

Ulf Berger-Delhey, Bonn

Betriebsbedingte Änderungskündigung: Gestaltungsmittel der Sanierung oder Zwang zur Pleite?

I. Einleitung

Auch eine so erfolgreiche Wirtschaftsordnung wie die Marktwirtschaft muß alle Produktionsfaktoren so beweglich halten, daß sie kurzfristig dort eingesetzt werden können, wo ihr Einsatz am

ökonomisch sinnvollsten ist (sog. optimale Allokation der Ressourcen)¹⁾. Ergibt sich deshalb während des Laufs eines Arbeitsverhältnisses die Notwendigkeit zur Anpassung an eine veränderte Situation, ohne daß das Arbeitsverhältnis deshalb als solches beendet werden müßte, stellt die Änderungskündigung den

Arbeitsvertragsparteien das Recht zur Verfügung, vertraglich vereinbarte Bedingungen entsprechend umzugestalten, soweit dies nicht durch einseitige Weisungen, z. B. auf der Grundlage des Direktionsrechts²⁾ oder im Wege einvernehmlicher Neuregelung erreicht werden kann. Seine gesetzliche Regelung hat dieses Rechtsinstitut, was den Arbeitgeber anbelangt, in dem durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. 7. 1969⁴⁾ eingefügten § 2 KSchG⁵⁾ gefunden⁶⁾: „Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung nicht sozial gerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 1 und 2).“

Die praktische Bedeutung kann, gerade auch angesichts der zu bewältigenden Umgestaltung der Wirtschaft im sog. Beitrittsgebiet⁷⁾, kaum mehr überschätzt werden, seitdem die höchstrichterliche Rechtsprechung den Arbeitgeber verpflichtete, dem betroffenen Arbeitnehmer von sich aus vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung zunächst eine beiden Arbeitsvertragsparteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem eventuell freien Arbeitsplatz zu geänderten Bedingungen anzubieten (Grundsatz des Vorrangs der Änderungs- vor der Beendigungskündigung)⁸⁾. Ungeachtet dessen unterliegt die Änderungskündigung als „echte“ Kündigung aber allen für diese geltenden Grundsätzen; insbesondere sind also Kündigungsfristen einzuhalten, die Beschäftigtenvertretungen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu beteiligen⁹⁾ und gesetzliche Kündigungsbeschränkungen zu beachten¹⁰⁾. Jede betriebsbedingte ordentliche Änderungskündigung muß deshalb auch sozial gerechtfertigt sein, wie die Verweisung in § 2 KSchG auf § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG zeigt¹¹⁾. Dies prüft die Rechtsprechung¹²⁾ in drei Stufen, nämlich ob dringende betriebliche Erfordernisse i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingen, der Arbeitgeber sich darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muß und ob die Sozialauswahl fehlerfrei i. S. des § 1 Abs. 3 KSchG ist. Von den Problemen im Zusammenhang mit diesem letzten Moment abgesehen¹³⁾, hat in der neueren Rechtsprechung vor allem die Entscheidung des BAG vom 11. 10. 1989 – 2 AZR 61/89¹⁴⁾ Aufsehen erregt, derzufolge weder die Unrentabilität einer Betriebsabteilung noch der Umstand, daß die dort verursachten Kosten deutlich über vergleichbaren Marktpreisen lagen, mit dem Ziel des Abbaus außertariflicher Zulagen ausgesprochene Änderungskündigungen sozial zu rechtfertigen vermochten. In der Begründung stellte das BAG dabei darauf ab, daß einerseits nicht die Unrentabilität einer Abteilung, sondern erst diejenige des gesamten Betriebs kündigungsrechtlich relevant sei, andererseits aber überdurchschnittliche Kosten einer Abteilung durch besondere Erträge in anderen Bereichen ausgeglichen werden könnten.

