

# Betriebs Berater

BB

9 | 2022

virtuelle HV ... feste Niederlassung ... Betriebsstätte ... IFRS ... Personalkostensenkungen ...

28.2.2022 | 77. Jg.  
Seiten 449–512

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Christiane Pott**

20 Jahre Erfolgsgeschichte DCGK – Aktuelle Änderungen zur Stärkung der Integrität des Finanzmarkts, der Nachhaltigkeit und der Gleichstellung

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Florian Drinhausen**, LL.M., RA, und **Astrid Keinath**, RAin

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften | 451

**Dr. Daniel Otte**, LL.M., RA/FAHaGesR, Attorney-at-Law

25 Jahre Kapitalgesellschaft & Co. KGaA – eine Rechtsformalternative mit Zukunft? | 461

## STEUERRECHT

**Tobias Schneider**, StB, und **Felix M. Hefner**, StB

Die Entscheidung „Titanium“ des EuGH und ihre Auswirkungen auf die Praxis | 471

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Adrian Geisel** und **Jennifer Spieles**, M.Sc., WP

Aktuelle Entwicklungen bei Reverse-Factoring-Transaktionen im IFRS-Abschluss des Kunden | 491

## ARBEITSRECHT

**Dr. Simone Wernicke**, RAin/FAinArbR, und **Felix Schaffner**

Personalkostensenkungen in Krise und Insolvenz | 500

Dr. Simone Wernicke, RAin/FAinArbR, und Felix Schaffner

# Personalkostensenkungen in Krise und Insolvenz

Nicht selten ist die Höhe der Personalkosten eines der zentralen Themen bei der Sanierung kriselnder oder bereits insolventer Unternehmen. Ein Abbau des Personals hilft dabei oft nicht oder nur zum Teil weiter: wird das vorhandene Personal unverändert benötigt, um die Umsatzziele zu erreichen oder zu steigern, damit ein Unternehmen überhaupt in die Gewinnzone gelangt, ist dies keine Option. Daher stellt sich häufig die Frage nach einem Eingriff in das Lohngefüge, beispielsweise nach der Möglichkeit der Streichung einzelner Lohnbestandteile, wie etwa der Sonderzahlungen. Darüber hinaus steht oft eine Absenkung der Grundgehälter im Fokus, die zur Senkung der Personalkosten dringend benötigt wird, ohne gleichzeitig die zur Verfügung stehende Arbeitskraft zu reduzieren. Dies gilt umso mehr, wenn das Lohngefüge auf Tarifverträgen basiert, die seit vielen Jahren im branchenüblichen Rhythmus (z. B. etwa alle zwei Jahre in der Metall- und Elektroindustrie) eine Lohnerhöhung vorsehen.

Jenseits von freiwilligen Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern, die oft Teillohnverzicht als Sanierungsbeitrag vorsehen, gibt es bis heute keine zufriedenstellende Antwort darauf, welche Möglichkeiten kriselnde oder insolvente Unternehmen haben. Dabei wird sich diese Frage verstärkt nach Auslaufen der Kurzarbeitergelder stellen und die Unternehmen mit ungeahnten Problemen konfrontieren. Gesetz und Rechtsprechung gewähren grundsätzlich keine Erleichterung für insolvente Unternehmen, die die Personalkosten in der noch immer andauernden Corona Pandemie nicht mehr stemmen können, aber nach wie vor an Individualvereinbarungen und Tarifverträge gebunden sind. Der Beitrag geht daher sowohl altbewährten Instrumenten, als auch neuen Ideen nach, um Ansätze für Lösungen zu finden. Die Betrachtung bezieht sich dabei gleichermaßen auf Personalkostensenkungen im Rahmen von Insolvenzverfahren, wie auch außerhalb, wenn diese quasi zu deren Vermeidung in Angriff genommen werden sollen.

## I. Analyse der derzeitigen Situation

Die deutsche Volkswirtschaft ist international vor allem für ihr produzierendes Gewerbe bekannt, besonders in der Automobilindustrie und im Maschinenbau. Lange Jahrzehnte florierten jene Branchen, aufgrund einer stetigen Weiterentwicklung des Basisprodukts, genannt sei hier der Verbrennungsmotor und der gesteigerten Nachfrage nach Produkten dieser Industrien aufgrund des Weltwirtschaftswachstums. Egal welches Endprodukt hergestellt wird, die Wahrscheinlichkeit ist hoch, dass deutsche Unternehmen in der Wertschöpfungskette eine (bedeutende) Rolle spielten. Dieses Phänomen hat die deutsche Volkswirtschaft nachhaltig geprägt und ließ kleine, häufig inhabergeführte und hochspezialisierte Firmen über die Jahre zu beachtlichen Unternehmen heranwachsen: Was heute als „Mittelstand“ bezeichnet wird, ist das Ergebnis. Der deutsche Mittelstand macht einen beachtlichen Teil des Bruttoinlandsprodukts aus und nährt und kleidet ebenso viele Leute. In anderen Worten: er ist das Rückgrat der deutschen Volkswirtschaft.

Aufgrund der historisch geprägten und weit verbreiteten gewerkschaftlichen Organisation in Deutschland und damit verzahnte Regelungssysteme Aspekte, wie z. B. die Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte nach dem Betriebsverfassungsgesetz, hat die Lohnentwicklung der Belegschaften mit den wirtschaftlichen Entwicklungen der Branche Schritt gehalten und sehr vorteilhafte Tarifabschlüsse konnten turnusmäßig erzielt werden. Gewerkschaften und Betriebsräte deutscher Weltkonzerne der Automobilindustrie haben hier häufig den Takt vorgegeben. Ob tarifgebunden, oder nicht, die richtungweisenden Tarifabschlüsse und der Wettbewerb um qualifizierte Arbeitskräfte haben das Lohnniveau nahezu flächendeckend erhöht.

Seit einigen Jahren unterliegen jedoch gerade die deutschen Industrien Automobil und Maschinenbau einem Paradigmenwechsel. Was als ein schleichender Prozess begann, ist nun für alle unübersehbar: Der Verbrennungsmotor wird zukünftig zunehmend, wenn auch nicht gänzlich, erheblich an Relevanz verlieren. Sämtliche Unternehmen, welche in der Vergangenheit Teil der relevanten Wertschöpfungskette von Verbrenner betriebenen Fahrzeugen waren, müssen ihr Geschäftsmodell grundlegend anpassen, bzw. eine Konsolidierungsstrategie einschlagen und strukturell auslaufende Produkte so effizient wie möglich produzieren. Das erfordert Zeit und vor allem erhebliche finanzielle Mittel.

Die COVID-19-Krise wirkt hier in vielerlei Hinsicht als Brandbeschleuniger. Dank beispiellosen Staatshilfen, genannt seien umfangreiche KfW-Kredite (bzw. Bürgschaften), der WSF, sowie spezielle Regelungen zum Bezug von Kurzarbeitergeld und die temporäre Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, welche nunmehr wieder gilt, konnte eine Insolvenzwelle vorerst abgewendet werden. Die langfristige Entwicklung der Marktnachfrage bleibt jedoch ungewiss und damit einhergehend die Entwicklung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen. Ebenso darf nicht vergessen werden, dass es sich bei jenen KfW-Unterstützungen um Kredite handelt, welche mit einer (zeitnahen) Rückzahlungsverpflichtung einhergehen. Über politische Handhabungen der Rückzahlungsverpflichtungen jener KfW-Mittel soll hier nicht spekuliert werden.

