

**11 Sa 296/17**  
12 Ca 13884/15  
(ArbG München)

Verkündet am: 13.12.2017

Öschay  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.  
C-Straße, B-Stadt

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

D.  
D-Straße, B-Stadt

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Neumeier und die ehrenamtlichen Richter Puff und Schneiderbauer-Schwendler

für Recht erkannt:

- I. **Die Berufung der Beklagten gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts München (Az.: 12 Ca 13884715) vom 24.03.2017 wird zurückgewiesen.**
- II. **Auf die Berufung des Klägers wird das Schlussurteil des Arbeitsgerichts München (Az.: 12 Ca 13884/15) vom 24.03.2017 abgeändert und klarstellend wie folgt gefasst unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen:**
  1. **Es wird festgestellt, dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit den Änderungskündigungen vom 29.06.2016 und vom 28.07.2016 unwirksam sind.**
  2. **Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2016 nicht beendet worden ist.**
  3. **Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger über den 31.01.2017 hinaus zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 30.04.1997 und des Änderungsvertrages vom 28.08.2010 als Kfz-Meister weiter zu beschäftigen.**
  4. **Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 4.884,00 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 01.12.2015 zu bezahlen.**
  5. **Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 3.381,32 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 02.07.2016 zu bezahlen.**
  6. **Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 13.235,38 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 02.08.2016 zu bezahlen.**
  7. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**
  8. **Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
  9. **Der Streitwert wird auf € 51.713,20 festgesetzt.**

- III. **Des Weiteren wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger € 4.929,67 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 01.12.2016 zu bezahlen.**
- IV. **Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.**
- V. **Die Revision wird bezüglich der ausgeurteilten Zahlungsansprüche nicht zugelassen. Darüber hinaus wird sie zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit dreier Änderungskündigungen, die Weiterbeschäftigung des Klägers sowie über Entgeltansprüche des Klägers im Zusammenhang mit dem Einsatz des Klägers als Leiharbeitnehmer.

Der Kläger ist seit dem 02.06.1997 bei der Beklagten in B-Stadt als Kfz-Mechanikermeister beschäftigt. Grundlage der Zusammenarbeit ist der Anstellungsvertrag vom 30.04.1997 (Bl. 52 ff. d. A.). Darüber hinaus schlossen die Parteien am 26.08.2010 einen „Zusatzvertrag nach § 11 AÜG“ (Bl. 63 d. A.), in dem sich der Kläger bereit erklärte, als Leiharbeitnehmer tätig zu werden. Die Bestimmungen des bestehenden Anstellungsvertrages sollten nicht berührt werden. Des Weiteren war folgende Klausel enthalten:

*„Des Weiteren gilt die Anlehnung an den Tarifvertrag zwischen BZA und dem DGB.“*

Der Kläger wurde zuletzt von der Beklagten als Leiharbeitnehmer bei der E-AG eingesetzt. Der Kläger erhielt neben seinem Gehalt von € 4.200,00 brutto eine ANÜ-Zulage von € 538,00. Zusätzlich zahlte die Beklagte einen Arbeitgeberanteil für vermögenswirksame Leistungen i.H.v. € 13,29 monatlich.

Der Kläger war insgesamt seit gut 20 Jahren von der Beklagten in Projekten bei der E-AG eingesetzt, wobei der Einsatz bis 2010 im Rahmen von Werkverträgen erfolgte, seit 2010 Arbeitnehmerüberlassungsverträge geschlossen wurden. Dabei wurde der Kläger in der Regel für begrenzte Zeiträume von 12 Monaten angefordert und überlassen. In der Regel wurden dann die jeweiligen Anforderungen von der E-AG kurz vor Ablauf der vorherge-

henden Anforderung verlängert, in der Regel um weitere 12 Monate. Der Kläger war im Zeitraum vom 07.01.2015 bis 23.12.2015 an die E-AG überlassen, sodann wiederum vom 01.01.2016 bis 23.12.2016. Die E-AG hat den Kläger sodann vom 01.01.2017 bis 23.12.2017 bei der Beklagten angefordert, wobei der Kläger ab dem 01.01.2017 überlassen wurde. Letztlich hat die Beklagte den Einsatz des Klägers bei der E-AG zum Ablauf des 31.01.2017 abgebrochen.

Der Kläger erzielte im Überlassungszeitraum vom 01.01.2015 bis 23.12.2015 unter Berücksichtigung der Grundvergütung, der VWL-Zulage und einer Einmalzahlung auf betriebliche Altersversorgung (Juli 2015) insgesamt ein Bruttoentgelt i.H.v. € 58.272,71 bei der Beklagten.

Im Zeitraum 01.01.2016 bis 23.12.2016 erzielte der Kläger insgesamt eine Vergütung bei der Beklagten i.H.v. € 59.899,71 brutto.

Die Beklagte erklärte zunächst mit Schreiben vom 26.11.2015 gegenüber dem Kläger eine Änderungskündigung zum 31.05.2016. Der Kläger nahm die Änderung unter Vorbehalt an und eröffnete mit Klageschrift vom 10.12.2015 das vorliegende Verfahren, indem er zunächst die Unwirksamkeit dieser Änderung der Arbeitsbedingungen, die Entfernung einer Abmahnung vom 25.11.2015 und Zahlungsansprüche geltend machte.

Mit rechtskräftigem Teilurteil vom 07.07.2016 des Arbeitsgerichts München (Az.: 12 Ca 13884/15, Bl. 215 ff. d. A.) wurde dem Änderungsschutzantrag und dem Antrag auf Entfernung der Abmahnung stattgegeben.

Mit Schreiben vom 29.06.2016, 28.07.2016 und 29.07.2016 erklärte die Beklagte weitere Änderungskündigungen (Bl. 198 ff., Bl. 237 ff. und Bl. 294 ff. d. A.) zum 31.12.2016, 31.01.2017 und ebenfalls 31.01.2017. Der Kläger nahm hinsichtlich der Änderungskündigungen vom 29.06.2016 und 28.07.2016 die angebotenen Änderungen jeweils unter Vorbehalt an und erweiterte die Klage mit Schriftsätzen vom 01.07.2016 bzw. 16.08.2016 um entsprechende Änderungsschutzanträge. Der Schriftsatz vom 16.08.2016 wurde dem Beklagtenvertreter am 23.08.2016 gem. § 174 ZPO zugestellt (Bl. 233 ff., 240 d. A.).

Am 10.11.2016 erklärte die Beklagte schriftsätzlich (Bl. 290 d. A.), an den Änderungskündigungen vom 29.06.2016 und vom 28.07.2016 nicht länger festzuhalten, zumal das Arbeitsverhältnis aufgrund der Änderungskündigung vom 29.07.2016 mit Ablauf des 31.01.2017 ohnehin sein Ende finden werde. Daraufhin erweiterte der Kläger seine Klage um einen Kündigungsschutzantrag und einen Änderungsschutzantrag gegen die (Änderungs-)kündigung vom 29.07.2016 und beantragte die nachträgliche Zulassung beider Anträge. Das Angebot der Beklagten, dass die Änderungskündigungen keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 29.11.2016 angenommen (Bl. 343 d. A.).

