

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 134

Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung

Von

Tizia-Berit Precklein



Duncker & Humblot · Berlin

TIZIA-BERIT PRECKLEIN

Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 134

Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung

Von

Tizia-Berit Precklein



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Precklein, Tizia-Berit:

Prüfungsmaassstab bei der Änderungskündigung / von
Tizia-Berit Precklein. – Berlin : Duncker und Humblot, 1995

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 134)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08314-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-08314-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

Vorwort

Diese Untersuchung hat im Sommersemester 1994 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript war im Februar 1994 abgeschlossen, für die Drucklegung wurden Rechtsprechung und Literatur bis September 1994 berücksichtigt.

Herrn Professor Dr. Götz Hueck sei an dieser Stelle für die effektive Betreuung der Arbeit herzlich gedankt. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Dr.h.c.mult. Claus-Wilhelm Canaris, der das Zweitgutachten erstellt hat.

München, im Dezember 1994

Tizia-Berit Precklein

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung

I. Änderungskündigung	13
II. Problemstellung und -abgrenzung	16

1. Teil: Allgemeine Grundsätze

§ 2 Diskussionsstand

I. "Änderungstheorie" (Rechtsprechung und herrschende Lehre).....	19
II. Ausmaß der Änderung als wesentliches Beurteilungskriterium	22
III. Gleiche Bewertungsmaßstäbe für Änderungs- und Beendigungskündigung	22
IV. "Beendigungskündigungstheorie"	23
V. Unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe je nach Reaktion des Arbeitnehmers auf die Änderungskündigung	24
VI. Zwischenbilanz	25

§ 3 Prüfungsgegenstand

I. Änderungsschutzverfahren nach Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt....	25
1. § 2 KSchG.....	25
2. Zweck der Änderungskündigung.....	27
II. Kündigungsschutzverfahren nach Ablehnung des Änderungsangebots.....	31
III. Entsprechende Anwendung des § 1 KSchG	32

§ 4 Zweistufiges Prüfungsverfahren

I. Das "ob" und das "wie" der Änderung als selbständige Elemente des Vertragsinhalts- schutzes	34
II. Notwendigkeit einer Gesamtabwägung?.....	36
1. Im Schrifttum geäußerte Kritik am zweistufigen Prüfungsverfahren	36
2. Zur "Abwägungslehre"	37
3. Zur "inneren Einheit" von Kündigung und Änderungsangebot	41
III. Zwischenergebnis.....	42

§ 5 Prüfungsmaßstab

I. Wertungen im Kündigungsschutzrecht	42
1. Betriebsbezogenheit des Bestands- und des Vertragsinhalts-schutzes.....	42
2. Grundsatz der Erforderlichkeit (ultima-ratio-Prinzip)	49
a) Gesetzliche Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.....	49
b) Mildere Mittel.....	54
c) Vorrang der Änderungskündigung.....	55
II. Anerkennenswerter Kündigungsanlaß ("ob" der Änderung).....	62
1. Fallgruppenbildung nach dem Zweck einer Änderungskündigung	62
2. Prüfungsmaßstab bei Versetzungs-Änderungskündigungen.....	63
3. Prüfungsmaßstab bei Änderungskündigungen ohne Arbeitsplatzwechsel.....	67
4. Außerordentliche Änderungskündigung	71
III. Ausmaß ("wie") der Änderung	74
1. Zumutbarkeit des Änderungsangebots für den Arbeitnehmer?.....	74
2. Erforderlichkeit	78
IV. Ergebnis.....	83

2. Teil: Besondere Fragestellungen

§ 6 Lohnkürzung aus wirtschaftlichen Gründen

I. Überblick	85
II. Diskussionsstand.....	86
1. Auffassung des BAG	86
2. Schrifttum.....	88

Inhaltsverzeichnis	9
III. Struktur des betriebsbedingten Grundes	89
1. Betriebliche Erfordernisse als Folge betrieblicher Veränderungen	90
2. Betriebliche Veränderungen und Lohnkürzungs-Änderungskündigungen.....	95
IV. Rentabilitätsanforderungen als Kündigungsgrund?	97
V. Lohnkürzung als anderes, nicht milderer Mittel	101
VI. Existenzgefährdung des Betriebs als Sonderfall der betriebsbedingten Kündigung	104