In Anbetracht der verringerten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vieler Unternehmen, sowie dem nie dagewesenen Transformationsdruck, werden umfangreiche und ganzheitliche Restrukturierungen von Nöten sein, innerhalb oder außerhalb einer Insolvenz. Die Basis für die notwendige Transformation muss erstellt und es müssen Anreize geschaffen werden für Investoren (Eigenkapital und Fremdkapital), diese zu finanzieren. Personalkosten machen einen erheblichen Teil der Fixkosten aus und sollten vernünftigerweise einer weitgehenden Angemessenheitsprüfung unterzogen werden können. Unternehmen, welche aufgrund diverser Umstände in der Vergangenheit, verhältnismäßig hohe Löhne bezahlt haben und dadurch nunmehr im (internationalen) Wettbewerb einen Nachteil haben, werden richtigerweise über Anpassungsmöglichkeiten dieser auf ein wettbewerbsfähiges Niveau nachdenken müssen. Zügige und ver-

hältnismäßig kostengünstige Anpassungsmöglichkeiten, welche die Interessen und Schutzbedürfnisse aller Stakeholder angemessen berücksichtigen, können hier nicht nur erheblichen Mehrwert schaffen, sondern sind für eine Fortführung der kriselnden Unternehmen oft auch unumgänglich.

## II. Eingriff in Individualvereinbarungen

Um im Unternehmen etablierte Lohnsysteme rechtswirksam ändern zu können, ist zunächst zu prüfen, auf welcher Grundlage diese zustande gekommen sind. Handelt es sich um kollektive Vereinbarungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen), oder wurden diese jeweils individuell mit den Mitarbeitern vereinbart?

Nachfolgend soll zunächst die Möglichkeit der Senkung der Lohnkosten bei individuellen Lohnvereinbarungen untersucht werden, d.h. solchen Vereinbarungen die keine Bindung an oder Bezugnahme auf Tarifverträge beinhalten und auch nicht durch entgeltrelevante Betriebsvereinbarungen überlagert werden. Herkömmlicherweise werden diese als „frei vereinbart“ bezeichnet. Sie sind Eingriffen in das Lohngefüge eher zugänglich, als kollektive Vereinbarungen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden. Dennoch gibt es Grenzen, die zu beachten sind.

### 1. Absenkung der Lohnkosten im Vereinbarungswege

Die einfachste und jeweils zuerst in den Blick genommene Möglichkeit der Lohnkostenreduzierung ist die Vereinbarung eines geringeren Lohnes bzw. der Verzicht auf Lohnbestandteile im Vereinbarungsweg mit dem Arbeitnehmer. Dieser Versuch sollte stets zunächst unternommen werden, insbesondere wenn die Reduzierung überschaubar bleibt und hinreichende, auch den Arbeitnehmern offenkundige Umstände deutlich machen, dass das Unternehmen ohne Personalkostensenkung in seiner Existenz gefährdet ist. Eine derartige Möglichkeit bietet sich unterschiedslos innerhalb wie außerhalb von Insolvenzverfahren an, wenn auch dem Insolvenzverwalter/der Eigenverwaltung diese Vorgehensweise angesichts der bestehenden Situation möglicher Weise leichter fällt.

Insoweit genügen einfache Änderungsvereinbarungen zum Arbeitsvertrag, die entweder die Reduzierung des Lohnes selbst zum Gegenstand haben oder einen ausdrücklichen Verzicht auf beispielsweise Sonderzahlungen, was durchaus auch befristet erfolgen kann. Einzelne Arbeitsbedingungen unterliegen insoweit (noch) nicht der Befristungskontrolle des TZBfG.<sup>1</sup> Allerdings ist Sorgfalt bei der Formulierung der Befristungsabrede angebracht: die befristete Vereinbarung einer Lohnreduzierung ist eine kontrollfähige Nebenabrede und unterliegt dem Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Umstritten ist, ob der tragende Grund für die Befristung genannt werden muss.<sup>2</sup>

Hinsichtlich der Höhe der Lohnkürzung bestehen rechtliche Schranken in Höhe des Mindestlohns, etwa in Höhe des allgemeinen Mindestlohns nach dem Mindestlohngesetz (seit 1.1.2022 in Höhe von 9,82 Euro) oder in Höhe der branchenspezifischen Mindestlöhne, die über die §§ 3, 4–6 AEntG durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder aufgrund einer nach § 7 AEntG erlassenen Rechtsverordnung Anwendung finden. Ferner ist der Vereinbarung eine Grenze bei auffälligem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung gezogen, der sogenannte Lohnwucher. In diesen Fällen ist die Vergütungsvereinbarung nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Wann ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt, hat das BAG mit Ur-

teil vom 22.4.2009 geklärt. Danach liegt ein solches Missverhältnis vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel des in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht.<sup>3</sup> Unabhängig davon ist in diesen Fällen natürlich fraglich, ob Arbeitnehmer sich auf eine solche Abweichung zu ihren Ungunsten überhaupt einlassen würden.

Letztlich ist jedem Arbeitgeber dazu zu raten, bei belegschaftsweiten Angeboten zur Lohnkürzung sachwidrige Differenzierungen zu vermeiden und möglichst gleichmäßig vorzugehen, um Vorwürfen der Diskriminierung nach dem AGG wegen unterschiedlicher Behandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen entgegenzuwirken. Verstoßen Lohnabreden gegen die Diskriminierungsverbote des AGG, sind sie gleichfalls nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

### 2. Absenkung der Lohnkosten mittels Änderungskündigung

Die Option, in das Lohngefüge durch betriebsbedingte (Massen-)Änderungskündigung einzugreifen, um dadurch eine Lohnreduzierung zu erreichen, ist nicht neu und fand insbesondere in den Jahren nach der Jahrtausendwende immer wieder Aufmerksamkeit. In den letzten Jahren ist diese Möglichkeit auch in Krisenfällen, namentlich der Insolvenz, nahezu in Vergessenheit geraten und wird – soweit ersichtlich – eher selten praktiziert. Das mag an den hohen Hürden liegen, die das Bundesarbeitsgericht einstmals aufgestellt hatte und an der Tatsache, dass die rechtssichere Vorgehensweise nach wie vor nicht ganz klar zu sein scheint. Wir nehmen dies zum Anlass, um auch betriebswirtschaftliche Aspekte zu erörtern, die zur Vorbereitung notwendig sind.

#### a) Begriff und Voraussetzungen

Hinter einer Massenänderungskündigung verbirgt sich nichts anderes als eine Vielzahl von (zeitgleich) ausgesprochenen Änderungskündigungen.<sup>4</sup> Änderungskündigungen stellen stets ein aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft dar: zum einen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, zum anderen das Angebot der Fortsetzung zu geänderten Arbeitsbedingungen. Beide Erklärungen bilden eine Einheit, deren Wirksamkeit, insbesondere deren soziale Rechtfertigung, von den Gerichten im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses überprüft wird.<sup>5</sup>

Eine erste Hürde bei der Vorgehensweise mittels Änderungskündigung bildet dabei das Änderungsangebot in der Kündigung selbst: dieses muss nach § 145 BGB eindeutig bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Für den Arbeitnehmer muss zweifelsfrei klar werden, welche Arbeitsbedingungen – hier etwa: die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei geringerem Entgelt und/oder höherer Arbeitszeit – künftig gelten sollen. Insofern ist von „kreativen Lösungen“, etwa mehrere zeitgleiche unterschiedliche Angebote, deren Verhältnis zueinander nicht ganz klar wird, dringend abzuraten. Für den Arbeitnehmer ist dann gerade nicht eindeutig feststellbar, welche Arbeitsbedingungen künftig gelten sollen.<sup>6</sup>

1 BAG, 21.4.1993 – 7 AZR 297/92, BB 1994, 432.

2 vermeintend BAG, 2.9.2009 – 7 AZR 233/08, mit Blick auf künftige geplante Änderungen im Befristungsrecht sollten ggfs. zunächst diese abgewartet werden.