II. Das Dilemma

Voraussetzung jeder betriebsbedingten Kündigung ist veränderter Arbeitsbedarf, dem der Unternehmer mit seiner Entscheidung Rechnung tragen will¹⁵⁾. Dabei muß in einer dezentralisierten Wirtschaftsordnung die Richtigkeit unternehmerischer Dispositionen gerichtlicher Überprüfung weitgehend entzogen sein, weil der einzelne Unternehmer einen breiten Spielraum des Ermessens für seine diesbezüglichen Entscheidungen benötigt¹⁶⁾. Zutreffend geht deshalb die überwiegende Ansicht nicht nur in der Rechtslehre¹⁷⁾, sondern auch in der Rechtsprechung¹⁸⁾ vom Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung aus, deren Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit die Gerichte für Arbeitssachen im Streitfall nicht nachzuprüfen befugt seien. Lediglich die aufgrund dieser Entscheidung getroffenen betrieblichen Maßnahmen – die arbeitgeberseitige Kündigung selbst wird, weil nur Folge des Konzepts, nicht hierzu gezählt¹⁹⁾ – werden einer ein-

geschränkten Überprüfung auf offenbare Unsachlichkeit, Unvernunft und Willkür unterworfen²⁰⁾. Demzufolge sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht nur die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft, die Veranlassung und Ausdruck darin findet, daß der bisherige Arbeitgeber seine bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Weiterverfolgung des Betriebszwecks dauernd oder für unbestimmte, nicht unerhebliche Zeit einzustellen (Betriebsstillegung)²¹⁾, als nicht auf ihre Zweckmäßigkeit hin nachzuprüfende Unternehmerentscheidung an²²⁾, die ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bildet²³⁾, sondern auch die Betriebseinschränkung²⁴⁾, also die Herabsetzung der betrieblichen Kapazität durch Stilllegung von Abteilungen oder Betriebsmitteln, Abbau von Schichten usw.²⁵⁾, aber auch bloßen Personalabbau²⁶⁾.

¹⁾ Für Anregungen dankt der Autor Prof. Dr. Dorndorf (Univ. Hannover).

²⁾ Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, § 1 III 4.

³⁾ Dazu zuletzt Berger-Delhey, DB 1990 S. 2266 ff.

⁴⁾ Vgl. dazu Rost, in: KR – Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Aufl. 1989, § 2 KSchG Rdn. 8, m.w.N.

⁵⁾ BGBl. I S. 1106.

⁶⁾ Kündigungsschutzgesetz vom 13. 8. 1951 (BGBl. S. 499) i.d.F. der Bekanntmachung vom 25. 8. 1969 (BGBl. I S. 1317), zuletzt geändert durch Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen in den Verwaltungen vom 13. 7. 1988 (BGBl. I S. 1037).

⁷⁾ Zur Konzeption vgl. vor allem Böttcher, in: FS Molitor, 1962, S. 123, auf dessen Gedanken die gesetzliche Lösung maßgeblich basiert; zuletzt dazu Becker-Schaffner, BB 1991 S. 129 ff.

⁸⁾ Vgl. dazu Gesetz vom 23. 9. 1990 zum Vertrag vom 31. 8. 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz (EVertrG) – und der Vereinbarung vom 18. 9. 1990 (BGBl. II S. 885).

⁹⁾ BAG vom 27. 9. 1984 – 2 AZR 62/83, BAGE 47 S. 26 = DB 1985 S. 1186 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 m. Anm. von Hoyningen-Huene = EzA Nr. 5 zu § 2 KSchG m. Anm. Kraft = SAE 1986 S. 216 (Hönn).

¹⁰⁾ Vgl. §§ 102 BetrVG, 79 BPersVG.

¹¹⁾ Sog. Sonderkündigungsschutz besteht u. a. nach §§ 18 BErzGG, 15 KSchG, 9 MuSchG, 15 ff. SchwbG.

¹²⁾ Ausf. BAG vom 13. 6. 1986 – 7 AZR 623/84, BAGE 52 S. 210 = DB 1987 S. 335 = AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = EzA Nr. 23 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl m. Anm. Reuter = AuR 1987 S. 84, 182 (Dänzer-Vanotti) = SAE 1989 S. 134 (Schwerdtner); ebenso schon vom 18. 10. 1984 – 2 AZR 543/83, BAGE 47 S. 80 = DB 1985 S. 1083 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl m. Anm. Löwisch, a. a. noch LAG Düsseldorf vom 31. 3. 1985 – 2 Sa 1657/82, DB 1983 S. 1931; ausf. – und kritisch – dazu vor allem Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 135 ff., 414 ff.