§ 7 Korrektur einer nicht beabsichtigten übertariflichen Vergütung

I. Problem	109
II. Auffassung des BAG.....	110
III. Kritik	112
IV. Notwendigkeit einer Änderungskündigung?	116

§ 8 Sozialauswahl

I. Überblick	123
II. Auswahlrelevanter Personenkreis.....	125
1. Problem	125
2. Würdigung	127
III. Auswahlkriterien.....	133
1. Problem	133
2. Würdigung	136

§ 9 Ergebnis	139
---------------------	------------

Literaturverzeichnis	142
-----------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abl. (krit., zust.) Anm.	ablehnende (kritische, zustimmende) Anmerkung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AGB-DDR	Arbeitsgesetzbuch der ehemaligen DDR
allg. M.	allgemeine Meinung
ANBA	Ämliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts)
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRGeg	Das Arbeitsrecht der Gegenwart
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbVG-E	Diskussionsentwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz (1992)
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBiG	Bundesbildungsgesetz
Bd.	Band
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVerf	Die Betriebsverfassung (Zeitschrift)

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BT-Drucks.	Drucksachen des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders. (dies.)	derselbe (dieselbe)
Diss.	Dissertation
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
Entsch.	Entscheidung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Erl.	Erläuterung
f./ff.	folgende Seite(n)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GK-KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsrecht
HAS	Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts
Herv. d. Verf.	Hervorhebung der Verfasserin
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h. L. (h. M.)	herrschende Lehre (herrschende Meinung)
Hrsg. (hrsg.)	Herausgeber (herausgegeben)
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)

KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LS	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
MTB	Manteltarifvertrag für die Arbeiter des Bundes
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RiA	Recht im Amt (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
Rücks.	Rückseite
RzK	Rechtsprechung zum Kündigungsrecht (Entscheidungssammlung)
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SozFort	Sozialer Fortschritt (Zeitschrift)
TVG	Tarifvertragsgesetz
VAA	Veröffentlichungen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (Deutscher Anwaltverein)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

§ 1 Einleitung

I. Änderungskündigung

Nach § 2 Satz 1 KSchG liegt eine Änderungskündigung vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet.¹ Sie setzt sich mithin aus zwei Elementen zusammen, nämlich Kündigung und Änderungsangebot, wobei rechtstechnisch gesehen der Ausspruch einer unbedingten Kündigung verbunden mit einem Angebot auf Abschluß eines neuen Vertrags zu geänderten Arbeitsbedingungen ebenso möglich ist wie die Erklärung einer Kündigung unter der Bedingung, daß der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehnt.² Auch eine gegenüber allen Arbeitnehmern eines Betriebs oder gegenüber einer bestimmten Arbeitnehmergruppe erklärte Massenänderungskündigung ist eine Änderungskündigung im Sinn des § 2 KSchG und stellt für sich allein keine kollektivrechtlich zu bewertende Kampfmaßnahme im Sinn von § 25 KSchG dar.³

Gesetzlich geregelt ist nur die arbeitgeberseitige ordentliche Änderungskündigung.⁴ Anerkannt ist aber, daß auch die außerordentliche Änderungskündigung zulässig und § 2 KSchG dann entsprechend anzuwenden ist,⁵ und zwar mit der Maßgabe, daß der Arbeitnehmer die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt unverzüglich erklären muß.⁶

¹ Die Vorschriften über die Änderungskündigung, §§ 2, 4 Satz 2, 7 Halbsatz 2, 8 KSchG, sind durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 (BGBl I S. 1106) in das Kündigungsschutzgesetz eingefügt worden.

² Ganz h. M., Hueck / v.Hoyningen-Huene, § 2 KSchG, Rn. 10; GK-KR / Rost, § 2 KSchG, Rn. 13 ff., jeweils m.w.N.; vgl. auch Nikisch, FS Sitzler, S. 265 (272 f.).

³ H. M., GK-KR / Becker, § 25 KSchG, Rn. 31; Hueck / v.Hoyningen-Huene, § 25 KSchG, Rn. 15 m.w.N. auch zur Gegenauffassung; vgl. außerdem Canaris, RdA 1974, S. 18 (25).

⁴ Zur ebenfalls möglichen arbeitnehmerseitigen Änderungskündigung vgl. GK-KR / Rost, § 2 KSchG, Rn. 8.