3 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837, 838.

4 *Künzl*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsschutz, 2021, § 2, Rn. 44.

5 BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07.

6 Vgl. die Entscheidung des BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, BB-Entscheidungsreport *Schwarz*, BB 2010, 1031, der jeweils fünf separate Änderungskündigungen mit unterschiedlichen Änderungsangeboten pro Arbeitnehmer zu Grunde lagen.

Wird die Änderungskündigung – wie hier – aus dringenden betrieblichen Gründen ausgesprochen, darf nicht vergessen werden, dass nachweisbar eine dringendes betriebliches Erfordernis für die angestrebte Änderung – hier die Absenkung der Löhne – vorliegen muss und der Arbeitnehmer diese auch billigerweise hinnehmen muss. Selbst in der Insolvenz hat der Insolvenzverwalter noch das ultima-ratio-Prinzip zu beachten: die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als es zur Erreichung des Zieles unbedingt erforderlich ist.<sup>7</sup> Alle Einschnitte in die Lohnstruktur unterliegen also dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Ferner ist auch bei einer Massenänderungskündigung grundsätzlich eine Sozialauswahl durchzuführen. Im Rahmen dieser Prüfung ist festzustellen, ob der Arbeitgeber die Änderung der Arbeitsbedingungen einem anderen Arbeitnehmer hätte anbieten müssen, dem sie eher zumutbar gewesen wären.<sup>8</sup> Eine Sozialauswahl ist nur dann nicht erforderlich, sofern alle Arbeitnehmer von einer Änderungskündigung betroffen sind.<sup>9</sup>

Aufgrund der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des BAG sowie der Instanzgerichte<sup>10</sup> haben sich folgende Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit einer betriebsbedingten (Massen-)Änderungskündigung herausgebildet:

1. Infolge der Unrentabilität des Gesamtbetriebs ist eine Weiterbeschäftigung aller Arbeitnehmer zu unveränderten Bedingungen nicht mehr möglich.<sup>11</sup> Eine Unrentabilität des Betriebs ohne weitere Rationalisierungsmaßnahmen kann dann ein Grund für eine betriebsbedingte Änderungskündigung sein, wenn mittels Senkung der Personalkosten eine Stilllegung des Betriebs vermieden werden kann.<sup>12</sup>
2. Die derzeitige Personalkostenstruktur führt bei deren Aufrechterhaltung zu nicht mehr auffangbaren Verlusten, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder Schließung des Betriebs führen würden.<sup>13</sup>
3. Die negativen Finanzentwicklungen des Unternehmens müssen zumindest absehbar sein. Nicht erforderlich ist, dass diese bereits eingetreten sind.<sup>14</sup>
4. Der Arbeitgeber hat einen umfassenden Sanierungsplan vorzulegen, der alle im Vergleich mit der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ebenfalls ausschöpft.<sup>15</sup>
5. Ist erkennbar, dass Entgeltkürzungen nur zeitlich befristet erforderlich sind, so dürfen diese nicht über diesen anberaumten Zeitraum hinausgehen.<sup>16</sup>

Bei summarischer Betrachtung dieser von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen wird deutlich, dass die Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung klar eine Notfallmaßnahme sein muss. Einsparmaßnahmen, die mittels Änderungskündigung umgesetzt werden und ausschließlich die Personalkostenstruktur betreffen, einen erheblichen Prozentsatz der monatlichen oder jährlichen Entgelte kürzen und auch noch von Dauer sein sollen, werden daher kaum diesen Anforderungen standhalten. Gelungene Beispiele beinhalten daher maßvolle Entgeltkürzungen über einen überschaubaren Zeitraum unter strikter Gleichbehandlung der Arbeitnehmer.<sup>17</sup>

All diese Voraussetzungen sind im Übrigen sowohl im Rahmen eines (eröffneten) Insolvenzverfahrens einzuhalten, wie auch außerhalb von Insolvenzverfahren. Ein wesentlicher Unterschied wird sich in der Praxis aus der abgekürzten Kündigungsfrist des § 113 InsO ergeben, der dem Gestalter im Insolvenzverfahren einen spätesten Einsatzzeitpunkt für das Änderungsangebot nach drei Monaten garan-

tiert. Zudem hilft die Regelung des § 113 InsO über einen etwaigen tariflichen Sonderkündigungsschutz hinweg. Schließlich wird die Darlegung der Unrentabilität des Gesamtbetriebes und die Erarbeitung eines Sanierungsplanes im Rahmen eines Insolvenzverfahrens aufgrund der Pflicht zur Überwachung der Liquidität und zur Prüfung aller Sanierungsmöglichkeiten einfacher und schneller umzusetzen sein.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass in der Praxis in Einzelfällen auch eine Vorgehensweise mittels außerordentlicher, fristloser (Massen-)Änderungskündigung erwogen wurde. Allerdings sind die Voraussetzungen an die Dringlichkeit der Maßnahme als derart hoch anzusetzen, dass hiervon nur abgeraten werden kann.<sup>18</sup> Im Grunde laufen derartige Konstellationen immer darauf hinaus, dass dem Arbeitgeber stattdessen geraten werden sollte, sicherheitshalber einen Insolvenzantrag zu stellen und sich über die Lohnkosten der nächsten Monate mit der Insolvenzgeldvorfinanzierung hinwegzuhelfen. Kaum ein Arbeitgeber wird das Risiko eingehen wollen, den Ausgang der nachfolgenden Kündigungsschutzprozesse abzuwarten und dann erst ggf. erforderliche weitere Maßnahmen zu ergreifen.

## b) Der Sanierungsplan als „Herzstück“

Da aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung des BAG eine Herabsetzung von Entgelten mittels (Massen-)Änderungskündigungen nur dann in Betracht kommt, wenn damit Beendigungskündigungen vermieden werden können, ist ein umfassender Sanierungsplan erforderlich.<sup>19</sup> Der Sanierungsplan hat alle gegenüber einer (Massen-)Änderungskündigung milderen Mittel aufzuzeigen und darzulegen, warum diese Mittel gerade nicht in Betracht kommen.<sup>20</sup> Als mildere Mittel können sowohl die Absenkung widerruflicher Leistungen als auch sonstige Einsparungen, wie etwa die Zahlung von Reisekosten, in Betracht kommen.<sup>21</sup> Ferner müssen sonstige Rationalisierungsmaßnahmen und Einsparungen, die üblicher Weise in einer Krise in Angriff genommen werden, sowie Sanierungsbeiträge des Arbeitgebers und Dritter als „mildere Mittel“ geprüft und in Erwägung gezogen worden sein.<sup>22</sup>

Zusätzlich sind neben diesen notwendigen Abwägungen die Finanzlage des Betriebs, der Anteil der Personalkosten sowie die Auswirkun-

7 Vgl. Hamacher, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 43. Aufl. 2021, § 113 InsO, Rn. 163.

8 BAG, 12.8.2010 – 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460, 465, BB-Entscheidungskommentar Fuhrrott/Hoppe, BB 2011, 2687.