¹³⁾ Grundlegend BAG vom 3. 11. 1977 – 2 AZR 277/76, DB 1978 S. 1135 = AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG m. Anm. Richardi = SAE 1979 S. 201 (Dütz); ferner – zur dritten Stufe – vom 18. 10. 1984 – 2 AZR 543/83, a.a.O. (Fn. 11); und vom 13. 6. 1986 – 7 AZR 623/84, a.a.O. (Fn. 11).

¹⁴⁾ Vgl. nur Preis, DB 1987 S. 1387 ff., 1444 ff., 1395; und Meisel, DB 1991 S. 92 ff.

¹⁵⁾ DB 1990 S. 2024 = AP Nr. 47 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁶⁾ Zöllner, a.a.O. (Fn. 1), § 23 V 3.

¹⁷⁾ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., 1987, § 131 I 2a.

¹⁸⁾ Vgl. etwa Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 Rdn. 178; Hueck, KSchG, 10. Aufl. 1980, § 1 Rdn. 104a; G. Schmidt, AR-Blattei, D, Kündigungsschutz IV, B IV; w. Nachw. bei KR-Becker, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 294.

¹⁹⁾ BAG vom 30. 4. 1987 – 2 AZR 184/86, BAGE 55 S. 262 = DB 1987 S. 2207 = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = SAE 1988 S. 206 (Peterek); ebenso vom 26. 6. 1985 – 2 AZR 499/74, EzA Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = AuR 1976 S. 28; und vom 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31 S. 158 = DB 1979 S. 650 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung m. Anm. Reuter = EzA Nr. 10 zu § 1 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. Rancke = SAE 1979 S. 141 (Herschel).

²⁰⁾ BAG vom 30. 4. 1987 – 2 AZR 184/86, a.a.O. (Fn. 18); ebenso vom 22. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, DB 1986 S. 2236 = AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.

²¹⁾ Im Ergebnis ähnlich – Überprüfung des unternehmerischen Gestaltungsermessens innerhalb bestimmter Grenzen als Ausdruck des das Kündigungsschutzrecht beherrschenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – auch KR-Becker, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 296.

²²⁾ Zur Definition vgl. Schaub, a.a.O. (Fn. 16), § 131 III 3, m.w.N. in Fn. 37.

Legt man dies zugrunde, so ergibt sich im Ausgangsfall²⁷⁾ die Merkwürdigkeit, daß der Arbeitgeber zwar durchaus berechtigt gewesen wäre, die unrentable Abteilung stillzulegen und gegenüber den davon betroffenen Arbeitnehmern, soweit für sie keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden hätten, Beendigungskündigungen auszusprechen, ihm aber nicht das Recht zubilligt wurde, die ungeschmälerete Belegschaft zu verändern, wenn auch schlechteren Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen.

Freilich ist diese Rechtsprechung insoweit folgerichtig, als sie die soziale Rechtfertigung lohnmindernder Änderungskündigungen aus dringenden betrieblichen Gründen auch bisher daran band, daß anderenfalls entweder der gesamte Betrieb in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht oder aber die Arbeitsplätze dort akut gefährdet würden²⁸⁾. Andererseits kann aber nicht außer acht gelassen werden, daß eine Rechtsprechung, die es dem Arbeitgeber dergestalt verwehrt, unumgängliche wirtschaftliche Konsequenzen zu ziehen, ihn geradezu zur „Flucht“ in die Betriebsstillegung zwingt und deshalb im Ergebnis droht, den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses²⁹⁾ in das Gegenteil zu verkehren.

III. Ein Lösungsversuch

Im Kern ist das Dilemma der Rechtsprechung Ausdruck einer letztlich vom Gesetzgeber zu vertretenden Entwicklung. Bei Einfügung des § 2 KSchG entschied dieser nämlich den Streit³⁰⁾, ob bei der Würdigung der Änderungs- wie bei der Beendigungskündigung zu verfahren sei, die vorgebrachten Gründe also auch ohne Berücksichtigung des Änderungsangebots die Kündigung jeweils rechtfertigen müßten, oder ob das Änderungsangebot in die Interessenabwägung einzubeziehen sei, dahingehend, daß gerade dort der Schwerpunkt arbeitsgerichtlicher Prüfung liegen solle³¹⁾. Wird aber die Frage der Sozialwidrigkeit dergestalt unter Einbeziehung des Änderungsangebots beurteilt, verschwimmt der Prüfungsmaßstab fast zwangsläufig.