⁵ Vgl. etwa BAG vom 17.5.1984, AP Nr. 3 zu § 55 BAT; vom 19.6.1986 und 27.3.1987, AP Nrn. 16 und 20 zu § 2 KSchG 1969; Hueck / v.Hoyningen-Huene, § 2 KSchG, Rn. 6 m.w.N.; gegen die analoge Anwendung des § 2 KSchG Herschel / Löwisch, § 2 KSchG, Rn. 52; Löwisch, NZA 1988, S. 633 (640).

⁶ BAG vom 19.6.1986, AP Nr. 16 zu § 2 KSchG 1969.

Der von einer Änderungskündigung betroffene Arbeitnehmer hat zwei Möglichkeiten des Rechtsschutzes. Er kann das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt⁷ annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist, und innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Änderungskündigung Änderungsschutzklage erheben (§ 2 Satz 1, § 4 Satz 2 KSchG).⁸ Stellt das Gericht fest, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist, gilt die Änderungskündigung als von Anfang an rechtsunwirksam (§ 8 KSchG).⁹ Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ab, hat die Änderungskündigung die Wirkung einer Beendigungskündigung, gegen die er nach allgemeinen Regeln Kündigungsschutzklage erheben kann.¹⁰ Nur ein Kündigungsschutz-, nicht aber ein Änderungsschutzverfahren kann der Arbeitnehmer anstrengen, wenn ihm im Zusammenhang mit der Kündigung die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen angeboten wird. Denn nach der Rechtsprechung des BAG setzt die Änderungskündigung des § 2 KSchG voraus, daß das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, wenn auch zu geänderten Arbeitsbedingungen, fortgesetzt werden soll.¹¹

Die Änderungskündigung hat als wichtiges Gestaltungsmittel im Arbeitsverhältnis zunehmend praktische Bedeutung. Bedarf eine vom Arbeitgeber beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen einer Vertragsänderung und ist der Arbeitnehmer nicht zum Abschluß eines Änderungsvertrags bereit, bleibt nur der Weg der Änderungskündigung. Die Zulässigkeit einer Teilkündigung, das heißt die Kündigung einzelner Vertragsbestandteile, wird von der herrschenden Meinung mit der Begründung abgelehnt, es könne nicht einseitig in das von den Parteien vereinbarte Äquivalenz- und Ordnungsgefüge eingegriffen werden. Ist arbeitsvertraglich ein Recht zur Teilkündigung vereinbart, wird dies als Widerrufsvorbehalt gewertet und entsprechend beurteilt.¹²

⁷ Zur Rechtsnatur des Vorbehalts *Enderlein*, ZfA 1992, S. 21 ff.; *Ratajczak*, Änderungskündigung, S. 51 f.; GK-KR / *Rost*, § 2 KSchG, Rn. 56 ff., jeweils m.w.N.

⁸ Zum Streitgegenstand *Hueck / v.Hoyningen-Huene*, § 4 KSchG, Rn. 93; GK-KR / *Rost*, § 2 KSchG, Rn. 155 ff.

⁹ Während des laufenden Änderungsschutzverfahrens muß der Arbeitnehmer zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterarbeiten, vgl. BAG vom 18.1.1990, AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969 (B II 2 der Gründe).

¹⁰ Vgl. nur GK-KR / *Friedrich*, § 4 KSchG, Rn. 284.

¹¹ BAG vom 17.5.1984, AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung (B II 1 der Gründe); *Löwisch*, NZA 1988, S. 633 (634); GK-KR / *Rost*, § 2 KSchG, Rn. 10a; a. A. *Hueck / v.Hoyningen-Huene*, § 2 KSchG, Rn. 8 f.; *Plander*, NZA 1993, S. 1057 (1061 ff.); *Schaub*, in: *Änderung von Arbeitsbedingungen*, S. 73 (74).

¹² BAG vom 7.10.1982, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung mit abl. Anm. *Wolf*; *G. Hueck*, RdA 1968, S. 201 (204 f.); *Hromadka*, RdA 1992, S. 234 (242 f., 251); *Hueck / v.Hoyningen-*

Notwendig ist der Ausspruch einer Änderungskündigung nur, wenn der Arbeitgeber die beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen nicht einseitig durch sein Leistungsbestimmungsrecht (Direktions- oder Weisungsrecht) herbeiführen kann (§ 315 BGB); hierzu zählt auch ein etwaiges Widerrufsrecht des Arbeitgebers.¹³ Das Weisungsrecht dient der Konkretisierung der im Arbeitsvertrag oft nur rahmenmäßig umschriebenen Leistungspflichten des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Tätigkeit. Die Reichweite des Weisungsrechts hängt in erster Linie vom Bestimmtheitsgrad der arbeitsvertraglichen Regelungen ab - je unbestimmter diese sind, desto eher besteht Spielraum für einseitige Anordnungen des Arbeitgebers -, kann aber auch durch besondere (tarif-) vertragliche, in den Grenzen der §§ 134, 138, 242 BGB zulässige Regelungen erweitert oder beschränkt sein.¹⁴ Dabei ist zu beachten, daß nach der Rechtsprechung des BAG Vertragsklauseln nach § 134 BGB in Verbindung mit § 2 KSchG unwirksam sind, wenn in den kündigungsrechtlich geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen wird.¹⁵

Je nachdem, ob sich die gewünschte Änderung der Arbeitsbedingungen noch im Rahmen des Arbeitsvertrags bewegt oder aber eine Vertragsänderung erfordert, ist eine einseitige Anordnung des Arbeitgebers möglich und ausreichend oder eine Änderungskündigung notwendig. Problematisch ist diese Abgrenzung häufig, wenn es um eine Versetzung (Arbeitsplatzwechsel) geht. Unter Versetzung im individualrechtlichen Sinn versteht man die Änderung des Aufgabenbereichs des Arbeitnehmers nach Art, Ort und/ oder Umfang der

Huene, § 2 KSchG, Rn. 29 f.; *Ratajczak*, Änderungskündigung, S. 37 f.; GK-KR / *Rost*, § 2 KSchG, Rn. 51 ff.; vgl. aber auch BAG vom 14.11.1990, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Arz-Krankenhaus-Vertrag (Teilkündigung eines Zusatzvertrags); vom 15.2.1990, AP Nr. 17 zu § 17 BAT (Zulässigkeit der tarifvertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit einer Nebenabrede); a. A. *Wank*, in: Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 35 (48 ff.); *Hanau / Preis*, NZA 1991, S. 81 (85 f.), deren Einwand, Kündigung und Widerruf seien weder formal noch materiell strikt voneinander trennbar, nicht von der Hand zu weisen ist. Zur "Nähe" von Teilkündigung und Änderungskündigung in ihrer Ausgestaltung nach § 2 KSchG vgl. auch *Herschel*, BB 1970, S. 5 (7); *Kunze*, BB 1971, S. 918 (919); *Stahlhacke / Preis*, Kündigungsschutz, Rn. 139.

¹³ Allgemein zum "Änderungsvorbehalt" *Hromadka*, RdA 1992, S. 234 (238); *Wank*, in: Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 35 (41, 44 f., 69 f.).

¹⁴ Zum Ganzen vgl. etwa BAG vom 27.3.1980, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht; vom 10.11.1992, DB 1993, S. 1726; vom 23.6.1993, NZA 1993, S. 1127; *Gaul*, NZA 1990, S. 873 (874 ff.); *Hueck / v.Hoyningen-Huene*, § 2 KSchG, Rn. 13 ff.; *Söllner*, in: Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 13 (16 ff.).

¹⁵ BAG vom 7.10.1982, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; vom 12.12.1984 und 13.6.1986, AP Nr. 6 und 19 zu § 2 KSchG 1969; ebenso *ArbRHandB / Hanau*, § 60 Rn. 100 ff.; *G. Hueck*, RdA 1968, S. 201 (206); *Hueck / v.Hoyningen-Huene*, § 2 KSchG, Rn. 20; *Ratajczak*, Änderungskündigung, S. 36 f.; GK-KR / *Rost*, § 2 KSchG, Rn. 48; a. A. *Bickel*, NZA 1987, S. 861 (863 f.); *Gaul*, NZA 1990, S. 873 (876 f.); *Söllner*, in: Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 13 (21 ff.); kritisch auch *Friedhofen / Weber*, NZA 1986, S. 145 (146 f.); *Hromadka*, RdA 1992, S. 234 (239 f.).