9 Fischer, NZA 2002, 536, 539.

10 Vgl. LAG Schleswig-Holstein, 30.1.2007 – 5 Sa 357/06.

11 BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138.

12 BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138; BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07.

13 BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 138.

14 Fischer, NZA 2002, 536, 538.

15 BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 396/12; BAG, 20.10.2017 – 2 AZR 783/16.

16 Fischer, NZA 2002, 536, 538, vgl. auch BAG, 20.8.1998 – 2 AZR 84/98, BAG, 20.10.2017 – 2 AZR 783/16 – zur Aussetzung von Tarifloohnerhöhungen auf Dauer.

17 Vgl. BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07 einschl. der Vorinstanz, LAG Schleswig-Holstein, 30.1.2007 – 5 Sa 357/06 – der Zeitraum der Absenkung belief sich auf drei Jahre und bezog sich auf einen Sanierungstarifvertrag.

18 Vgl. dazu Müller, NZA 1985, 307, 310 f.

19 Casper, in: MünchKomm InsO, 2019, § 120, Rn. 66.

20 BAG, 20.10.2017 – 2 AZR 783/16 (F), RIW 2018, 459, NZA 2018, 440, 444; BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 396/12, NZA 2013, 1409, 1411.

21 Casper, in: MünchKomm InsO, 2019, § 120, Rn. 66; BAG, 20.8.1998 – 2 AZR 84/98, NZA 1999, 255, 256.

22 BAG, 20.8.1998 – 2 AZR 84/98.

gen der erstrebten Kostensenkungen für Betrieb und Arbeitnehmer darzustellen.<sup>23</sup> Dabei ist anzunehmen, dass das Zahlenmaterial umso umfangreicher sein muss, je intensiver und dauerhafter der Eingriff in das Lohngefüge für die Zukunft sein soll. Anderenfalls setzt sich der Arbeitgeber dem Vorwurf aus, ein nur kurzfristiger negativer Trend, etwa im Vorjahr, könne durch eine ebenfalls nur kurzzeitige Lohnabsenkung, etwa für ein halbes Jahr, wieder aufgefangen werden. In der Regel sind längerfristige Einsparungen gewollt.

Es bietet sich an, auf die Grundsätze zur Erarbeitung einer Sanierungsbescheinigung nach § 270d Abs. 1 InsO zurückzugreifen. Deren wesentliche Bestandteile sind allerdings gesetzlich nicht detailliert festgelegt. Sicher genügen die sehr umfangreichen IDW S 6 – Gutachten, wie sie von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften erstellt werden, den Anforderungen an eine Sanierungsbescheinigung nach § 270d Abs. 1 InsO.<sup>24</sup> Diese sind nach Auffassung der Verfasser jedenfalls eine geeignete Grundlage für die Vorbereitung einer „Massenänderungskündigung“, wenn sie auf den Zeitpunkt der Umsetzung der Kündigungen aktualisiert werden und alle oben vorgestellten Prämissen der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung berücksichtigen. Dazu gehört also z.B. auch, dass die Personalkostenstruktur mit als Ursache der Krise ausgedeutet wird, dass deren Beibehaltung unter Ausschöpfung aller weiteren Sanierungsmöglichkeiten in absehbarer Zeit einen Insolvenztatbestand herbeiführen wird und die Darstellung, warum die eine oder andere Einsparmaßnahme nicht ergriffen werden kann (Darstellung milderer Mittel). Der erhebliche formale und zeitliche Aufwand für die Gutachtenerstellung kann aber auch beschränkt werden. Der BGH hat selbst (in einem anderen Kontext) entschieden, dass ein Sanierungsgutachten nicht den formalen Anforderungen an ein IDW S 6 Gutachten erfüllen muss.<sup>25</sup> Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen können zeitlicher Aufwand und Kosten sonst außer Verhältnis stehen.

Die Verfasser empfehlen, je nach Einzelfall, die folgenden Punkte auszuarbeiten. Vorab ist klarzustellen, dass die Argumentation für „Geignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit“ einer solchen (Massen-)Änderungskündigung stets für Außenstehende, insbesondere das Arbeitsgericht, das über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung zu entscheiden hat, plausibel und nachvollziehbar sein muss. Ein tiefgreifendes Verständnis der spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens, und dessen Industrie darf nicht unterstellt werden. Unter diesem Aspekt sollte folgenden Themen besondere Gewichtung zukommen:

- Personalkosten als Krisenursache
- Niedrigere Personalkosten als zentraler Bestandteil des Leitbildes des Unternehmens
- Quantitative Untermauerung in Form einer integrierten Finanzplanung mit und ohne angepasste Personalkosten

#### aa) Personalkosten als Krisenursache

Für die plausible Darstellung der Personalkosten als Krisenursache empfiehlt sich der Vergleich mit direkten Wettbewerbern des Unternehmens, welche maßgeblich für die „branchentypische Rendite“ gemäß den Anforderungen an Sanierungskonzepte des IDW sind. Neben möglichem Lohnwucher, bieten die Vergütung der Wettbewerber, je nach Marktlage, eine natürliche Untergrenze für die geänderte Vergütung der Mitarbeiter. Schließlich steht den Arbeitnehmern jederzeit ein Wechsel zu einem Wettbewerber frei.

Hier gilt es zu zeigen, dass das Unternehmen beim direkten Vergleich mit seinen Wettbewerbern sich vor allem im Hinblick auf die Personalkosten unterscheidet. Sollte es noch weitere Unterschiede geben, zum Beispiel gewisse Unterschiede in den Produkten, dem Maschinenpark usw., so sind diese eingehend zu beschreiben und die unterschiedlichen Margen um diese Aspekte sind so gut wie möglich zu bereinigen.

Während ein bloßer Vergleich der pro Kopf Löhne, sowie der Personalkostenquote eine erste Ausgangsbasis darstellt, so bedarf es für eine überzeugende Argumentation einer tiefergreifenderen Analyse. Denn schließlich ist nicht so sehr der nominale Lohn per se, sondern der Lohn im Vergleich zum während der Arbeitszeit geschaffenen Wert, sprich die Produktivität, also der reale Lohn, relevant. Hier gilt es gegebenenfalls zu zeigen, dass dem aktuellen Missstand des Unternehmens nicht oder nicht ausreichend durch bloße Maßnahmen zur Produktivitätssteigerung begegnet werden kann.

Sollten, gemäß der Arbeitshypothese, die unterschiedlichen realen Löhne zum großen Teil auf Unterschieden in den nominalen Löhnen basieren, so gilt es diese Unterschiede bestmöglich zu erklären. Bei Unternehmen, welche gemäß oder in Anlehnung an tarifliche Vergütungsschemen bezahlen, zum Beispiel gemäß Entgeltrahmenabkommen („ERA“), wie es die IG Metall 2003 mit dem Arbeitgeberverband vereinbarte, könnte ein solcher Vergleich einigermaßen transparent durchgeführt werden.

Wenn zum Beispiel gezeigt werden kann, dass ohne sachliche Rechtfertigung die Eingruppierungen der Arbeitsplätze sich nennenswert von Wettbewerbern unterscheiden, oder in erheblichem Umfang marktunübliche, (übertarifliche) Zulagen bezahlt werden, kann man die Notwendigkeit einer Anpassung dieser durch z.B. Kürzung der übertariflichen Zulagen darstellen. Herausforderung wird hier die Zusammentragung der relevanten Vergleichsdaten sein, wofür vermutlich ein Gutachter beauftragt werden muss, welcher anschließend basierend auf Interviews mit Marktteilnehmern entsprechende Studien erstellen wird. Der zwangsläufig zu betreibende Aufwand für die Argumentation für das Bestehen von wettbewerbsschädlichen Personalkosten, zusammen mit der latenten Angreifbarkeit und teilweisen Ergebnisoffenheit eines jeden Gutachtens, wird von sich aus Anreiz sein, den Versuch einer Massenänderungskündigung lediglich als Ultima Ratio zu unternehmen.