Durchgesetzt hat sich im Ergebnis eine Prüfung in zwei Stufen nach dem Ob und nach dem Wie, den die Rechtsprechung für betriebsbedingte Änderungskündigungen „präzisiert“, indem sie fragt, ob dringende betriebliche Erfordernisse i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingten und der Arbeitgeber sich bei einem an sich anerkanntenswerten Anlaß zur Änderungskündigung darauf beschränkte, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muß³²⁾. Stehen Lohnminderungen in Frage, führt das wiederum zu der Formel, das dem Arbeitnehmer angebotene neue Entgelt dürfe nur soweit abgesenkt werden, wie es zur Sanierung des Betriebs unabwendbar notwendig sei³³⁾, was seinerseits aber überhaupt nur festgestellt werden kann, wenn ein eventueller Sanierungsbedarf exakt ermittelt, die eigentlich nicht nachprüfbare unternehmerische Entscheidung also doch dezidiert überprüft wird. Sanierungsbedarf wird freilich schon rein rechnerisch kaum vorhanden sein, solange der Betrieb als Ganzes nicht sanierungsbedürftig ist, mögen auch einzelne Abteilungen tiefrote Zahlen schreiben. Am Ende steht die zu Recht beklagte Frage, wie schlecht es einem Betrieb eigentlich gehen müsse, damit eine lohnmindernde Änderungskündigung aus dringenden betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt sein könne³⁵⁾.

Inwieweit dies alles durch den Umstand verstärkt wird, daß die Rechtsprechung aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung des Arbeitgebers folgert, soweit zumutbar eine Änderungs- vor einer Beendigungskündigung als „milderes Mittel“ auszusprechen³⁶⁾, mag hier dahingestellt bleiben. Immerhin deutet der Streit um die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung³⁷⁾ auf ein doch offensichtlich verbreitetes Gefühl, dem Arbeitnehmer könne auf diesem Wege nur deutlich weniger als mit einer Beendigungskündigung „zugemutet“ werden.

Geht man aber mit der Rechtsprechung³⁸⁾ davon aus, daß, was das Verhältnis der Änderungs- zur Beendigungskündigung anbelangt, nicht der Prüfungsmaßstab, der in jedem Falle eine soziale Rechtfertigung i. S. des § 1 KSchG voraussetzt, „milder“ ist, sondern nur die Maßnahme, die im Streit steht, da der Arbeitgeber im Unterschied zur bedingungslosen Beendigungskündigung eine Möglichkeit zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eröffnet³⁹⁾, kann es eigentlich keinem Zweifel unterliegen, daß ein solches Ergebnis unhaltbar und mit dem auf eine sinnvolle Ordnung abzielenden Gesetzeszweck nicht zu vereinbaren ist. Berechtigt nämlich ein dringendes betriebliches Erfordernis den Arbeitgeber zu einer Beendigungskündigung, so muß es ihm erst recht möglich sein, eine durch „mildere“ Rechtsfolgen gekennzeichnete Änderungskündigung auszusprechen (sog. argumentum a majore ad minus oder argumentum a fortiori)⁴⁰⁾.

IV. Zusammenfassung

Im Sinne eines Gleichwertigkeitkorrektivs muß die Prüfung der sozialen Rechtfertigung betriebsbedingter Änderungskündigungen gewissermaßen doppelt orientiert werden, d. h., bei der Beurteilung ist jeweils auch zu fragen, ob das dringende betriebliche Erfordernis den Arbeitgeber berechtigt haben würde, auch eine Beendigungskündigung auszusprechen. Trifft dies zu, muß immer auch eine Änderungskündigung durchgreifen, da der Arbeitnehmer, der auf ein Änderungsangebot zurückgreifen kann, unabhängig von dessen Inhalt immer besser steht als derjenige Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis infolge einer Beendigungskündigung bedingungslos endet. Nur so kann dem Grundsatz des Vorrangs der Änderungs- vor der Beendigungskündigung Rechnung getragen werden, ohne den Arbeitgeber systemwidrig und unangemessen zu benachteiligen.

