirkend zu kürzen, nachdem die Beklagte dem Kläger bis zum Gespräch vom Mai 2009 vorbehaltlos das bisherigen Gehalt weiter gewährt hatte. Der Rechtsgedanke des § 814 BGB hätte sich der Beklagten - auch ohne entsprechende Einrede des Klägers - als

verständiger Arbeitgeberin ohne weiteres aufdrängen müssen. Hierauf hat das Arbeitsgericht bereits in den Entscheidungsgründen des Urteils vom 9.04.2010 (Seite 8 der Entscheidungsgründe) hingewiesen.

bb)

Da die Parteien eine vertragliche Vereinbarung der Veränderung der Vergütung nicht wirksam getroffen haben, kann der Kläger Feststellung beanspruchen, dass seine Vergütung in der bisherigen Zusammensetzung mit 2.513,00 EUR Bruttoentgelt zzgl. 26,59 EUR Arbeitgeberanteil Vermögensbildung Vertragsinhalt besteht.

II.

Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung der Vergütungsdifferenz von monatlich 465,00 EUR brutto zwischen seiner vertraglichen Vergütung und der von der Beklagten ab Juni 2009 abgerechneten Vergütung für den Zeitraum Juni 2009 bis März 2010.

Die Parteien haben eine Änderung der Vergütungsabrede nicht wirksam vereinbart. Insofern wird auf die Ausführungen unter B. I. der Entscheidungsgründe verwiesen.

Die Differenz der vertraglichen zur monatlich von der Beklagten gezahlten Vergütung beträgt für den o. g. Zeitraum 465,00 EUR brutto. In dieser Höhe besteht ein entsprechender monatlicher Zahlungsanspruch des Klägers.

Der Zinsanspruch folgt gemäß §§ 284, 286, 288 BGB aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab dem jeweiligem Monatsersten des Folgemonats.

III.

Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung weiterer 279,00 EUR brutto Weihnachtsgeld für das Jahr 2009.

Die Beklagte hat auf der Grundlage der reduzierten Vergütung dem Kläger ein um 279,00 EUR brutto geringeres Weihnachtsgeld gezahlt. Der Weihnachtsgeldanspruch als solcher und die Berechnung der Kürzung ist zwischen den Parteien nicht streitig.

Da die Beklagte nicht berechtigt ist, die monatliche Vergütung des Klägers einseitig zu kürzen, gilt dies auch für das auf der Grundlage der Monatsvergütung berechnete Weih-

nachtsgeld. Dem Kläger steht daher die Differenz zwischen dem bisherigen höheren Weihnachtsgeldanspruch und dem tatsächlich ausgezahlten Betrag zu.

Der Zinsanspruch folgt gemäß §§ 284, 286, 288 BGB aus dem Gesichtspunkt des Verzuges.

IV.

Auf die Berufung der Beklagten war das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage teilweise abzuweisen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, den Kläger als Wareneingangsleiter zu beschäftigen.

Insoweit ist die Klage unbegründet.

Grundsätzlich steht dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung zu (Grundlegend BAG, 27.02.1985, GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB, Beschäftigungspflicht). Bei einer unwirksamen Versetzung auf einen geringer bewerteten Arbeitsplatz wird der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers verletzt (Erf.Kom/Preis, 11. Aufl. 2011, § 611 BGB Rn. 564). Bei einer Möglichkeit der Weiterbeschäftigung scheidet eine Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO aus. Der Schuldner kann durch staatliche Zwangsmittel nicht zu etwas gezwungen werden, was nicht in seiner Macht steht. Ist aufgrund einer Umorganisation die Beschäftigungsmöglichkeit weggefallen, ist die spätere betriebliche Entwicklung aufgrund einer Unternehmerentscheidung hinzunehmen. Der Arbeitgeber kann nicht durch Zwangsmittel zur Wiederherstellung des alten Organisationsstandes angehalten werden (LAG A-Stadt, 26.10.1998, 10 Ta 153/98 m.w.N.).