#### bb) Niedrigere Personalkosten als zentraler Bestandteil des Leitbildes

Zentrales Ziel eines Sanierungsgutachtens in Anlehnung an IDW S6 ist die Entwicklung eines Leitbildes. Hierfür ist mit plausiblen operativen, strategischen und finanziellen Maßnahmen darzulegen, wie das Unternehmen ein Insolvenzzenario, bzw. sogar eine Schließung vermeiden und mittelfristig eine „branchentypische Rendite“ erzielen kann. Zu den besagten Maßnahmen zählen häufig auch (befristete) Beiträge aller Stakeholder: Kunden, Lieferanten, Gesellschafter, Finanzierer, und gegebenenfalls auch die Belegschaft. Ein solches Leitbild muss für die Rechtfertigung einer Änderungskündigung ebenfalls erstellt werden und die Personalkosten müssen hierfür ein elementarer Bestandteil sein. Andere Maßnahmen, bzw. Beiträge

<sup>23</sup> BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, NZA 2010, 333, 336.

<sup>24</sup> Vgl. Zipperer/Vallender, NZI 2012, 729, 733.

<sup>25</sup> BGH, 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BB 2016, 1681.

müssen als unzureichend, oder gar nicht umsetzbar erkannt und verargumentiert werden.

Es muss differenziert werden: Interne operative und strategische Maßnahmen zielen in der Regel auf dauerhafte Effizienz-, bzw. Produktivitätssteigerungen und strategische Neuausrichtungen, wie neue Produkte, neue Industrien oder die Einstellung bestehender Unternehmensbereiche ab. Hierfür gilt es zu zeigen, idealerweise anhand von konkreten Vergleichsunternehmen, bzw. Vergleichsgruppen, dass die Produktivität des Unternehmens nicht hinterherhinkt und dass eine Umstellung auf neue Produkte zumindest kurz- bis mittelfristig nicht realisierbar ist, oder nur mit unverhältnismäßig hohen finanziellen Mitteln, welche unmöglich von irgendeinen Beteiligten ohne Weiteres abverlangt werden könnten. Sollte das Problem hingegen doch bei mangelnder Produktivität und unzureichendem Produktmix liegen, welche sich kurz- bis mittelfristig realistisch bewältigen lassen würden, so wären nur befristete Beiträge der Belegschaft, z. B. qua Betriebsvereinbarung oder Ergänzungstarifvertrag, in der Tat das mildere Mittel und somit zu bevorzugen.

Bei Beiträgen externer Stakeholder, wie Kunden, Lieferanten und Finanzierer, wie auch dem Gesellschafter, darf keineswegs altruistisches Handeln (zur Vermeidung von Beiträgen der Belegschaft) unterstellt werden, vielmehr eine konkrete kaufmännische Abwägung der relevanten Handlungsmöglichkeiten. Wenn das Unternehmen zum Beispiel verhältnismäßig einfach substituierbare Produkte herstellt, welche in einem liquiden und transparenten Markt verkauft werden, kann man unmöglich längerfristige, falls überhaupt, signifikante Preiserhöhungen oberhalb des Marktpreises seitens der Kunden annehmen. Derartige Verhandlungen würden dann als „milderes Mittel“ ausscheiden.

Vor allem bei Finanzierern und auch dem Gesellschafter muss man stets berücksichtigen, dass diese überhaupt nur zu Beiträgen bereit sein werden, wenn sich daraus vernünftigerweise zeitnahe Rückflüsse mit einer dem Risiko angemessenen Rendite erzielen lassen. Darüber hinaus sind Beiträge in Form von finanziellen Einzahlungen, bzw. Einlagen nicht GuV – relevant und gerade die sich aus der GuV errechnende Rendite beeinflusst die Investitionsentscheidung maßgeblich. Es sind somit in jedem Fall weitere operative und strategische Beiträge, bzw. Maßnahmen notwendig. Zuletzt darf man nicht verkennen, dass im Fall einer angenommenen, rechtswirksamen Änderungskündigung keine Abfindungen zu zahlen wären und somit der Fresh Money Bedarf im Vergleich zu Restrukturierungen mit zahlenmäßiger Personalanpassung deutlich geringer ausfallen wird. Beiträge des Gesellschafter in Form von Ausschüttungssperren, etc. werden vermutlich schon auf Druck der Finanzierer in die Restrukturierungsvereinbarung aufgenommen werden, sollte eine Anpassung der Kapitalstruktur und sei es nur durch eine Verlängerung der Fälligkeiten erforderlich sein.

Nachdem anderweitige (mildere) Sanierungsmaßnahmen eruiert und dargelegt wurden und abschließend eine Anpassung der Personalkosten unerlässlich erscheint, so gilt es zu erläutern, in welchem Umfang sowohl die Personalkosten insgesamt als auch konkret angepasst werden sollen. Um dem Diskriminierungsverbot – wie oben erwähnt – Rechnung zu tragen, sollte idealerweise eine einheitliche Maßnahme vorgeschlagen werden, wie zum Beispiel die allgemeine Herabsetzung um eine Entgeltstufe, oder die Strei-

chung/Kürzung aller übertariflichen Zulagen. Die absolute Höhe, also die konkrete Ausgestaltung der avisierten Personalkostenanpassung sind sowohl für die eindeutige Bestimmbarkeit des Änderungsangebots nach § 145 BGB auch für die externe Nachvollziehbarkeit von erheblicher Bedeutung. Schließlich muss die Implementierung der Maßnahme für eine Berücksichtigung im Leitbild realistischerweise anzunehmen sein. Eine unzureichende Spezifizierung ginge hier fehl.

### cc) Quantitative Untermauerung in Form einer integrierten Finanzplanung mit und ohne angepasste Personalkosten

Zuletzt gilt es, die obigen Erkenntnisse in einer integrierten Finanzplanung zusammenzufassen, um die prognostizierten GuV-Effekte zusammenhängend darzustellen. Die zwingende Erforderlichkeit einer Anpassung der Personalkosten sollte nochmals mit Hilfe einer integrierten Basisplanung ohne jegliche Maßnahmen („Basisplanung 1“) und mit allen anderen Maßnahmen außer der Anpassung der Personalkosten („Basisplanung 2“) dargestellt werden. Im Ergebnis sollte hieraus hervorgehen, dass ohne Anpassung der Personalkosten nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die in absehbarer Zeit Entlassungen erfordern, oder sogar einen Insolvenztatbestand auslösen, geschweige denn eine branchenübliche Renditeerzielbarkeit sein wird. Nochmals soll der Zirkelbezug zwischen zu erwartender Rendite bei Implementierung des Sanierungskonzepts (inklusive Anpassung der Personalkosten) und dem Einsatz von Fresh Money seitens der Finanzierer und des Gesellschafter, zum Beispiel für die vorgesehenen Investitionen zur Effizienzsteigerung oder den Eintritt in neue Märkte, hervorgehoben werden. Zuletzt sollte eine Finanzplanung inklusive der detailliert hinterlegten beabsichtigten Personalkostenmaßnahmen („Leitbild Planung“) erstellt werden, woraus sich eine Durchfinanzierung und eine „branchentypische Rendite“ ableiten lässt und welche somit ein Leitbild für das nunmehr sanierte Unternehmen darstellt.

