

Bonner Schriften zum deutschen
und europäischen Recht der Arbeit
und der Sozialen Sicherheit

Herausgegeben von Gregor Thüsing und Raimund Waltermann

Martin Kalf

**Die Änderungskündigung
im Lichte des
Verhältnismäßigkeitsprinzips**

Tatsächliches Potential und rechtliche Grenzen

Band 14

§ 1 Einleitung

I. Einführung in die Untersuchung

„Nichts ist beständiger als der Wandel.“¹ Eine Erkenntnis, die sowohl auf Menschen, Gesellschaften als auch auf Unternehmen zutrifft. Unternehmen sind Umwelteinflüssen ausgesetzt, daher müssen sie wandelbar sein, um mit Veränderungen Schritt halten zu können.

Arbeitsverhältnisse sind gleichwohl weitgehend statische Konstrukte, werden sie doch durch den Arbeitsvertrag vorbestimmt, der nur einmal vor Beginn des Beschäftigungsverhältnisses geschlossen wird und nunmehr die Arbeitsbedingungen für alle Zukunft regeln soll. Möchte der vorausschauende Unternehmer auf sich wandelnde Umstände reagieren und die Arbeitsbedingungen später anpassen können, so muss er vertragliche Vorsorge treffen. Als vertragliche Flexibilisierungsinstrumente stehen ihm insbesondere der Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt zur Verfügung.²

Nicht jedes Flexibilisierungsbedürfnis lässt sich jedoch auf diese Weise vorausschauend meistern. Manche Veränderungen sind un- bzw. nicht ohne weiteres vorhersehbar. Gut zu veranschaulichen ist dies anhand eines vom BAG am 27.3.2003 entschiedenen Falls³, bei dem die Frage zur Beurteilung anstand, ob ein Arbeitgeber eine Nebenabrede mit Entgeltbezug aufgrund gewandelter tatsächlicher Umstände mittels Änderungskündigung aufkündigen kann. Konkret ging es dabei um einen vertraglich zugesicherten, kostenlosen Bustransfer zum Betriebsgelände, der mit der Zeit obsolet geworden war: Die meisten der Arbeitnehmer verfügten inzwischen über eigene Pkw; für die übrigen war das Betriebsgelände nunmehr durch den öffentlichen Nahverkehr erschlossen worden. Gleichwohl beharrte ein Arbeitnehmer auf die Fortführung des Bustransfers und ließ sich auch nicht auf eine diesen ersetzenende Fahrkostenpauschale ein. Der Arbeitgeber hatte bei Vertragsschluss nicht vorhergesehen, dass sich die Einrich-

1 Frei nach *Charles Darwin*, britischer Naturwissenschaftler und Entdecker der Evolutionstheorie (1809 – 1882): „(...)I can see no limit to the amount of change, to the beauty and infinite complexity of the coadaptions between all organic beings (...)“, s. *The Origin of Species*, S. 96. Zugesprochen wird der Ausspruch aber auch dem griechischen Philosophen *Heraklit von Ephesos* (um 540 v. Chr.).

2 S. zu diesen Rechtsinstituten ausführlich unter § 1 V. 2. und 3.

3 BAG v. 27.3.2003 – 2 AZR 74/02, AP Nr. 72 zu § 2 KSchG 1969; s. hierzu unter § 4 IV 1. b) ausführlich.

tung des Bustransfers durch den Wandel der Zeit überholen würde; andernfalls hätte er die Zusicherung durch Vereinbarung eines entsprechenden Vorhalts widerruflich stellen können. Im zu beurteilenden Fall waren die tatsächlichen Veränderungen, die zum Wegfall der Erforderlichkeit des Werksbusses führten, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wohl nicht ohne weiteres absehbar gewesen. Dem Arbeitgeber konnte damit konkret nicht vorgeworfen werden, dass er keinen Widerrufsvorbehalt vereinbart hatte.⁴ In entsprechenden Fällen können Unternehmer damit auch nicht auf vertragliche Flexibilisierungsinstrumente verwiesen werden.

Insbesondere kleineren Unternehmen werden aber auch häufig die finanziellen Mittel für eine professionelle juristische Beratung fehlen, so dass diese die notwendige vertragliche Vorsorge schlichtweg aus Unkenntnis unterlassen. Hierbei muss auch berücksichtigt werden, dass die Vereinbarung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten vor dem Hintergrund der seit der Schuldrechtsreform verschärften BAG-Rechtsprechung nicht ohne weiteres rechtswirksam möglich ist und in der Praxis häufig an der AGB-Inhaltskontrolle scheitert.⁵ Das Unterlassen rechtswirksamer Vertragsvorsorge muss somit nicht zwingend auf Nachlässigkeit des Unternehmers basieren.

Es besteht daher ein praktisches Bedürfnis nach einem geeigneten Flexibilisierungsinstrument zur Herbeiführung notwendiger nachträglicher Vertragsänderung. Bei der Suche hiernach fällt das Augenmerk schnell auf die Änderungskündigung, denn: die Begriffsbezeichnung „Änderungs“-kündigung impliziert bereits eine gewisse Erfolgstauglichkeit. Nach *Berkowsky*, der sich eingehend mit dem Rechtsinstitut beschäftigt hat, sollte die Änderungskündigung deshalb auch das „geborene Instrument zur Flexibilisierung von Arbeitsverhältnissen“ sein, gleichwohl muss er konstatieren, dass die Änderungskündigung in der Diskussion um flexiblere Arbeitsbedingungen kaum vorkommt und allenfalls als ungeeignet bezeichnet wird.⁶ Anspruch und Wirklichkeit fallen damit auseinan-

4 Bezeichnenderweise hat das BAG in Ausnahme zu seiner grundsätzlich äußerst rigiden Rechtsprechung zur Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung die Aufkündigung der Nebenabrede auch für zulässig befunden; dies allerdings dogmatisch auf angreifbare Weise: De facto lag in der Unwirtschaftlichkeit des kostenlosen Bustransfers ein rein wirtschaftlicher und damit gerade kein betrieblicher Grund i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG. Das BAG hat damit entgegen § 2 S. 1 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 KSchG eine Änderungskündigung aus wirtschaftlichen Gründen zugelassen. S. hierzu ausführlich unter § 4 IV 1. b).