Unmöglichkeit der Beschäftigung kann eintreten, wenn der Arbeitsplatz auf dem die Beschäftigung geschuldet ist, weggefallen ist, dann fehlt es an der Grundlage für die geschuldete Leistung, nämlich dem Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers (BAG, 13.06.1990, 5 AZR 350/89, EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 44). Ist der bislang vom Arbeitnehmer im Betrieb wahrgenommene Arbeitsplatz nicht mehr vorhanden, kann die ursprünglich vom Arbeitgeber geschuldete Leistung der Beschäftigung auf diesem Arbeitsplatz nicht mehr erbracht werden. Diese Leistung ist objektiv unmöglich geworden (BAG, a.a.O.).

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der bisherige Arbeitsplatz des Klägers als Wareneingangsleiter organisatorisch bei der Beklagten nicht mehr besteht. Dies ist auch im Betrieb G-Stadt nicht mehr der Fall. Die Tätigkeiten des Wareneingangsleiters sind in der Position „Leiter Logistik“ aufgegangen. Da die Position eines Wareneingangsleiters bei der Beklagten nicht mehr existiert, ist es der Beklagten nicht möglich, den Kläger auf einem entsprechenden Arbeitsplatz zu beschäftigen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte den Wegfall dieser Beschäftigungsmöglichkeit i.S. § 280 Abs. 1 BGB bzw. § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vertreten hat. Jedenfalls ist die Beklagte nicht verpflichtet durch Organisationsmaßnahmen den bisherigen Zustand wieder herzustellen. Die Beklagte schuldet gemäß § 249 BGB im Wege der Naturalrestitution lediglich einen gleichwertigen Arbeitsplatz (vgl. BAG, a.a.O.) Damit scheidet aber eine Verpflichtung der Beklagten zur Beschäftigung des Klägers als „Wareneingangsleiters“ aus.

Da ein Beschäftigungsanspruch des Klägers bereits aufgrund der durchgeführten Organisationsänderung der Beklagten nicht mehr besteht, kann dahingestellt bleiben, ob die Parteien sich nicht ohnehin mittlerweile konkludent darauf geeinigt haben, dass der Kläger in einer anderen Position als der eines Wareneingangsleiters von der Beklagten weiterbeschäftigt wird.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 91, 92, 97 ZPO.

Bei der Kostenquote war gemäß § 3 ff. ZPO der Wert der Summe der Zahlungsansprüche anzusetzen. Der Feststellungsantrag zur streitigen Vergütungshöhe war entsprechend § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG mit dem 36-fachen Differenzbetrag der künftigen Vergütungsdifferenzen begrenzt auf drei Monatsbruttoeinkommen des Klägers zu bewerten. Aufgrund wirtschaftlicher Identität mit dem Zahlungsantrag wirkt sich der Feststellungsantrag nicht streitwerterhöhend aus. Der Beschäftigungsantrag, welcher der Teilabweisung unterliegt, war mit einem Monatsbruttoeinkommen des Klägers zu bewerten. Hieraus folgt bei einem Gegenstandswert von 10.437,00 EUR die sich aus dem Tenor ergebende Kostenquote.

D.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Nichtzulassung der Revision findet die Beschwerde statt.

Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass

1. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat,
2. das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe, des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht,

oder

3. ein absoluter Rechtsbeschwerdegrund gemäß § 547 Nr. 1 bis 5 der Zivilprozessordnung oder einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird und vorliegt.

Die Beschwerde muss innen einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Urteils bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt.

Telefax-Nr.: (0361) 26 36 – 20 00

Auf die Möglichkeit der Einreichung elektronischer Dokumente beim Bundesarbeitsgericht nach § 46 c ArbGG i. V. m. den besonderen Voraussetzungen nach der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09. März 2006, BGBl. 2006 Teil I Nr. 12, S. 519 f., ausgegeben zu Bonn am 15. März 2006, wird hingewiesen.

Die Beschwerde ist innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. In der Beschwerdebegründung müssen die Voraussetzungen der obigen Nr. 2 dargelegt oder die Entscheidung bezeichnet werden, von der das Urteil abweicht.

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Absatz 2 Satz 2 Nr. 4 und 5 ArbGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Diese müssen in Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerdeschrift, die Beschwerdebegründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze im Beschwerdeverfahren sollen 7-fach – für jeden weiteren Beteiligten ein Exemplar mehr – bei dem Bundesarbeitsgericht eingereicht werden.

Ermel

Elsner

Klausing