Im vorliegenden Verfahren begehrt der Kläger die Feststellung, dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit den Änderungskündigungen vom 29.06. und 28.07.2016 unwirksam seien, sowie auch das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 29.07.2016 nicht beendet worden sei. Des Weiteren begehrt der Kläger die Weiterbeschäftigung und macht sogenannte „Equal-Pay-Ansprüche“ geltend aufgrund seines Einsatzes als Leiharbeiter bei der E-AG, da dort beschäftigte vergleichbare Mitarbeiter höheres Entgelt erzielt hätten in den Überlassungszeiträumen, speziell durch Zahlung eines Weihnachtsgeldes, zusätzlichen Urlaubsgeldes und einer Erfolgsbeteiligung.

Der Kläger war erstinstanzlich der Auffassung, dass die Änderungen infolge der Änderungskündigungen vom 29.06. und 28.07.2016 schon deswegen unwirksam seien, da die Beklagte erklärt habe, an diesen nicht mehr festhalten zu wollen. Dieses Angebot habe der Kläger auch bereits im Schriftsatz vom 29.11.2016 angenommen.

Auch die Änderungskündigung vom 29.07.2016 habe das Arbeitsverhältnis weder beendet noch die Arbeitsbedingungen geändert. Zum einen sei bereits in der Vorbehaltsannahme, die im Zusammenhang mit der Kündigung vom 28.07.2016 erklärt wurde, gleichzeitig die Vorbehaltsannahme hinsichtlich der Änderungskündigung vom 29.07.2016 zu sehen, so dass die Änderungsschutzklage jedenfalls begründet sei, sollte diese Vorbehaltsannahme jedoch nicht wirken, sei jedenfalls die Kündigungsschutzklage gerechtfertigt, da die Frist des § 4 KSchG durch den Änderungsschutzantrag gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung vom 28.07.2016 eingehalten sei. Der Streitgegenstand der Änderungsschutzklage schließe

das weitere Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des beabsichtigten Eintretens der Vertragsänderung mit ein. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Folgekündigungen (BAG Urteil v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14). Jedenfalls seien die Anträge nach § 5 KSchG nachträglich zuzulassen, da dem Kläger nicht bewusst gewesen sei, dass er auch die Kündigung vom 29.07.2016 gesondert angreifen musste. Die Beklagte könne sich auf die Fristversäumung auch nicht berufen, da sie die Situation in arglistiger Weise durch den Ausspruch zweier im Wesentlichen identischer Änderungskündigungen an zwei aufeinanderfolgenden Tagen herbeigeführt habe. Ein Grund zur sozialen Rechtfertigung der Änderung bestehe ebenfalls nicht, da zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung zu erwarten gewesen sei, dass die Beklagte den Kläger auch über den 23.12.2016 hinaus als Kfz-Mechaniker-Meister beschäftigen könnte, da wie in den Vorjahren kurzfristig mit einem Verlängerungsauftrag durch die E-AG zu rechnen gewesen sei, auch ein Einsatz bei anderen Kunden möglich gewesen wäre, jedenfalls die angebotene Änderung mit erheblich reduziertem Entgelt für den Kläger nicht zumutbar gewesen sei. Die Beklagte habe auch keine Sozialauswahl durchgeführt. Jedenfalls sei der Kläger deshalb auch weiter zu beschäftigen bzw. habe auch Anspruch auf hilfsweise Wiedereinstellung.

Darüber hinaus begehrt der Kläger Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit § 10 Abs. 4 AÜG. Der Kläger war unter Vorlage von Tarifverträgen der Auffassung, dass ein ihm vergleichbarer Arbeitnehmer der E-AG, namentlich Herr F., im November 2015 Anspruch auf Weihnachtsgeld i.H.v. € 4.884,00, im Juni 2016 Anspruch auf Urlaubsgeld i.H.v. € 3.381,32 und im Juli 2016 Anspruch auf Erfolgsbeteiligung i.H.v. € 13.235,38 gehabt habe. Diese Entgeltansprüche stünden daher auch dem Kläger zu. Dem stehe auch nicht der Zusatzvertrag vom 26.08.2010 entgegen, weil dort nicht die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages gem. § 9 Nr. 2 AÜG vereinbart worden sei. Die dort erwähnte Anlehnung an den Tarifvertrag zwischen der BZA und dem DGB bestimme nicht zweifelsfrei die Anwendung eines solchen Tarifvertrages, da insbesondere schon gar nicht klar sei, welcher Tarifvertrag überhaupt gemeint sei. Die Auskunft nach § 13 AÜG habe der Kläger von der E-AG zwar eingefordert, diese aber unter Berufung auf § 13 Hs. 2 AÜG nicht erhalten.

Der Kläger beantragte erstinstanzlich (soweit für das vorliegende Berufungsverfahren von Bedeutung):

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Weihnachtsgeld i.H.v. € 4.884,00 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2015 zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 29.06.2016, zugegangen am 29.06.2016, rechtsunwirksam ist.
3. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 28.07.2016, zugegangen am 28.07.2016, rechtsunwirksam ist.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für das Jahr 2016 ein zusätzliches Urlaubsgeld i.H.v. € 3,381,32 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.07.2016 zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 13.235,38 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.08.2016 zu bezahlen (Erfolgsbeteiligung 2015).
6. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2016, zugegangen am 29.07.2016, nicht zum 31.01.2017 aufgelöst wird.
7. Die Klage gemäß des Antrags zu 6. wird nachträglich zugelassen.
8. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 29.07.2016, zugegangen am 29.07.2016, rechtsunwirksam ist.

9. Die Klage gemäß des Antrags zu 8. wird nachträglich zugelassen.
10. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Kündigungen aufgelöst oder geändert wurde, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 31.01.2017 hinaus unverändert fortbesteht.
11. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger über den 31.01.2017 hinaus zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 30.04.1997 und des Änderungsvertrages vom 28.08.2010 als Kfz-Meister weiter zu beschäftigen.
12. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag 11.:  
Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger ab 01.02.2017 zu den Bedingungen des Änderungsangebots vom 29.07.2016 zu beschäftigen.
13. Für den Fall der Abweisung eines oder mehrerer der Anträge zu 3., 6., 7., 8., 9. oder 10. wird die Beklagte verurteilt, gegenüber dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit Wirkung vom 01.02.2017 zu den bisherigen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 30.04.1997 (Anlage K1) i.V.m. dem Änderungsvertrag vom 26.08.2010 (Anlage B8) unter Anrechnung der bisherigen Beschäftigungsdauer seit dem 30.04.1997 und einem Bruttomonatsgehalt i.H.v. € 4.200,00 zzgl. ANÜ-Zulage abzugeben.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich:

Klageabweisung

sowie

den Antrag auf nachträgliche Zulassung der Klage betreffend die Anträge

6. und 8. zurückzuweisen.