5 Vgl. hierzu nur KR/Rost, § 2 KSchG, Rn. 48b-f.

6 *Berkowsky*, NZA-Beil. 2010, 50, 50; *Wank* hält die Änderungskündigung für ein „missglücktes Rechtsinstitut“, s. *Wank*, NZA-Beil. 2012, 41, 42; nach *Herbert/Oberath*, NJW 2008, 3177, 3177, steht die betriebsbedingte Änderungskündigung im Ruf, für den Arbeitgeber unberechenbar und kaum praktikabel zu sein; Nach

der. Das Bestehen des Rechtsinstituts der Änderungskündigung weckt bei Arbeitgebern Erwartungen, die es nicht erfüllt.⁷ Enttäuscht die Änderungskündigung die Praktiker, so kann dies entweder an einer fehlerhaften Anwendung des geltenden Rechts durch die Rechtsprechung oder am eingeschränkten tatsächlichen Potential des Rechtsinstituts liegen.

Dies zu beurteilen, ist Aufgabe der Untersuchung: Was kann die Änderungskündigung tatsächlich und wo liegen ihre rechtlichen Grenzen?

Die Bearbeitung soll sich zur Beantwortung dieser Fragestellung auf fünf praxisrelevante Problemfelder beschränken: Welcher Prüfungsmaßstab ist an die Änderungskündigung anzulegen? Unter welchen Voraussetzungen ist eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung zulässig? Wie ist die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Änderungskündigung durchzuführen? Ist der Grundsatz des Vorrangs der Änderungs- vor der Beendigungskündigung gerechtferdig? Und schließlich: Was verbirgt sich hinter dem viel diskutierten Rechtsproblem der sog. überflüssigen Änderungskündigung?

All diese Problemkreise löst die Rechtsprechung unter enger Bezugnahme auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip bzw. auf das mit diesem synonym verwandten *ultima-ratio*-Prinzip, welches als das den Kündigungsschutz insgesamt beherrschend betrachtet wird.⁸ Allerdings verweist die Rechtsprechung pauschal auf das Rechtsprinzip, ohne sich um eine nähere Grundlegung und Hinterfragung der genauen Wirkungsweise im Kündigungsschutzrecht zu bemühen.⁹ Es erscheint daher als lohnenswert, sich dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Kündigungsschutzrecht zunächst näher zuzuwenden, bevor die mit diesem Rechts-

Anm 7, Betriebsbedingte Kündigung, S. 259, unterliegt die Änderungskündigung bei Zugrundelegung der Rspr. und h.M. im Schrifttum sogar höheren Anforderungen als eine Beendigungskündigung.

7 *Fischermeier*, NZA 2000, 737, 737 leitet aus der Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen zur Änderungskündigung freilich ab, dass Unternehmen die Möglichkeit der Änderungskündigung neu entdeckt hätten. Greifen Unternehmer vermehrt zum Rechtsinstitut der Änderungskündigung, so könnte der Grund hierfür auch in der stetigen Ausweitung der Reichweite des Grundsatzes vom Vorrang der Änderungskündigung liegen, wonach der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Beendigungskündigung grundsätzlich gehalten ist, eine freie Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Wege der Änderungskündigung anzubieten; s. zum Vorrang der Änderungskündigung ausführlich unter § 6.

8 *Rost*, NZA-Beil. 2009, 23, 26; erstmals bei der außerordentlichen Kündigung s. BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, AP Nr. 70 zu § 626 BGB; krit. hierzu *MünchHdbArbR/Berkowsky*, § 110, Rn. 34: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz habe keine das Kündigungsschutzrecht überlagernde, sondern lediglich eine komplementäre Bedeutung für die Auslegung der Normen des KSchG.

9 Vgl. nur *Preis*, Prinzipien, S. 261 ff.

prinzip im Zusammenhang stehenden, praktisch relevanten Problemkreise einer Untersuchung unterzogen werden sollen.

II. Gang der Untersuchung

Die nachfolgende Arbeit wird sich der Aufgabe einer genaueren Beleuchtung des Rechtsinstituts der Änderungskündigung anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips stellen. Hierfür ist die Änderungskündigung zunächst in ihren wesentlichen Grundzügen darzustellen (§ 2). Im Anschluss hierauf soll eine genauere Untersuchung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfolgen (§ 3). Ist die dogmatische Grundlegung der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Kündigungsschutzrecht geleistet, so kann sich die Arbeit nachfolgend den Einzelproblemen widmen, die nach der Rechtsprechung maßgeblich durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip geprägt werden. Namentlich sind dies: Der bei der Änderungskündigung anzuwendende Prüfungsmaßstab und damit zusammenhängend die Änderungskündigung zum Zwecke der Entgeltreduzierung (§ 4), die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Änderungskündigung (§ 5), der Vorrang der Änderungs- vor der Beendigungskündigung (§ 6) und schließlich das noch immer nicht zufriedenstellend gelöste Rechtsproblem der sog. überflüssigen Änderungskündigung (§ 7).