Neben dem Ziel der Erreichung einer branchenüblichen (GuV-basierten) Rendite darf die Liquiditätsentwicklung nicht vernachlässigt werden. Vor allem bei Mittelständlern ohne etablierten Kapitalmarktzugang zur weiteren (kurzfristigen) Liquiditätsbeschaffung, ist das Vorhalten eines Liquiditätspuffers für Unvorhergesehenes überaus empfehlenswert. Die Erforderlichkeit einer Anpassung der Personalkosten sind somit vor allem auch im Hinblick auf die Vermeidung einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit zu sehen.

Im Ergebnis sollte sich aus dem Sanierungsplan klar und verständlich ableiten lassen, in welcher Höhe und in welchem Umfang eine Personalkostenreduzierung in Bezug auf wie viele Arbeitnehmer zu welchem Zeitpunkt und über welchen Zeitraum unumgänglich ist. Dieser ist der daraufhin umzusetzenden Massenänderungskündigungen zu Grunde zu legen.

## III. Änderungen bei kollektivrechtlicher Bindung

Das Mittel der Massenänderungskündigung kommt vom Grundsatz her auch in Betracht, wenn die Personalkosten ganz oder teilweise durch kollektive Regelungen vorgegeben sind. Allerdings sind die Möglichkeiten des Arbeitgebers, in das Lohngefüge einzugreifen, hier deutlich begrenzt. Hier muss unterschieden werden:

## 1. Bindung an Tarifverträge

Findet ein Tarifvertrag aufgrund beiderseitiger Verbandsmitgliedschaft oder aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, kommen Kürzungen nur hinsichtlich übertariflicher Bestandteile in Betracht: das BAG hat schon vor vielen Jahren entschieden, dass eine Aushebelung des geltenden Tarifvertrages – etwa eine Erhöhung der tariflichen Arbeitszeit – durch eine Änderungskündigung nicht möglich ist.<sup>26</sup> Grund hierfür ist die unmittelbare und zwingende Wirkung gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TVG. Demnach sind andere Abmachungen nur zu Gunsten des Arbeitnehmers oder bei einer entsprechenden Öffnungsklausel im Tarifvertrag zulässig, § 4 Abs. 3 TVG. Demnach sind Individualvereinbarungen nur zu Gunsten von Arbeitnehmern möglich, es sei denn, die Tarifvertragsparteien stimmen dieser zu, § 4 Abs. 4 TVG. Eine unter Missachtung der zwingenden Bindung ausgesprochene Änderungskündigung ist nicht nur nicht sozial gerechtfertigt, sondern generell unwirksam nach §§ 13 Abs. 3 KSchG, 4 TVG und 134 BGB.<sup>27</sup> Auf die Thematik Lohnkosten übertragen, bedeutet das, dass eine Absenkung der unmittelbar geltenden tariflichen Grundlöhne per Änderungskündigung generell ausscheidet und nur noch hinsichtlich übertariflicher Bestandteile in Frage kommt.

Freilich können Tarifverträge vorbehaltlich entsprechender fester Laufzeiten auch gekündigt werden. Ist keine andere Kündigungsfrist bestimmt worden, gilt unter analoger Heranziehung des § 77 Abs. 5 BetrVG eine Kündigungsfrist von drei Monaten.<sup>28</sup> Die Problematik der Zulässigkeit fristloser Kündigung von Tarifverträgen, etwa in Notlagen, soll hier wegen der sehr hohen Hürden, die auch im Falle der Insolvenz noch angenommen werden, nicht vertieft werden. Mit Ablauf der Kündigungsfrist entfällt zwar die Tarifbindung, aber nicht zugleich auch die Geltung der Rechtsnormen des Tarifvertrages, denn gemäß § 4 Abs. 5 TVG gelten nach Ablauf des Tarifvertrages seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, sog. Nachwirkung. Solange keine anderen Abmachungen vorliegen, können tarifvertragliche Regelungen also zeitlich unbeschränkt nachwirken.<sup>29</sup> Gleiches gilt im Übrigen auch, wenn ein Austritt aus einem tarifschließenden Arbeitgeberverband erfolgt.<sup>30</sup>

Wann eine andere Abmachung vorliegt, wird in Schrifttum und Rechtsprechung einheitlich beurteilt. Eine andere Abmachung kann sowohl durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung als auch eine einzelvertragliche Abrede getroffen werden.<sup>31</sup> Zu einer einzelvertraglichen Abrede zählt auch die hier thematisierte Änderungskündigung.<sup>32</sup> Hat sich der Arbeitgeber also von der Bindung an Tarifverträge durch Kündigung oder Austritt gelöst, dann kann eine Änderungskündigung nicht nur in Bezug auf übertarifliche, sondern auch in Bezug auf tarifliche Lohnbestandteile bei Einhaltung der o.g. Grundsätze in Betracht gezogen werden.

Finden Tarifverträge nur aufgrund einer bloßen Bezugnahme im Arbeitsvertrag Anwendung, die auf einen geltenden Lohn- oder Gehaltstarifvertrag verweist, ist eine Kürzung des Lohns bzw. Gehalts mittels Individualvereinbarung ohne weiteres möglich. Es handelt sich nur um eine schuldrechtliche Abrede, die zwischen den Parteien auch wieder geändert werden kann, etwa, indem man einen gänzlich neuen Arbeitsvertrag oder eine Änderungsvereinbarung abschließt. Aus eben diesen Gründen ist auch eine Änderungskündigung grundsätzlich zulässig.<sup>33</sup> Ein Bedürfnis hierfür tritt etwa dann auf, wenn der Arbeitgeber eine betriebsweite Änderung der

(tariflichen) Arbeitsbedingungen umsetzen will, aber nicht alle Arbeitnehmer originär tarifgebunden sind und auch keine ausreichende Bezugnahme im Arbeitsvertrag hierfür haben.<sup>34</sup>

Die Einführung etwa eines Sanierungstarifvertrages kann z.B. über eine Änderungskündigung erfolgen. Insofern gelten die bereits dargestellten Anforderungen an die Zulässigkeit von arbeitsvertraglichen Vereinbarungen und Änderungskündigungen.

## 2. Regelungen in Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen enthalten eher selten Entgeltsysteme, da oft die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG greifen wird, oder die Gehälter eben individuell ausgehandelt sind. Häufiger sind Betriebsvereinbarungen zur Festlegung von Parametern von variablen Gehältern, die dann jedoch nur das „Wie“ regeln und nicht das „Ob“ und eine Änderungskündigung daher in der Regel keine Relevanz für diese hat. Wurde im Einzelfall dennoch ein Entgeltsystem über eine Betriebsvereinbarung geschaffen, gelten die dortigen Regelungen unmittelbar und zwingend, § 77 Abs. 4 BetrVG. Arbeitnehmer können auf Rechte aus Betriebsvereinbarungen nur mit Zustimmung des Betriebsrats verzichten. Insofern gilt also nichts anderes als im Falle einer originären Tarifbindung: ein einseitiger Eingriff des Arbeitgebers mittels Änderungskündigung scheidet aus.