Die Beklagte war erstinstanzlich der Auffassung, dass die, nicht unter Vorbehalt angenommene, Änderungskündigung vom 29.07.2016 das Arbeitsverhältnis mit der Wirkung zum 31.01.2017 beendet habe, da der Kläger nicht rechtzeitig innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang einen punktuellen Kündigungsschutzantrag gestellt habe, auch ein allgemeiner Feststellungsantrag nicht gestellt worden sei. Die vom Kläger herangezogene Rechtsprechung des BAG sei nicht anwendbar, da es sich bei den Änderungskündigungen vom 28.07.2016 und vom 29.07.2016 nicht um Beendigungskündigungen gehandelt habe, sondern die erste Änderungskündigung auch aufgrund der Vorbehaltsannahme lediglich zu einer Änderungsschutzklage geführt habe. Die Situation sei daher nicht mit der herangezogenen Rechtsprechung vergleichbar. Zudem sei die Kündigung auch sozial gerechtfertigt, da der Kläger zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung von der E-AG zum 23.12.2016 abgemeldet gewesen sei und der Kläger mangels entsprechender Qualifikation für Stellen, die zum damaligen Zeitpunkt aufgrund der vorliegenden Bestellungen vorgelegen hätten, nicht einsetzbar gewesen sei. Der Kläger habe die Zahlungsansprüche nicht substantiiert hinsichtlich der Höhe dargelegt. Darüber hinaus sei auch ein Tarifvertrag nach § 9 Nr. 2 AÜG anwendbar, was die Auslegung der Zusatzvereinbarung vom 26.08.2010 ergebe.

Das Arbeitsgericht München hat mit dem angefochtenen Schlussurteil vom 24.03.2017 der Klage, soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung, hinsichtlich der Kündigungen und des Weiterbeschäftigungsanspruchs, stattgegeben, die restliche Klage, insbesondere die Zahlungsansprüche, abgewiesen.

Es hat dies damit begründet, dass die Änderungsschutzanträge bezüglich der Änderungskündigungen vom 29.06.2016 und 28.07.2016 schon deshalb begründet seien, da die Beklagte erklärt habe, an diesen Änderungen nicht mehr festhalten zu wollen, was der Kläger auch angenommen habe. Hinsichtlich des Kündigungsschutzantrages gegen die Kündigung vom 29.07.2016 sei eine Vorbehaltsannahme nicht gegeben, da der Kläger in seinem Schriftsatz ausdrücklich die Vorbehaltsannahme auf das Angebot der Kündigung vom 28.07.2016 bezogen habe, zumal auch zwischen den Änderungsangeboten signifikante Unterschiede etwa hinsichtlich des Einsatzortes bestünden. Jedoch sei die Kündigungsschutzklage bezgl. der Kündigung vom 29.07.2016 begründet, da nicht gem. §§ 4, 7 KSchG fingiert werde, dass die Kündigung wirksam sei, da der rechtzeitige Angriff auf die

Kündigung in dem in der Klageerweiterung vom 16.08.2016 enthaltenen Änderungschutzantrag bzgl. der Kündigung vom 28.07.2016 bereits enthalten gewesen sei und der Kläger auch vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung einen Kündigungsschutzantrag gegen die Kündigung vom 29.07.2016 gestellt habe. Nach der Rechtsprechung des BAG sei es nicht erforderlich, gegen die Kündigung vom 29.07.2016 innerhalb von drei Wochen einen punktuellen Kündigungsschutzantrag gestellt zu haben, da grundsätzlich in einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG regelmäßig auch das Begehren enthalten sei, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bis zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt noch bestanden habe. Dies setze auch voraus, dass bis zum diesem Auflösungszeitpunkt durch keinen anderen Tatbestand das Arbeitsverhältnis geendet habe. Etwas anderes gelte lediglich dann, wenn der Kläger den Gegenstand eines Kündigungsschutzantrages auf die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung begrenzt habe. Diese Rechtsprechung sei auch trotz nicht vollständig identischer Sachverhalte auf den vorliegenden Fall übertragbar. Zwar seien in der vom BAG entschiedenen Fallkonstellation die angefochtene erste Kündigung und die Folgekündigung jeweils Beendigungskündigungen gewesen, während im vorliegenden Fall zwei Änderungskündigungen ausgesprochen worden seien, bei der auch die erste unter Vorbehalt angenommen worden sei. Nach der Argumentation des BAG sei aber auch das mit dem Änderungsantrag verfolgte Rechtsschutzziel die Feststellung des unveränderten Weiterbestehens des Arbeitsverhältnisses. Auch in dieser Konstellation sei es daher für die Beklagte erkennbar, dass der Kläger keine Beendigungstatbestände gegen sich gelten lassen wollte. Die Änderungschutzklage habe nur Erfolg haben können, wenn auch das Arbeitsverhältnis nicht durch einen anderweitigen Beendigungstatbestand geendet hätte. Daher sei die Frist gewahrt und auch der spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu stellende punktuelle Kündigungsschutzantrag rechtzeitig gestellt worden. Die Kündigung sei auch nicht sozial gerechtfertigt, da die Beklagte die entsprechende Prognose, dass binnen kurzer Zeit ein Folgeauftrag durch die E-AG erfolgen würde, nicht widerleget habe, so dass die Beklagte auch im Zeitpunkt der Kündigung allein wegen des zu diesem Zeitpunkt weggefallenen Einsatzes des Klägers nicht von einem endgültigen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs habe ausgehen dürfen. Dies zeige auch die Tatsache, dass der Auftrag tatsächlich noch verlängert worden sei. Die Beklagte habe auch keinen Vortrag geleistet dahingehend, welche Anstrengungen sie im Hinblick auf die Weiterbeschäftigung des Klägers unternommen habe. Zudem habe der Kläger entsprechend dem Änderungsangebot auf einer Stelle als Auto-

mechaniker weiterbeschäftigt werden können, so dass aus diesem Grund und auch weil die in der Änderungskündigung enthaltene Gehaltsreduzierung nicht notwendigerweise verhältnismäßig gewesen sei, jedenfalls die Kündigung auch unverhältnismäßig gewesen sei. Insofern habe der Kläger auch mit seinem Weiterbeschäftigungsantrag Erfolg. Die Anträge insbesondere im Hinblick auf die nachträgliche Zulassung seien daher nicht zur Entscheidung angefallen. Die Feststellungsanträge darüber hinaus, der Änderungsschutzantrag sowie auch der allgemeine Feststellungsantrag seien jedoch unzulässig, da insoweit kein Rechtsschutzinteresse bestehe, zudem keine weiteren Beendigungstatbestände im Raum stünden.