22) BAG vom 22. 4. 1986 – 2 AZR 612/85, DB 1986 S. 2547 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 m. Anm. *Konzen* = SAE 1987 S. 129 (*Windbichler*).

23) BAG vom 27. 7. 1987 – 7 AZR 652/85, BAGE 54 S. 215 = DB 1987 S. 1896 = AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; ebenso vom 25. 3. 1984 – 7 AZR 409/82, AP Nr. 38 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; vom 7. 6. 1984 – 2 AZR 602/82, BAGE 46 S. 206 = DB 1985 S. 235 = AP Nr. 5 zu § 22 KO = SAE 1985 S. 308 (*M. Wolf*); und vom 27. 9. 1984 – 2 AZR 309/83, BAGE 47 S. 13 = DB 1985 S. 1399 = AP Nr. 39 zu § 613a BGB = SAE 1986 S. 147 (*Wank*) = ZIP 1986 S. 478 (*Willemsen*).

24) BAG vom 3. 4. 1987 – 7 AZR 66/86, n. v.; ebenso vom 1. 7. 1976 – 2 AZR 322/75, BAGE 28 S. 131 = DB 1976 S. 2213 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; und vom 3. 2. 1977 – 2 AZR 476/75, DB 1977 S. 1320 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 a.a.O.

25) Definition nach *Schaub*, a.a.O. (Fn. 16), § 131 III 2.

26) Vgl. *KR-Becker*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 322.

27) Vgl. oben I und Fn. 14.

28) Vgl. dazu – „traurige Aktualität“, so zutreffend *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 1988, J IV 5 – BAG vom 20. 3. 1986 – 2 AZR 294/85, DB 1986 S. 2442 = AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969 = EzA Nr. 6 zu § 2 KSchG m. Anm. *Löwisch und Bernards*.

29) Zum sog. Recht auf den Arbeitsplatz vgl. nur *Schaub*, a.a.O. (Fn. 16), § 110 I 3, m.w.N.

30) Zum Meinungsstand unter Geltung des KSchG 1951 vgl. *KR-Becker*, a.a.O. (Fn. 3), § 2 Rdn. 79 ff.; m.w.N.

31) So – unter Hinweis auf den Wortlaut des § 2 Satz 1 KSchG – *KR-Becker*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 84, m.w.N.; a. A. – keine Stellungnahme des Gesetzgebers – *Becker-Schaffner*, B1StSozArbR 1975 S. 276.

32) BAG vom 6. 3. 1986 – 2 ABR 15/85, BAGE 51 S. 200 = DB 1986 S. 2605 = AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969 m. Anm. *Schaeper*.

33) BAG vom 13. 6. 1986 – 7 AZR 623/84, a.a.O. (Fn. 11); ebenso vom 18. 10. 1984 – 2 AZR 543/83, a.a.O. (Fn. 11); und vom 20. 3. 1986 – 2 AZR 294/85, a.a.O. (Fn. 28).

34) *KR-Rost*, a.a.O. (Fn. 3), § 2 KSchG Rdn. 98.

35) *Hanau/Adomeit*, a.a.O. (Fn. 28), J IV 5.

36) Vgl. oben I und Fn. 8.

37) Zum Meinungsstand vgl. *KR-Rost*, a.a.O. (Fn. 3), § 2 KSchG Rdn. 92.

38) BAG vom 7. 6. 1973 – 2 AZR 450/72, BAGE 25 S. 213 = DB 1973 S. 1706 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung m. Anm. *Löwisch/Knigge und Lieb* = SAE 1975 S. 100 (*Fenn*).

39) *KR-Rost*, a.a.O. (Fn. 3), § 2 KSchG Rdn. 92.

40) Zu dieser Argumentationsfigur vgl. nur *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 50. Aufl. 1991, Einl. Rdn. 43.