Auch hier ist allerdings die Möglichkeit der Kündigung der Betriebsvereinbarung zu erwähnen:

Eine Kündigung ist – sofern nichts anderes zwischen den Parteien vereinbart wurde – jederzeit unter Wahrung der Kündigungsfrist möglich. Hinsichtlich der Kündigungsfristen ergeben sich Unterschiede zur Kündigung einer Betriebsvereinbarung bei Insolvenz des Arbeitgebers:

Außerhalb einer Insolvenz kann eine Betriebsvereinbarung mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden, § 77 Abs. 5 BetrVG, sofern Betriebsrat und Arbeitgeber nicht längere Kündigungsfristen vereinbart haben oder die Möglichkeit der Kündigung – ggfs. zeitlich begrenzt – ausgeschlossen haben. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gilt mit § 120 Abs. 1 S. 1 InsO eine Sonderregelung: danach können Betriebsvereinbarungen auch dann mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden, wenn eine längere Frist vereinbart ist.<sup>35</sup> Ist eine kürzere Kündigungsfrist zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vereinbart, so findet diese Anwendung. Anerkannt ist zudem die Anwendbarkeit der dreimonatigen Kündigungsfrist auf ordentlich unkündbare Betriebsvereinbarungen.<sup>36</sup>

Mit Ablauf der Kündigungsfrist gelten allerdings die Regelungen in der Betriebsvereinbarung in Angelegenheiten, die der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, nach § 77 Abs. 6 BetrVG weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, sog. Nachwirkung. Gleiches gilt, wenn die Nachwirkung in der Betriebsvereinbarung ex-

26 BAG, 10.2.1999 – 2 AZR 422/98.

27 BAG, 10.2.1999 – 2 AZR 422/98.

28 BAG, 18.6.1997 – 4 AZR 710/95, NZA 1997, 1234, 1238.

29 BAG, 15.10.2003 – 4 AZR 573/02, NZA 2004, 387, 389.

30 BAG, 15.10.2003 – 4 AZR 573/02.

31 Wank, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 2019, § 4, Rn. 379; BAG, 1.7.2009 – 4 AZR 261/08, NZA 2010, 53, 60.

32 BAG, 15.10.2003 – 4 AZR 573/02, NZA 2004 387, 388; Wank, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 2019, § 4, Rn. 370.

33 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 715.

34 Vgl. BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07; LAG München, 23.6.2006 – 11 Sa 1015/05.

35 Zobel, in: Uhlenbruck, InsO, 2019, § 120, Rn. 14.

36 Regh, in: Boeckel u.a., Gesamtes Arbeitsrecht, 2016, InsO § 120, Rn. 10; Schrader, NZA 1997, 70, 71.

plizit vereinbart wurde.<sup>37</sup> Insoweit finden sich Parallelen zur Nachwirkung von Tarifverträgen. In Insolvenzverfahren gilt insoweit nichts anderes.<sup>38</sup> Auch der Insolvenzverwalter ist zunächst gezwungen, die Nachwirkung hinzunehmen und ggfs. durch eine andere Abmachung zu ersetzen.

Im Hinblick auf das hier erörterte Thema wird am ehesten die Frage der Kürzung/Einstellung von Sonderzahlungen, etwa Boni zur Kosteneinsparung relevant werden. Insoweit ist anerkannt, dass Arbeitgeber sich davon befreien können, wenn sie mit Kündigung der Betriebsvereinbarung erklären, dass sie diese Zahlungen ganz einstellen wollen. Denn die grundsätzliche Entscheidung, freiwillige Leistungen, etwa Sonderzahlungen, gewähren zu wollen, liegt im Ermessen des Arbeitgebers, das sogenannte „Ob“. Lediglich die Verteilung unterliegt der zwingenden Mitbestimmung, nämlich das „Wie“.<sup>39</sup> Änderungen an einem mit dem Betriebsrat aufgestellten Entlohnungssystem insgesamt sind dagegen auch nach Kündigung der Betriebsvereinbarung einseitig nicht möglich, sondern erfordern die Zustimmung des Betriebsrats.<sup>40</sup> Ähnliches gilt bei der beabsichtigten einseitigen Verringerung des Volumens der insgesamt zur Verfügung gestellten Mittel, die zugleich eine Änderung des Verteilungsplanes bedeuten: auch hier hat das BAG angenommen, die Kündigung der Betriebsvereinbarung bewirke, dass die Betriebsvereinbarung nachwirkt.<sup>41</sup> Ein einseitiger Eingriff des Arbeitgebers scheidet dann auch hier aus.

Als Ergebnis wird man festhalten können, dass die Möglichkeiten des Eingriffs mittels Änderungskündigung bei Vergütungsbestandteilen, die auf Basis einer Betriebsvereinbarung geschuldet sind, doch sehr beschränkt sind.

#### IV. Fazit und gesetzgeberische Notwendigkeiten

Die doch recht hohen Hürden, die auch nach der Rechtsprechung einem Eingriff in das Lohngefüge entgegenstehen, erschweren bzw. vereiteln ohne Zweifel die Sanierung eines Unternehmens, gleich ob dieses sich bereits in der Insolvenz befindet, oder noch davor oder, ob sich der Betrieb ansonsten als unrentabel erweist. Die Tatsache, dass die Rechtsprechung umfangreiche Gutachten fordert und dessen ungeachtet immer noch nachhaltigere Eingriffe ablehnt, stößt bei betriebswirtschaftlichen Praktikern auf Unverständnis und privilegiert die Arbeitnehmer als Gläubiger in Insolvenzverfahren gegenüber anderen Gläubigern, die auch Einschnitte, etwa den vollständigen oder teilweisen Verlust ihrer Forderungen hinnehmen müssen. Es kann aus Sicht der Verfasser nicht sein, dass die Arbeitsgerichte Vergütungsmodelle, die teilweise vor Jahrzehnten eingegangen sind als nahezu unumstößlich betrachten, indem sie Hürden aufstellen, die unter fast keinen Umständen mehr genommen werden können. Vor diesem Hintergrund sind auch gesetzliche Änderungen unumgänglich, um die Sanierung der zur Zeit auch durch die Corona-Pandemie angeschlagenen Unternehmen nicht mehr als unbedingt nötig zu behindern. Auch die aktuelle Arbeitsmarktlage gebietet es nicht, den Schutz der Arbeitnehmer in das unveränderte Bestehen ihrer Arbeitsverhältnisse derart gegenüber dem betrieblichen Interessen Vorrang einzuräumen. Vor diesem Hintergrund schlagen die Verfasser folgende gesetzliche Änderungen vor:

1. Umfangreichen Sanierungsplänen, die den oben dargestellten Anforderungen entsprechen, sollte eine Vermutungswirkung dahinge-

hend zukommen, dass die aus ihnen abgeleiteten personellen Maßnahmen in Form von Personalkostensenkungen sozial gerechtfertigt sind. In Insolvenzverfahren können insoweit die Regeln des § 125 InsO zum Tragen kommen, wonach im Falle eines Interessenausgleichs mit Namensliste vermutet wird, dass eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist. Insoweit kann also ein Interessenausgleich mit Namensliste, der im Insolvenzverfahren mit dem Betriebsrat abgeschlossen wird, im Wege der Beweislastumkehr dazu beitragen, dass die betriebsbedingten Änderungskündigungen als wirksam angesehen werden.

Außerhalb von Insolvenzverfahren sollte eine entsprechende Regelung in der Vorschrift des § 1 Abs. 5 KSchG aufgenommen werden, der bereits eine Vermutungswirkung bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste für betriebsbedingte Beendigungskündigungen beinhaltet. Es spricht nichts dagegen, die Vermutungswirkung hier auch für betriebsbedingte Änderungskündigungen, analog zur Regelung in § 125 InsO der Insolvenzordnung vorzusehen.