Darüber hinaus hat das Arbeitsgericht die Zahlungsanträge als unbegründet abgewiesen, da zwar auf das Arbeitsverhältnis kein Tarifvertrag i.S.d. § 9 Nr. 2 AÜG zur Anwendung gelange, da die Regelung in der Zusatzvereinbarung, bei der es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen gehandelt habe, jedenfalls i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB keine klare und verständliche Regelung der Anwendbarkeit eines einschlägigen Tarifvertrages darstelle. Insbesondere bleibe unklar, was mit „Anlehnung“ gemeint gewesen sei, da Anlehnung gerade keine unmittelbare oder analoge Anwendung der Norm beinhaltet habe. Es sei nicht erkennbar, welcher Tarifvertrag tatsächlich gelten sollte. Jedoch seien die Anträge deswegen unbegründet, weil der Kläger der ihm obliegenden Darlegungslast nicht genügt habe. Grundsätzlich habe zwar der Leiharbeitnehmer Anspruch auf gleiches Entgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG, jedoch sei zur Ermittlung der Höhe des Anspruches ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen. Diesen Anforderungen genüge der Vortrag des Klägers nicht. Der Kläger habe keine Auskunft nach § 13 AÜG vorgelegt und im Übrigen nicht beziffert, welches Entgelt der vergleichbare Kollege Herr F. in den in Bezug genommenen Zeiträumen jeweils erzielt habe. Die Darlegung einzelner vergütungsbestandteile könne den Gesamtvergleich nicht ersetzen.

Gegen dieses, den Parteien jeweils am 12.04.2017 zugestellte, Schlussurteil richten sich jeweils die Berufungen der beiden Parteien, jeweils erfolgt durch Schriftsatz vom 12.05.2017, am gleichen Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen.

Die Beklagte ist im Rahmen der Berufung weiterhin der Auffassung, dass die Klage, soweit ihr stattgegeben wurde, abzuweisen gewesen wäre, da der Kläger gegen die Kündigung vom 29.07.2016 nicht rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhoben habe. Insofern sei die von Seiten des Arbeitsgerichts herangezogene Rechtsprechung des BAG auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Denn im vom BAG entschiedenen Fall hätten zwei Beendigungskündigungen vorgelegen, während im vorliegenden Fall zwei Änderungskündigungen ausgesprochen worden seien, wobei auch die jeweils angebotenen Änderungen inhaltlich sich unterschieden hätten. Das eine Angebot sei zudem unter Vorbehalt angenommen worden. Allenfalls bei Identität der Änderungsangebote hätte ein etwa vergleichbarer Fall der Rechtsprechung des BAG vorgelegen. Nachdem eine Vorbehaltssannahme erklärt worden sei hinsichtlich der ersten Kündigung, habe dort auch lediglich noch im Streit gestanden, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen gerechtfertigt gewesen sei. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei hingegen nicht mehr im Streit gestanden. Daher sei der Streitgegenstand der Änderungskündigungsschutzklage ein völlig anderer, als derjenige der Kündigungsschutzklage. Daher sei es für die Beklagte auch nicht erkennbar gewesen, dass der Kläger Beendigungstatbestände nicht gegen sich gelten lassen wollte, die eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch vor oder gleichzeitig mit dem angestrebten Änderungstermin bewirken konnten. Insoweit habe der Kläger nicht zu erkennen gegeben, dass er mit allen Änderungen seines Arbeitsvertrages nicht einverstanden sei. Eine Übertragbarkeit der genannten Rechtsprechung sei daher nicht möglich. Insofern sei auch von einer konkludenten Begrenzung seines Kündigungsschutzantrages im Zusammenhang mit der Änderungskündigung auszugehen. Der Kläger habe lediglich den Änderungskündigungsschutzantrag gestellt und damit konkludent den Gegenstand begrenzt. Somit habe der Änderungskündigungsschutzantrag nicht auch die Kündigung vom 29.07.2016 erfassen können. Nachdem die Änderungskündigungsschutzanträge nur Erfolg haben konnten, wenn das Arbeitsverhältnis bis zu dem fraglichen Termin nicht beendet oder anderweitig geändert wurde, seien auch die Anträge bezüglich der ersten beiden Änderungskündigungen abzuweisen gewesen. Schließlich sei aufgrund der Beendigung auch der Weiterbeschäftigungsantrag abzuweisen gewesen.

Die Beklagte beantragte zuletzt insoweit:

Unter Abänderung des Schlussurteils des Arbeitsgerichts München vom 24.03.2017, Az.: 12 Ca 13884/15, wird die Klage insoweit abgewiesen, als festgestellt wird, dass die Änderungen der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit den Änderungskündigungen vom 29.6.2016 und vom 28.07.2016 unwirksam sind, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2016 nicht beendet wurde, und die Beklagte verurteilt wird, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 30.04.1997 und des Änderungsvertrages vom 28.08.2010 als Kfz-Meister weiter zu beschäftigen.

Der Kläger beantragte zuletzt insoweit:

Zurückweisung der Berufung.

Der Kläger war insoweit der Auffassung, dass die Kündigung vom 29.07.2016 rechtzeitig angegriffen worden sei und auch die angesprochene Rechtsprechung Anwendung finde, da die Folgekündigung vom Änderungschutzantrag bzgl. der Kündigung vom 28.07.2016 erfasst sei, da beide Kündigungen das Arbeitsverhältnis zum 31.01.2017 beenden wollten. Auch im Rahmen eines Änderungschutzantrages stehe gleichzeitig fest, dass das Arbeitsverhältnis vor oder bis zu diesem Termin nicht aufgrund irgendeines anderen Umstandes sei Ende gefunden habe. Dies habe die Beklagte selbst zugestanden. Insofern liege auch in der Änderungschutzklage zugleich der Angriff gegen solche Kündigungen, die zum gleichen Zeitpunkt zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen würden. Es sei jedenfalls die Klage nachträglich zuzulassen. Insofern sei auch für die Beklagte erkennbar gewesen, dass der Kläger keinerlei Beendigungstatbestände gegen sich gelten lassen wollte, was schon der Ablauf des bisherigen gesamten Verfahrens gezeigt habe.

Darüber hinaus ist der Kläger im Rahmen der Berufung der Auffassung, dass auch die vom Arbeitsgericht abgewiesenen Zahlungsansprüche bestünden. Insofern legt der Klä-

ger im Rahmen der Berufungsinstanz eine Auskunft der E-AG vom 06.06.2017 vor, welche Bezug nimmt auf eine Anfrage des Klägersvertreters vom 06.06.2017, aus der sich ergebe, dass vergleichbare Mitarbeiter bei E. in Entgeltgruppe 11b der ERA-Entgelttabelle vom 13.05.2016 eingruppiert seien mit entsprechendem monatlichen Entgelt. Darin sei zudem dargelegt, dass auch Anspruch auf entsprechendes Urlaubsentgelt in Höhe der 1,5fachen durchschnittlichen Höhe des Arbeitsverdienstes in den letzten drei Kalendermonaten vor Beginn desurlaubes bestanden habe und auch aufgrund der Betriebsvereinbarung „Erfolgsbeteiligung“ in deren Teil A ein Anspruch auf Weihnachtsgeld und in Teil B auf Erfolgsbeteiligung jeweils geregelt sei. Demgemäß habe die Vergütung eines vergleichbaren Mitarbeiters im Jahr 2015 im Vergleichszeitraum bei einer Gesamtvergütung von € 68.294,64 gelegen, so dass letztlich zur Vergleichsvergütung des Klägers eine Differenz von € 10.021,13 bestanden habe, so dass dem Kläger jedenfalls die vom ihm eingeklagte Differenz des Weihnachtsgeldes i.H.v. € 4.884,00 zustehe. Im Jahr 2016 habe die Vergütung eines vergleichbaren E-Mitarbeiters bei € 83.095,36 gelegen, insbesondere unter Einbeziehung des Urlaubsgeldes, des Weihnachtsgeldes und der Erfolgsbeteiligung, so dass zur Vergütung des Klägers eine Differenz i.H.v. € 23.195,65 bestanden habe. Die von Seiten des Klägers eingeklagten Beträge bzgl. des Urlaubsgeldes, der Erfolgsbeteiligung und des Weihnachtsgeldes seien daher jedenfalls ebenfalls geschuldet. Zudem sei der Kläger nicht mehr nur für die Dauer des Rechtsstreits sondern generell weiter zu beschäftigen.

Der Kläger beantragte daher zuletzt, unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichtes München vom 24.03.2017 – Az. 12 Ca 13884/15:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein Weihnachtsgeld i.H.v. € 4.884,00 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2015 zu bezahlen.
  
2. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 29.06.2016, zugegangen am 29.06.2016, rechtsunwirksam ist.

- 15 -

3. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 28.07.2016, zugegangen am 28.07.2016, rechtsunwirksam ist.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für das Jahr 2016 ein zusätzliches Urlaubsgeld i.H.v. € 3,.381,32 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.07.2016 zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 13.235,38 brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.08.2016 zu bezahlen (Erfolgsbeteiligung 2015).
6. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2016, zugegangen am 29.07.2016, nicht zum 31.01.2017 aufgelöst wird.
7. Die Klage gemäß des Antrags zu 6. wird nachträglich zugelassen.
8. Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Änderungskündigung der Beklagten vom 29.07.2016, zugegangen am 29.07.2016, rechtsunwirksam ist.
9. Die Klage gemäß des Antrags zu 8. wird nachträglich zugelassen.
10. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Kündigungen aufgelöst oder geändert wurde, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 31.01.2017 hinaus unverändert fortbesteht.
11. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger über den 31.01.2017 hinaus zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 30.04.1997 und des Änderungsvertrages vom 28.08.2010 als Kfz-Meister weiter zu beschäftigen.

12. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag 11.:  
Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger ab 01.02.2017 zu den Bedingungen des Änderungsangebots vom 29.07.2016 zu beschäftigen.
  
13. Für den Fall der Abweisung eines oder mehrerer der Anträge zu 3., 6., 7., 8., 9. oder 10. wird die Beklagte verurteilt, gegenüber dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit Wirkung vom 01.02.2017 zu den bisherigen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 30.04.1997 (Anlage K1) i.V.m. dem Änderungsvertrag vom 26.08.2010 (Anlage B8) unter Anrechnung der bisherigen Beschäftigungsdauer seit dem 30.04.1997 und einem Bruttomonatsgehalt i.H.v. € 4.200,00 zzgl. ANÜ-Zulage abzugeben.

Die Beklagte beantragte diesbezüglich zuletzt:

Zurückweisung der Berufung des Klägers.

Die Beklagte ist auch im Rahmen des Berufungsverfahrens weiterhin der Auffassung, dass die Equal-Pay-Ansprüche nicht bestünden. Der Kläger habe die Ansprüche nicht hinreichend dargelegt. Insbesondere habe er erstinstanzlich die entsprechende Auskunft nicht vorgelegt. Die Beklagte bestritt auch die Vergleichbarkeit des Klägers mit dem bei der E-AG beschäftigten Herrn F. Auch nach Vorlage der Auskunft der E-AG seien jedenfalls die Equal-Pay-Ansprüche nicht schlüssig begründet, da in der Auskunft schon vergleichbare Mitarbeiter nicht benannt würden und die Auskunft auch nicht nach den Überlassungszeiträumen differenziere. Insofern würden die vergleichbaren Vergütungen, die der Kläger für Mitarbeiter bei der E-AG vorgetragen habe, bestritten. Die Auskunft der E-AG sei zudem ungenügend, da sich auch nicht ergeben würde, in welchem Betrieb der Kläger eingesetzt würde und der Kläger auch namentlich in der Auskunft nicht genannt sei. Daher sei auch nicht ersichtlich, ob sich die Auskunft überhaupt auf den Kläger beziehe. Die Auskunft sei völlig unzureichend. Der Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe nicht.

Auf die Schriftsätze vom 12.05.2017, 12.07.2017, 14.08.2017, 21.08.2017, 15.11.2017, 07.12.2017 sowie auf die Sitzungsniederschriften wird Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet, die Berufung des Klägers zum Großteil begründet.

#### **I.**

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaften Berufungen des Klägers und der Beklagten sind form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 und 2, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). Sie sind daher zulässig.

#### **II.**

1. Die Berufung der Beklagten ist jedoch unbegründet. Insoweit wird auf die zutreffende Begründung des Schlussurteils des Arbeitsgerichts München Bezug genommen, § 69 Abs. 2 ArbGG. Zu Recht hat das Arbeitsgericht unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14) die Einhaltung der Klagefrist bejaht und insoweit eine Wirksamkeit der Kündigung vom 29.07.2016 im Wege der Fiktion der §§ 4, 7 KSchG abgelehnt. Die Änderungsschutzklage, die rechtzeitig gegen die Kündigung vom 28.07.2016 erhoben wurde, wahrt auch die Klagefrist gegenüber der Kündigung vom 29.07.2016, da diese zum selben Zeitpunkt wie die frühere Kündigung wirken sollte und gegebenenfalls eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen sollte.

**a)** Zu Recht hat zunächst das Arbeitsgericht die Vorbehaltsannahme aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Schriftsatzes des Klägersvertreters (Bl. 238 d. A.), in der dieser die Vorbehaltsannahme erklärt hat, nur auf die Kündigung vom 28.07.2016 bezogen.

**b)** Darüber hinaus hat das Arbeitsgericht auch zu Recht die Unterschiede in der Sachverhaltskonstellation, die darin liegen, dass im vorliegenden Fall Änderungskündigungen vorgelegen haben und keine Beendigungskündigungen, wovon nur die erstere Änderungskündigung unter Vorbehalt angenommen wurde, nicht als maßgeblichen Unterschied angesehen.

**aa)** Denn der Kläger hat die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG, zumindest in entsprechender Anwendung von § 6 KSchG, gewahrt.

Zwar hat der Kläger innerhalb der Klagefrist einen allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO nicht angekündigt. Allerdings war aufgrund des Antrages nach § 4 Satz 2 KSchG, der sich gegen die Änderungskündigung und die Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen infolge der Kündigung vom 28.07.2016 gerichtet hat, erkennbar, dass der Kläger auch andere Beendigungstatbestände nicht gegen sich gelten lassen wollte, die eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch vor oder bis zu dem mit dieser Kündigung angestrebten Termin bewirken könnten. Denn die Klage gegen die Kündigung vom 28.07.2016 im Hinblick auf die Wirksamkeit der Herbeiführung der Änderung der Arbeitsbedingungen, konnte nur dann Erfolg haben, wenn das Arbeitsverhältnis bis zu dem fraglichen Termin auch nicht durch einen anderen Auflösungstatbestand, wie etwa durch die Kündigung vom 29.07.2016 beendet würde. Damit war mit dem Antrag, der sich auf die Änderung der Arbeitsbedingungen durch Kündigung vom 28.07.2016 richtet, auch die Klagefrist im Hinblick auf die Kündigung vom 29.07.2016 gewahrt, da der Kläger jedenfalls bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auch ausdrücklich noch den punktuellen Kündigungsschutzantrag gestellt hat.

Von einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG ist regelmäßig auch das Begehren umfasst, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bis zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt noch bestanden hat. Zwar ist Gegenstand und Ziel einer Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die bestimmte, mit der

Klage angegriffene Kündigung zu dem vom Arbeitgeber vorgesehenen Termin nicht aufgelöst worden ist. Falls der Klage stattgegeben wird, steht aber zugleich fest, dass das Arbeitsverhältnis vor oder bis zu diesem Termin auch nicht aufgrund irgendeines anderen Umstandes sein Ende gefunden hat. Die einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG stattgebende Entscheidung enthält zugleich die Feststellung, dass zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien noch bestanden hat. Mit Rechtskraft einer solchen Entscheidung steht fest, dass das Arbeitsverhältnis bis zu dem vorgesehenen Auflösungsstermin auch nicht durch mögliche andere Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist, selbst wenn diese von keiner Seite in den Prozess eingeführt wurden. Ein Verständnis, wonach Gegenstand des Antrages nach § 4 Satz 1 KSchG lediglich – rein punktuell – die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigung ist, würde dem weitergehenden Wortlaut des Gesetzes nicht gerecht und könnte das Ziel der Rechtskraft, Rechtsfrieden herzustellen und Rechtsgewissheit zu schaffen, nicht erreichen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Kläger selbst den Gegenstand eines Kündigungsschutzantrages in dieser Weise begrenzt hat und das Gericht auf die Unwirksamkeit einer später wirkenden Kündigung erkennt, ohne, dass der Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer früher wirkenden Kündigung bereits rechtskräftig entschieden ist. Daraus folgt, dass in einer Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG zugleich der Angriff gegen solche Kündigungen liegt, die dem Arbeitnehmer noch während des Laufs der von der ersten Kündigung ausgelösten Auflösungsfrist zuzuging und innerhalb dieser Frist oder zeitgleich mit ihrem Ablauf, Wirkung entfalten sollen und dies auch für den Arbeitgeber erkennbar ist. Ergibt sich weder aus der Klagebegründung noch aus sonstigen Erklärungen des Arbeitnehmers oder aus in den Rechtsstreit eingeführten Umständen, dass er den Gegenstand der Kündigungsschutzklage auf die Wirksamkeit der konkret angegriffenen Kündigung beschränken will, muss der Arbeitgeber davon ausgehen, der Arbeitnehmer wendet sich mit seiner Klage zugleich gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch mögliche andere Tatbestände bis zu dem in der angegriffenen Kündigung vorgesehenen Auflösungsstermin (vgl. BAG Urteil v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14).

**bb)** Im vorliegenden Fall liegt die Besonderheit darin, dass an sich kein Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG gestellt wurde, sondern ein Antrag nach § 4 Satz 2 KSchG, da eine Änderungskündigung ausgesprochen worden war unter dem Datum des 28.07.2016. Jedoch ist die Begründung des Bundesarbeitsgerichts im genannten Urteil, die sich auf Be-

endigungskündigungen bezieht, auch auf die Änderungskündigung übertragbar, da auch die Änderungsschutzklage nur Erfolg haben kann, wenn im Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist, mit dem also dann die geänderten Arbeitsbedingungen gelten sollen, nicht bereits eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist (vgl. BAG Urteil v. 24.08.2004 – 1 AZR 419/03). Denn die Begründetheit einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG setzt u.a. voraus, dass zu dem Termin, zu welchem die Änderungskündigung ausgesprochen wird, das Arbeitsverhältnis noch zu den Bedingungen besteht, deren Änderung dem Arbeitnehmer mit der Änderungskündigung angetragen wird. Ist aber das Arbeitsverhältnis bereits zu diesem Zeitpunkt durch die weitere Kündigung beendet, so kann auch die Änderungsschutzklage keinen Erfolg mehr haben. Dieser Auffassung ist auch die Beklagte, welche hinsichtlich der vorhergehenden zwei Änderungskündigungen die Abweisung der Kündigungsschutzklagen bzw. der Änderungsschutzklagen beantragt hat gerade mit der Begründung, dass zu diesem Zeitpunkt infolge der Kündigung vom 29.07.2016 kein Arbeitsverhältnis mehr bestehe.

**cc)** Hinzu kommt, dass die Änderungsschutzklage, die im Hinblick auf die Kündigung vom 28.07.2016 erhoben wurde und darauf basiert, dass der Kläger die Änderung der Arbeitsbedingungen durch diese Kündigung unter Vorbehalt angenommen hat, gerade ersichtlich für den Arbeitgeber darauf gerichtet ist, den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht zu gefährden. Im Streit steht daher, das hat die Beklagte auch zutreffend erkannt, im Rahmen der Änderungsschutzklage nur die Frage, welche Arbeitsbedingungen künftig für das Arbeitsverhältnis gelten sollen, während die Beendigungswirkung, die auch in einer Änderungskündigung enthalten ist, nicht mehr im Streit steht. Mit der Vorbehaltsannahme will also der Arbeitnehmer erreichen, dass jedenfalls das Arbeitsverhältnis durch die Änderungskündigung nicht beendet ist und letztlich sich der Streit darauf konzentriert, welche Arbeitsbedingungen künftig gelten sollen. Durch die Vorbehaltsannahme kann der Arbeitnehmer also erreichen, dass jedenfalls der Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gefährdet ist. Damit ist aber auch mit der Änderungsschutzklage erkennbar für den Arbeitgeber in Verbindung mit der Vorbehaltsannahme, dass das Interesse des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist.

**dd)** Der Kläger hat auch die Änderungsschutzklage nicht in einer Art und Weise erhoben, dass etwa für den Arbeitgeber ersichtlich gewesen wäre, dass sich die Klage alleine auf diese richtet und weitergehende Kündigungen etwa nicht erfasst sein sollten. Der Kläger ist bereits gegen sämtliche vorher erklärte Kündigungen jeweils vorgegangen. Die Arbeitgeberseite konnte daher nicht davon ausgehen, dass der Kläger eine weitere Kündigung akzeptieren würde bzw. insoweit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses lediglich im Bezug auf die geänderten Arbeitsbedingungen, die vorher angeboten worden waren, überprüft haben wollte. Ersichtlich kam es für den Kläger auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses an.

**ee)** Hinsichtlich der sozialen Rechtfertigung der letzten Kündigung vom 29.07.2016 kann auf die Begründung des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen werden. Denn im Zeitpunkt des Zugangs dieser Kündigung war im Rahmen der vorliegenden Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls nicht eindeutig erkennbar, dass etwa für den Einsatz des Klägers, der zum Ende des Jahres auslaufen sollte, keine Folgebeschäftigungsmöglichkeit vorliegen würde. Unstreitig hat die E-AG jeweils kurzfristig vor Ende des ablaufenden Jahres und des Anforderungszeitraums jeweils eine erneute Anforderung herausgegeben. Dies ist auch im vorliegenden Fall mit Ablauf des Jahres 2016 der Fall gewesen. Daher konnte die Beklagte, welche ohnehin im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung eine weitergehende Darlegungspflicht hinsichtlich des dauerhaften Entfalls des Beschäftigungsbedarfs hat (vgl. BAG Ur. v. 18.05.2006 – 2 AZR 412/05), diesen nicht belegen. Hinzu kommt, dass auch, wie die Änderungskündigungen zeigen, auch ein Einsatz unter geänderten Verhältnissen in Betracht gekommen wäre, somit auch der Vorrang einer Änderungskündigung gegeben ist. Denn die vorhergehenden Änderungskündigungen hatte der Kläger auch unter Vorbehalt angenommen.

Daher erscheint die vorliegende Änderungskündigung vom 29.07.2016 nicht als sozial gerechtfertigt.

**2.** Soweit sich die Berufung der Beklagten auch gegen die Feststellung des Arbeitsgerichts richtet, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit den Änderungskündigungen vom 29.06.2016 und vom 28.07.2016 unwirksam seien, und die Beklagte dies damit begründet hat, dass letztlich schon eine Beendigung durch die Kün-

digung vom 29.07.2016 eingetreten sei, hat die Beklagte selbst diese Kündigungen für gegenstandslos erklärt, was der Kläger auch schriftsätzlich angenommen hat. Da jedoch die Beklagte weiterhin Klageabweisung diesbezüglich beantragt hat, hat der Kläger auch weiterhin das Feststellungsinteresse dahingehend, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen auch durch diese Kündigungen unwirksam ist.

Die Berufung der Beklagte hat daher insgesamt keinen Erfolg.

### III.

Die Berufung des Klägers ist zum Großteil begründet.

1. Zunächst hatte die Berufung des Klägers insoweit Erfolg, als sich der Kläger gegen die Beschränkung des Weiterbeschäftigungsausspruchs auf den Zeitraum bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits richtet. Der Kläger hatte tatsächlich den Antrag dahingehend gestellt, dass die Weiterbeschäftigung ohne Befristung über den 31.01.2017 hinaus geschuldet sei. Da, wie oben dargestellt, die Kündigungen nicht zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben, ist der Kläger tatsächlich weiter zu beschäftigen entsprechend den bisherigen Arbeitsbedingungen als Kfz-Meister. Auch die Änderung der Arbeitsbedingungen ist nicht wirksam herbeigeführt worden, da die ausgesprochenen Änderungskündigungen für gegenstandslos erklärt wurden. Insoweit hat die Berufung des Klägers Erfolg.

2. Darüber hinaus besitzt der Kläger auch die von ihm eingeklagten „Equal-Pay-Ansprüche“, gem. § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG a. F.

a) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Soweit ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft, hat der Verleiher dem Arbeitnehmer die nach diesem Tarifver-

trag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Gem. § 9 Nr. 2 AÜG sind Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere, als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, unwirksam. Ein Tarifvertrag kann allerdings abweichende Regelungen zulassen. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendungen der tariflichen Regelungen vereinbaren. Gem. § 10 Abs. 4 Satz 4 AÜG hat im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 2 AÜG der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.

**b)** Insofern hat sich die Beklagte darauf berufen, dass im Arbeitsvertrag des Klägers hinreichend deutlich und wirksam die Anwendung des Tarifvertrages für die Zeitarbeit, der zwischen der BZA und dem DGB abgeschlossen wurde, vereinbart worden sei, so dass schon insoweit die Equal-Pay-Ansprüche ausscheiden würden.

Zu Recht hat aber das Arbeitsgericht die entsprechende Vereinbarung im Zusatzvertrag nach § 11 AÜG (Bl. 63 d. A.), nicht als wirksam erachtet. Denn tatsächlich ist diese im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthaltene Klausel gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB mangels hinreichender Klarheit und Verständlichkeit und Transparenz unwirksam. Denn in diesem Zusatzvertrag ist lediglich geregelt, dass „des Weiteren die Anlehnung an den Tarifvertrag zwischen der BZA und dem DGB gelte“. Damit wird aber nicht hinreichend deutlich, inwieweit tatsächlich jetzt Ansprüche nach dem Tarifvertrag gelten sollen und eine entsprechende tarifliche Vergütung geschuldet sein soll. Denn mit der „Anlehnung“ an den Tarifvertrag ist nicht klar, was damit gemeint sein soll, ob also tatsächlich die tarifvertraglichen Ansprüche voll und umfänglich gelten sollen zwischen den Parteien, oder ob diese nur teilweise der Fall ist, ob, etwa zum Großteil die Vergütungsansprüche sich nach dem Tarifvertrag richten sollen, etwa die Höhe nahezu oder vollständig der tariflichen Vergütung entsprechen soll. Zu Recht hat auch das Arbeitsgericht bemängelt, dass der Tarifvertrag nicht im Einzelnen konkret benannt ist. Jedenfalls war für den Kläger hieraus nicht eindeutig entnehmbar und damit auch nicht hinreichend transparent, inwieweit die grundsätzliche Regelung des § 10 Abs. 4 AÜG durch diese

Klausel abbedungen sein sollte und welche tariflichen Ansprüche tatsächlich für ihn gelten sollten. Nachdem diese Vereinbarung daher unwirksam ist, verbleibt es bei den Regelungen des § 10 Abs. 4 AÜG. Der Kläger hat daher Anspruch auf diejenigen Ansprüche, insbesondere hinsichtlich des Arbeitsentgelts, die auch ein vergleichbarer Arbeitnehmer beim Entleiher erhält.

**c)** Der Kläger hat demgemäß für den Überlassungszeitraum im Jahr 2015 den von ihm eingeklagten Anspruch i.H.v. € 4.884,00 brutto sowie für das Jahr 2016 die entsprechenden Ansprüche, die er diesbezüglich geltend gemacht hat i.H.v. € 3.381,32, € 13.225,38 und € 4.929,67 brutto. Insofern war das erstinstanzliche Urteil abzuändern.

**aa)** Der Kläger hat, entgegen der Auffassung der Beklagten, die ihm zustehenden Ansprüche, d.h. die Vergütungsansprüche eines vergleichbaren Arbeitnehmers der E-AG hinreichend dargelegt. Das nur globale Bestreiten der Beklagten ist insofern nicht maßgeblich.

Denn der Kläger hat die Auskunft nach § 13 AÜG als das maßgebliche Mittel zur Darlegung der Vergütung vergleichbarer Stammarbeitnehmer und zur Berechnung der Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG vorgelegt. Dies gilt zumindest für die Ansprüche, die einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Einholung der Auskunft zustanden. Tatsächlich ist der Auskunft zu entnehmen, dass, das ergibt sich insbesondere aus der Höhe der angegebenen tariflichen Vergütung, die Vergütungsansprüche aus dem Jahre 2016 zugrunde gelegt wurden bei der Auskunft der E-AG. Der Kläger hat also zwar nicht für die beiden Überlassungszeiträume im Jahr 2015 und im Jahr 2016 einzelne Auskünfte der E-AG vorgelegt. Dies ist aber auch nicht erforderlich. Denn der Darlegungslast kann der Kläger nicht nur über dieses Mittel der Auskunft nach § 13 AÜG nachkommen, sondern auch in anderer Weise genügen (vgl. BAG Urteil v. 23.10.2013 – 5 AZR 556/12; Urteil v. 13.03.2013 – 5 AZR 146/12).

**bb)** Dieser ihm obliegenden Darlegungslast ist der Kläger auch hinreichend nachgekommen. Der Kläger hat im Einzelnen die Anspruchsgrundlagen für die Vergütung des vergleichbaren Mitarbeiters, nämlich die tariflichen Regelungen sowie auch die Betriebsvereinbarungen, auf denen insbesondere die Erfolgsbeteiligung und der Anspruch

auf das Weihnachtsgeld beruhen, also die Betriebsvereinbarung „Erfolgsbeteiligung“, benannt. Im Zusammenhang gerade mit der Auskunft der E-AG, die sich auf die Anfrage des Klägervertreters mit Schreiben vom 06.06.2017 (Bl. 849 d. A.) bezieht, hat die E-AG die Vergütung des vergleichbaren Mitarbeiters, der bei ihr beschäftigt ist, mitgeteilt. Dabei ist es auch nicht erforderlich, dass etwa die E-AG einen vergleichbaren Mitarbeiter benennt. Denn die Arbeitgeberseite muss keinen vergleichbaren Arbeitnehmer namentlich benennen. Nach der Rechtsprechung besteht grundsätzlich sogar die Möglichkeit, dass ein vergleichbarer Arbeitnehmer überhaupt nicht beschäftigt ist. In so einem Fall muss der Arbeitgeber also darlegen im Rahmen einer hypothetischen Betrachtung, welche Grundlagen einer Vergütung für einen etwaigen vergleichbaren Arbeitnehmer gelten sollte (vgl. BAG Urteil v. 21.10.2015 – 5 AZR 604/14). Dies bedeutete, dass der Entleiher also lediglich mitzuteilen hat, welche Arbeitsbedingungen für einen vergleichbaren Mitarbeiter gelten. Ebenso wenig ist der Kläger letztlich verpflichtet, einen vergleichbaren Mitarbeiter zu benennen. Maßgeblich ist insoweit die Auskunft des Entleihers. Nachdem aber der Auskunft der E-AG zu entnehmen ist, dass in Bezug auf die Beschäftigung des Klägers, die sich zudem auch zwischen den Jahren 2015 und 2016 nicht verändert hat, jeweils der Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie i.d.F. vom 9. Oktober 2013 anzuwenden ist und die entsprechende ERA-Entgelttabelle gilt, ebenfalls auch das Urlaubsentgelt gem. § 18 des Manteltarifvertrages i.d.F. vom 09.10.2013 geschuldet ist, sowie auch Weihnachtsgeld und Erfolgsbeteiligung nach der Betriebsvereinbarung „Erfolgsbeteiligung“, die unstreitig auch bereits im Jahr 2015 gegolten hat, hat der Kläger hiermit seiner Darlegungslast dahingehend genügt, welche Arbeitsbedingungen letztlich für einen vergleichbaren Arbeitnehmer zum Tragen kommen.

**cc)** Nachdem die maßgeblichen Arbeitsbedingungen feststehen und, trotz Bestreitens der Beklagten, auch über diesen Nachweis, der durch die Auskunft des Entleihers erbracht wurde, hinreichend feststehen, hat der Kläger nunmehr auch im Rahmen der Berufungsinstanz den von Seiten der Rechtsprechung geforderten Gesamtvergleich erbracht. Denn zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (vgl. BAG Urteil v. 21.10.2015 – 5 AZR 604/14; Urteil v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10). Dabei sind das im Betrieb der Entleiherin einem Stammarbeitnehmer gewährte Vergleichsentgelt und das dem Leiharbeitnehmer vom Verleiher gezahlte Entgelt miteinander zu saldieren. Diesen Anforderungen ist der

Kläger im Rahmen der Berufungsinstanz nachgekommen und hat im Einzelnen, hinsichtlich der Höhe auch von Seiten der Beklagten nicht maßgeblich bestritten, dargelegt, welches Vergleichsentgelt letztlich einem Stammarbeitnehmer bei E. unter Berücksichtigung der Auskunft der E-AG zusteht und welches Vergleichsentgelt der Kläger in den Jahren jeweils bezogen hat. Daraus ergibt sich aber, dass der Kläger im Jahr 2015 letztlich bei der Beklagten Entgelt erhalten hat, welches um € 10.021,13 niedriger lag, als etwa bei einem Vergleichsarbeitnehmer der E-AG, so dass die insoweit von Seiten des Klägers geltend gemachte Summe von € 4.884,00 jedenfalls dem Kläger zusteht. Gleichermaßen hat der Kläger durch die Saldierung dargelegt, dass für das Jahr 2016 der Kläger um € 23.195,65 brutto weniger verdient hat, als ein Stammarbeitnehmer der E-AG, so dass die Zahlungsansprüche des Klägers i.H.v. insgesamt € 21.536,37, welche er für das Jahr 2016 geltend gemacht hat, ebenfalls dem Kläger zustehen. Die jeweilige Berechnung der Ansprüche, die der Kläger dargelegt hat, und die die Beklagte an sich auch nicht hinreichend bestritten hat, konnte daher dahingestellt bleiben, da es insoweit im Rahmen der Equal-Pay-Ansprüche lediglich um eine Saldierung der Ansprüche des Stammmitarbeiters und der Ansprüche des jeweiligen Leiharbeitnehmers geht. Dem Leiharbeitnehmer steht insoweit eine Differenz zu.

Daher hatte die Berufung des Klägers auch insoweit Erfolg.

**3.** Soweit der Kläger letztlich noch eine allgemeine Feststellungsklage nach eigenen Darlegungen in der Berufungsbegründung ebenfalls weiterhin aufrechterhalten hat, konnte die Berufung jedoch keinen Erfolg haben, da die erstinstanzliche Entscheidung zu Recht diese allgemeine Feststellungsklage in Ermangelung eines weitergehenden Beendigungstatbestandes abgewiesen hat. Insoweit war auch die Berufung zurückzuweisen.

**4.** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

**5.** Da dem Rechtsstreit im Hinblick auf die Frage, ob die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Einhaltung der Klagefrist bei Folgekündigungen auch auf die vorliegende Konstellation der aufeinanderfolgenden Änderungskündigungen anwendbar ist, grundsätzliche Bedeutung zukommt, wurde insoweit die Revision zugelassen. Darüber hinaus bestand mangels grundsätzlicher Bedeutung des Rechtsstreits und im Hinblick auf

die vorliegende höchstrichterliche Rechtsprechung keine Veranlassung, die Revision zuzulassen. Insoweit wird auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde verwiesen.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Neumeier

Puff

Schneiderbauer-  
Schwendler