2. Verfügt ein Unternehmen über keinen Betriebsrat, scheidet die Möglichkeit eines Interessenausgleichs mit Namenliste offensichtlich aus. Hier sollte umfangreichen Sanierungsplänen, die den oben geschilderten Anforderungen gerecht werden, eine Vermutungswirkung dahingehend zukommen, dass die aus ihnen abgeleiteten personellen Maßnahmen in Form von Personalkostensenkungen sozial gerechtfertigt sind, wenn mit der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer die Schwelle zur Betriebsänderung überschritten wird und ein weit überwiegendes Quorum an Arbeitnehmern die Änderung akzeptiert, etwa 90%.

3. Um der misslichen Situation gerecht zu werden, dass es in Kündigungsschutzprozessen vor den Arbeitsgerichten keine Musterverfahren gibt, die auch eine gewisse Bindungswirkung für eine Mehrzahl von Arbeitsverhältnissen entfalten, und zwar auch dann nicht, wenn ein großer Teil des zugrundeliegenden Lebenssachverhalts identisch ist, sollten im Arbeitsgerichtsgesetz Regelungen vorgesehen werden, die es erlauben, ein einzelnes Verfahren quasi als Pilotverfahren zu führen, das zumindest eine gewisse präjudizielle Wirkung für alle Verfahren, die auf derselben unternehmerischen Entscheidung beruhen und insbesondere denselben Sanierungsplan als Grundlage haben, beinhaltet. Die übrigen Verfahren wären insoweit auszusetzen, bis das Musterverfahren entschieden wurde. Anderenfalls ist das ungewöhnliche Ergebnis, dass einige Gerichte oder sogar einige Kammern desselben Arbeitsgerichts ein und denselben Sachverhalt vollkommen unterschiedlich bewerten, vorprogrammiert. Außerdem ist auf diese Weise ebenfalls eine Erleichterung geschaffen für die Unternehmen, die über keinen Betriebsrat verfügen.

4. Schließlich sollte zusätzlich die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens nachgedacht werden, um den tatsächlich in der Praxis oft nicht mehr vorhandenen, Beschleunigungsgrundsatz in Arbeitsgerichtsverfahren gerecht zu werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Personalkostensenkung zentraler Bestandteil einer Sanierungsmaßnahme zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens ist.

37 Vgl. Löw, in: Jesch/Striegel/Boxberger, Rechtshandbuch Private Equity, 2. Aufl. 2020, § 24, Rn. 124.

38 Hamacher, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 43. Aufl. 2021, § 120, Rn. 39 ff.

39 Löw, in: Jesch/Striegel/Boxberger, Rechtshandbuch Private Equity, 2. Aufl. 2020, § 24, Rn. 124.

40 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08.

41 BAG, 26.8.2008 – 1 AZR 354/07, BB 2009, 501 m. BB-Komm. Leuchten.

Die Umsetzung der vorgenannten Grundsätze würden erheblich zur Sanierungsfähigkeit angeschlagener Unternehmen beitragen und vor allem die Rechtssicherheit derartiger Maßnahmen erhöhen. Arbeitnehmern bleibt dessen ungeachtet der Rechtsweg offen, allerdings sollten jahrelange Prozesse dadurch vermieden werden. Zuzugeben ist, dass Musterprozesse dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis eher fremd sind, dennoch sehen einige europäische Rechtsordnungen diese in einem gewissen Umfang vor.<sup>42</sup> Das in Deutschland etablierte Verfahren für Verbandsklagen, §§ 606ff. ZPO, ist immerhin ein Anfang. Die Einrichtung von Musterprozessen in Arbeitsgerichtsprozessen würde eine rechtssichere und praktikablere Vorgehensweise im Interesse der zur Sanierung anstehenden Unternehmen bedeuten, ohne dadurch den Rechtsschutz für die betroffenen Arbeitnehmer unangemessen zu verkürzen. Jede Vermutungswirkung kann bei entsprechender Begründung schließlich auch widerlegt werden. Die vorgeschlagenen Änderungen gebieten die aktuelle Lage in der noch immer andauernden, der monatelangen Pandemie.

42 Art. 126 der Schweizerischen ZPO erlaubt die „Sistierung eines Verfahrens“, wenn dies im Hinblick auf ein anderes laufendes Verfahren zweckmäßig ist.

**Dr. Simone Wernicke** ist seit 2020 als Counsel bei K&L Gates in Frankfurt tätig. Aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung in allen Bereichen des kollektiven und Individualarbeitsrechts einschließlich der Schnittstelle zum Insolvenzarbeitsrecht ist sie spezialisiert auf die Gestaltung und umfassende Begleitung von arbeitsrechtlichen Restrukturierungsmaßnahmen und daraus folgenden Transaktionen. Zu ihren Mandanten zählen nationale und internationale Unternehmen sowie Insolvenzverwalter, die sie in allen Fragen des Arbeitsrechts, vorwiegend aber bei der Bewältigung von Krisen berät und unterstützt. Zu ihrer Tätigkeit gehören daher regelmäßig Verhandlungen mit Arbeitnehmervertretungen und Gewerkschaften sowie auch die bundesweite Vertretung der Interessen ihrer Mandanten vor den Arbeitsgerichten.



**Felix Schaffner** ist Vice President bei One Square Advisors und hat vier Jahre Berufserfahrung im Investment Banking und in der Restrukturierung. Seinen Bachelor und Master in Economics erwarb er an der Universität Cambridge.



## **BAG:** Ordentliche krankheitsbedingte Kündigung – erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen – Berücksichtigung von Sondervergütungen als kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung

**BAG**, Urteil vom 22.7.2021 – 2 AZR 125/21

ECLI:DE:BAG:2021:220721.U.2AZR125.21.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2021-2611-2](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

### **ORIENTIERUNGSSÄTZE**

1. Als kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers aufgrund zu erwartender Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers sind vor allem gemäß § 12 EFZG unabdingbare Entgeltfortzahlungskosten nach §§ 3, 4 EFZG zu berücksichtigen. Unter diese Vorschriften fallen auch „arbeitsleistungsbezogene“ Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter (Rn. 18).

2. Leistungen, mit denen ausschließlich die erbrachte und/oder eine künftig erwartete Betriebstreue und nicht auch eine bestimmte Arbeitsleistung honoriert werden soll, gehen kündigungsrechtlich nicht zu Lasten des Arbeitnehmers. Der mit diesen Leistungen vom Arbeitgeber verfolgte Zweck wird durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht gestört. Der hierfür notwendige Bestand des Arbeitsverhältnisses bleibt von dem krankheitsbedingten Ausfall unberührt, der Arbeitgeber erhält gleichwohl die volle von ihm angestrebte Gegenleistung (Rn. 20).

3. Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen, § 4a EFZG), stellen selbst dann keine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung dar, wenn sie nicht allein für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch für eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum gezahlt werden. Zwar führt

die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers insofern zu einer teilweisen Störung des Austauschverhältnisses. Doch ist diesbezüglich durch die Möglichkeit von Kürzungsvereinbarungen gemäß § 4a EFZG eine abschließende Risikozuweisung erfolgt (Rn. 21).

EntgFG §§ 2, 4, 4a, 12; KSchG § 1 Abs. 2; ZPO § 97 Abs. 1

### **AUS DEN GRÜNDEN**

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat ihre Berufung gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil zu Recht zurückgewiesen.

### **Der Kündigungsschutzantrag ist begründet**

I. Der Kündigungsschutzantrag ist begründet. Die Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 2018 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Sie ist nicht durch Gründe, die in der Person der Klägerin liegen, bedingt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

### **Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang zu befürchten – Negative Gesundheitsprognose**

1. Die Wirksamkeit einer – wie hier – auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn