

Anmerkung zum Urteil des BAG vom 21.4.2005 –2 AZR 244/04 - Änderungskündigung [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 2006. "Anmerkung zum Urteil des BAG vom 21.4.2005 –2 AZR 244/04 - Änderungskündigung [Urteilsanmerkung]." *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA)*, no. § 2 KSchG Nr. 52: 14–24.



Anmerkung**I. Revidierte richterrechtliche Anforderungen an Kündigungen zur Durchsetzung geänderter Arbeitsbedingungen**

Die im Zuge der Änderungskündigung auftretenden Probleme belasten die Rechtsprechung nach wie vor. Mit vorstehender Entscheidung versucht das BAG, ihnen besser gerecht zu werden; es sieht dabei von verschiedenen seiner früheren, insbesondere in der Entscheidung vom 27.9. 1984 (EzA § 2 KSchG Nr. 5 = AP KSchG 1969 § 2 Nr. 8) entwickelten Vorgaben ab, um zu praktikablen Lösungen zu gelangen. Befriedigen kann dies gleichwohl noch nicht.

1. Gesetzliche Vorgaben aus § 2 KSchG

§ 2 Satz 1 KSchG bestimmt, dass im Falle der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber bei gleichzeitigem („im Zusammenhang mit der Kündigung“) Angebot der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen kann, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist; er muss diesen Vorbehalt spätestens innerhalb drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären und Klage auf Feststellung erheben, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist (§ 2 Satz 2 KSchG; § 4 Satz 2 KSchG).

a) Das Gesetz beschränkt sich also darauf, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu eröffnen, die vom Arbeitgeber angeforderte Änderung der Arbeitsbedingungen, die dieser unter Einsatz der Kündigung durchzusetzen versucht, auf ihre soziale Rechtfertigung arbeitsgerichtlich überprüfen zu lassen. Das Gesetz geht dabei von der Konstellation einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen unbedingten (Beendigungs-)Kündigung aus, die der Arbeitgeber mit dem Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen verknüpft – dieses Vorgehen wird in § 2 KSchG, wie die Überschrift zu dieser Norm erkennen lässt, als Änderungskündigung ausgewiesen. In der Praxis steht allerdings typischerweise das vom Arbeitgeber unterbreitete Änderungsangebot im Vordergrund, das für den Fall der Nichtannahme mit einer – damit aufschiebend bedingten – Kündigung verknüpft wird. Auch für diese Gestaltung wird § 2 KSchG als anwendbar gesehen. Der Arbeitnehmer kann das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen annehmen und diesbezüglich die gerichtliche Entscheidung herbeiführen. Stellt das Gericht fest,

dass die vom Arbeitgeber begehrte Änderung nicht sozial gerechtfertigt ist, verliert die vom Arbeitnehmer erklärte Zustimmung aufgrund des in diese eingebauten Vorbehalts ihre Wirkung; nach § 8 KSchG „gilt“ damit aber auch die Änderungskündigung als von Anfang an rechtsunwirksam.

Gehen Arbeitgeber und Arbeitnehmer so vor, bereitet zwar die Bewertung der sozialen Rechtfertigung der begehrten Änderung erhebliche Schwierigkeiten, die verfahrensmäßige Abwicklung ist jedoch klar strukturiert.

b) Die Schwierigkeiten, die Gegenstand des vorstehenden Urteils wie auch schon der in ihm in Bezug genommenen Entscheidungen vom 27.9. 1984 (EzA § 2 KSchG Nr. 5 = AP KSchG § 2 Nr. 8) und vom 7. 12. 2000 (EzA § 1 betriebsbed. Kündigung Nr. 108 = AP KSchG 1969 § 1 Nr. 113 betriebsbedingte Kündigung) waren, resultieren aus dem vom Verhaltensmuster des § 2 Satz 1 KSchG abweichenden Vorgehen der Beteiligten. Speziell geht es um folgende Varianten:

aa) Obwohl dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen möglich und dies dem Arbeitnehmer auch zumutbar wäre, bietet der Arbeitgeber eine solche nicht an, beschränkt sich vielmehr auf die (unkonditionierte) Erklärung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

bb) Dem stehen die Fälle gegenüber, in denen der Arbeitgeber zunächst nur das Änderungsbegehren in Form eines Angebots zur Änderung einzelner arbeitsvertraglicher Bedingungen unterbreitet. Erst zu einem späteren Zeitpunkt erklärt er, nachdem der Arbeitnehmer die Annahme des Änderungsangebotes verweigert oder sich dazu nicht geäußert hat, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses – es fehlt also die in § 2 Satz 1 KSchG vorgesehene Verknüpfung.

2. Anforderungen des BAG

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich in verschiedenen Entscheidungen mit den beiden vorstehend angeführten vom Gesetz abweichenden Verhaltensweisen zu befassen. Es versuchte dabei zweifellos, der Handhabung der Arbeitsvertragsparteien, wie sie aus den Bedürfnissen und Anliegen der betrieblichen Praxis erwächst, Rechnung zu tragen, insbesondere für die häufigen und naheliegenden Fälle, daß Gespräche über eine Änderung der Arbeitsbedingungen vorgeschaltet werden. Es geht dem Gericht allerdings noch mehr darum, das gesetzliche Anliegen des Bestands- wie des Inhalts-schutzes der Arbeitsverhältnisse zu wahren.

a) Vorrang der Änderung des Arbeitsverhältnisses vor seiner Beendigung – die Kündigung nur als „ultima ratio“

aa) Klar festgelegt hat sich das BAG auf den Grundsatz des Vorrangs der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung.

(1) Bereits im Urteil vom 27. 9. 1984 wurde in Fortführung der vorher bereits zur außerordentlichen Kündigung (s. Urteil vom 30. 5. 1978, EzA § 626 BGB n. F. Nr. 66 = AP BGB § 626 Nr. 70) entwickelten Überlegung aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitet, dass der Arbeitgeber auch vor jeder ordentliche Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine beiden Arbeitsvertragsparteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten muss. Dies wurde auch in vorstehender Entscheidung bestätigt. Das Gericht verweist dazu noch darauf, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung nur vorliege, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich sei, die Beendigungskündigung durch andere Maßnahmen organisatorischer, technischer oder wirtschaftlicher Art zu verhindern; das Merkmal der Dringlichkeit konkretisiere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (das ultima ratio Prinzip).

(2) Nicht gefordert wird, dass der Arbeitgeber zunächst im Vorfeld versucht, mit dem Arbeitnehmer zu einer Einigung zu kommen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip fordert also nicht, dass vor dem Ausspruch der Änderungskündigung zunächst im Verhandlungswege die Änderung der Arbeitsbedingungen versucht wird – d.h. also kein Vorrang für den Einigungsversuch gegenüber einer Änderungskündigung. Der Arbeitgeber kann das Änderungsangebot bereits mit der Kündigungserklärung verknüpfen.

bb) In der Entscheidung vom 27. 9. 1984 hatte das BAG noch einschränkend nachgefragt, ob der Arbeitnehmer einem vor der Kündigung seitens des Arbeitgebers unterbreiteten entsprechenden Vorschlag zunächst unter Vorbehalt zugestimmt hatte und vom Arbeitnehmer verlangt, dass er dies im Kündigungsschutzprozess vorträgt. Wenn er ein vom Arbeitgeber erst nach Ausspruch der Kündigung unterbreitetes Änderungsangebot ablehnt, sollte es tatrichterlicher Würdigung überlassen bleiben, ob angenommen werden kann, dass der Arbeitnehmer ein vor Ausspruch der Kündigung unterbreitetes Angebot unter Vorbehalt angenommen hätte.

cc) Vom Vorrang der Änderungskündigung will das BAG nur dann absehen, wenn der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit reiner Annahme der neuen Vertragsbedingungen durch den Arbeitnehmer rechnen konnte. In der Entscheidung vom 27. 9. 1984 hatte dafür noch genügt, dass die neue

Tätigkeit für den Arbeitnehmer nicht nur bezüglich der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch nach den sonstigen Voraussetzungen für ihre Ausübung sowie nach ihrem sozialen und wirtschaftlichen Status vom Standpunkt eines objektiv urteilenden Arbeitgebers gesehen nicht in Betracht kommt, insbesondere wenn die neue Tätigkeit eine erheblich geringere Qualifikation aufweist und entsprechend niedrig vergütet wird. Abgestellt wurde auf die Zumutbarkeitskriterien des damaligen § 103 Abs. 1 Nr. 2 a AFG. Dies reicht nach vorstehender Entscheidung nicht mehr. Der Arbeitnehmer selbst soll entscheiden können, ob er eine verfügbare Beschäftigungsmöglichkeit in Anspruch oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Kauf nehmen möchte. Der Arbeitgeber soll nicht an seiner (des Arbeitnehmers) Stelle über die Zumutbarkeit befinden. Eine Ausnahme soll nur für „Extremfälle“ gelten. Das Gericht will mit dieser Ausnahme wohl dem natürlichen Empfinden in den Betrieben Rechnung tragen. Eine wirkliche Entlastung bedeutet es für den Arbeitgeber jedoch nicht, denn er hat keinerlei Gewähr, dass eine vom ihm als Extremfall eingestufte Situation vom Arbeitsgericht später als solche anerkannt wird. Auf diese Ausnahme vom Erfordernis der Vorrangigkeit zu wählenden Änderungskündigung sollte der Arbeitgeber deshalb nicht bauen, die Änderungskündigung vielmehr konsequent und ohne Hoffnung auf eine wie auch immer abzugrenzende Einschränkung der Anforderungen einsetzen, und zwar auch dann, wenn das Angebot an den Arbeitnehmer „eher beleidigenden Charakter“ – so der denkbare Ausnahmefall nach vorstehender Entscheidung – haben sollte. Auf Empfindlichkeiten der betroffenen Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber angesichts der Unsicherheit in der Einschätzung der Ausgangstatbestände keine Rücksicht nehmen.

dd) Das Erfordernis, bei möglicher und zumutbarer anderweitiger Beschäftigung eine Änderungskündigung, nicht die Beendigungskündigung auszusprechen, entfällt auch nicht schon deshalb, weil der Arbeitnehmer ein ihm bereits vor Ausspruch der Kündigung unterbreitetes Änderungsangebot ablehnte.

(1) Im Grundsatz war dies schon im Urteil vom 27.9. 1984 festgehalten worden. Die Entscheidung über den Einsatz der Beendigungskündigung bzw. Änderungskündigung sollte jedoch vom Ergebnis der vom Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer eingeleiteten Verhandlungen abhängen. Habe der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung neue Arbeitsbedingungen angeboten, die der Arbeitnehmer ohne Vorbehalt und endgültig ablehnte, sei es dem Arbeitnehmer verwehrt, sich gegenüber einer daraufhin erklärten Beendigungskündigung auf die Vorrangigkeit der Änderungskündigung zu berufen.

(2) Nunmehr wird dies in der vorstehenden Entscheidung präzisiert und mit recht restriktiven Vorgaben versehen. Für eine vorbehaltlose und endgültige Ablehnung im Sinne der vorgenannten Entscheidung sei erforderlich, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Anspruchs „unmissverständlich zu erkennen gibt, dass er unter keinen Umständen bereit ist, zu geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten“. Allein die Ablehnung eines vorher unterbreiteten Änderungsangebotes seitens des Arbeitnehmers enthebt den Arbeitgeber prinzipiell nicht von der Verpflichtung, das Änderungsangebot mit der nachfolgenden Beendigungskündigung erneut zu verbinden.

Auf das Vorliegen eines Ausnahmefalles, dass der Arbeitnehmer „unmissverständlich“ die fehlende Bereitschaft zur Änderung der Arbeitsbedingungen erklärt hat, kann sich der Arbeitgeber nicht verlassen. Auch in diesem Zusammenhang versucht das BAG die Rigorosität der Anforderung vorheriger Änderungskündigung durch die Zubilligung von Ausnahmen für Extremfälle, die Anlass zum Widerspruch gegen die Rechtsprechung geben könnten, abzumildern. Gewonnen ist damit für die Arbeitgeber nichts – dafür ist die Zubilligung der Ausgangstatbestände für den konkreten Einzelfall viel zu wenig verlässlich kalkulierbar.

b) Vorgeschaltete Verhandlungen über die Vertragsänderung

In der betrieblichen Praxis werden sicher weiterhin der Kündigung zeitlich vorgeschaltete Verhandlungen über die Änderung der Vertragsbedingungen die Regel sein.

aa) Die personalpolitische Seite

Personalpolitisch dürfte dies mehr als naheliegen. Häufig wird damit die gewünschte Änderung der Arbeitsbedingungen erreicht werden. Es wäre wenig sinnvoll, immer gleich mit der Änderungskündigung zu arbeiten.

(1) Stimmt der Arbeitnehmer dem Änderungsangebot, gegebenenfalls nach verhandlungsbedingter Modifizierung, zu, stellen sich in der Regel keine weiteren Probleme (s. noch im folgenden unter II. 2. c).

(2) Das Bundesarbeitsgericht billigte dem Arbeitnehmer auch zu, in Anlehnung an § 2 Satz 1 KSchG das Änderungsangebot, auch wenn es noch nicht mit einer Kündigung verknüpft ist, unter Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung der Änderung anzunehmen. Das BAG ging in seiner Entscheidung vom 27.9. 1984 davon aus, dass der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer zunächst ein Änderungsangebot übermittelt, diesem die Möglichkeit einräume, das Änderungsangebot zum einen unter den Vorbehalt des § 2 KSchG

(Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung der Vertragsänderung), zum anderen unter die aufschiebende Bedingung der Kündigung seitens des Arbeitgebers zu stellen – letzteres sei erforderlich, um dem Arbeitnehmer die Rechte aus § 2 KSchG zu erhalten. Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nach dieser Maßgabe unter Vorbehalt gerichtlicher Nachprüfung der sozialen Rechtfertigung an, muss der Arbeitgeber, wenn er auf der Umsetzung des Änderungsangebotes bestehen möchte, die Änderungskündigung aussprechen, die dann verfahrensmäßig die gerichtliche Überprüfung der sozialen Rechtfertigung der Änderung der Vertragsbedingungen gemäß §§ 2, 4 und 8 KSchG ermöglicht (Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rdnr. 1009).

Das Bundesarbeitsgericht postulierte dazu einige Anforderungen an das vom Arbeitgeber zu unterbreitende Änderungsangebot: Es müsse eindeutig und vollständig sein und den Hinweis enthalten, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel steht. Der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer eine Überlegungsfrist von einer Woche einräumen. Unter diesen Voraussetzungen hatte das BAG dann in der Entscheidung vom 27. 9. 1984 dem Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehnt, den unmittelbaren Zugriff auf die Beendigungskündigung eröffnet.

bb) Die rechtliche Bedeutung

In rechtlicher Hinsicht eröffneten vorgeschaltete Verhandlungen also, wenn vorstehend genannten Anforderungen genügt war, für den Arbeitgeber die Möglichkeit, eine Beendigungskündigung zu erklären. Davon kann nunmehr nach der Entscheidung vom 21. 4. 2005 nicht mehr ausgegangen werden. Das BAG hat jetzt erhebliche Bedenken gegen die vorgesehene Wochenfrist. Diese würde eine Verkürzung der Rechte des Arbeitnehmers aus § 2 KSchG bedeuten. Dies ist zutreffend, wenn, wie im Jahre 1984 noch vertreten, die Ablehnung des Angebots den Weg zur Beendigungskündigung eröffnet. Wenn der Ablauf der Wochenfrist den Weg zur Beendigungskündigung nicht mehr freigibt, der Arbeitgeber vielmehr ungeachtet der Vorverhandlungen bei deren Scheitern auf die Änderungskündigung verwiesen wird, braucht das Änderungsangebot auch nicht mehr mit einer einwöchigen (oder auch anderweitig festzulegenden) Überlegungsfrist verbunden zu werden. Das BAG verweist nunmehr auf §§ 145 ff. BGB. Damit ist der richtige Weg gewiesen.

II. Der Weg aus der Verwirrung: Anwendung der Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre und Verzicht auf vermeintliche Billigkeitslösungen

Die Verwirrung, die die BAG-Entscheidungen hinterlassen, wäre zu vermeiden, wenn die Lösung aus den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre gesucht und auf jegliche Vorbehalte für vermeintliche Extremsituationen verzichtet wird. Dabei sind selbstverständlich die gesetzgeberischen und richterrechtlich entwickelten Grundsatzentscheidungen des Kündigungsschutzes zu berücksichtigen.

1. Vorgaben aus dem Kündigungsschutzrecht

Als nicht in Frage zu stellende Vorgaben aus dem Kündigungsschutzrecht sind zu berücksichtigen:

a) „Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung“

(1) In den Fällen möglicher und den Vertragsparteien zumutbarer anderweitiger Weiterbeschäftigung steht dem Arbeitgeber nur die Änderungs-, nicht die Beendigungskündigung zur Verfügung. Auf jegliche Einschränkungen, insbesondere im Hinblick auf irgendwelche Äußerungen des betroffenen Arbeitnehmers, ist zu verzichten. Sie bringen nichts, bringen speziell auch dem Arbeitgeber nichts, und führen lediglich zu Rechtsunsicherheit.

(2) Vorverhandlungen können, müssen aber nicht geführt werden; sie sind unter dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht gefordert. Sie bewirken insbesondere nicht, dass bei ihrem Scheitern gleich auf die Beendigungskündigung zurückgegriffen werden könnte.

b) Arbeitsgerichtliche Kontrolle der sozialen Rechtfertigung der Vertragsänderung

Mit der Regelung in § 2 KSchG will der Gesetzgeber sicherstellen, dass eine unter Einsatz einer Kündigung erzwungene Änderung der Arbeitsbedingungen auf ihre soziale Rechtfertigung auf Antrag des Arbeitnehmers arbeitsgerichtlich überprüft werden kann, ohne dass der Arbeitnehmer den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden muss. Er kann aufgrund der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Änderungskchutzklage den Rechtsstreit auf die Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen beschränken. Dieses Schutzes soll der Arbeitnehmer nicht verlustig gehen, wenn Verhandlungen über die Änderung der Arbeitsbedingungen vorgeschaltet werden. Das BAG lässt deshalb auch in dieser Phase eine Annahme des

Änderungsangebots unter dem Vorbehalt entsprechend dem Muster des § 2 Satz 1 KSchG zu, allerdings mit recht komplizierten Unterstellungen und Konsequenzen. Eine befriedigende Lösung lässt sich einfacher durch Anwendung der Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre erreichen.

2. Vorgaben aus der Rechtsgeschäftslehre

Würde man die Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers, wie vom BAG um Schluss der Entscheidung vom 21. 4. 2005 aufgegriffen, nach den Vorgaben der Rechtsgeschäftslehre bewerten, gelangt man unter Beachtung der vorgenannten kündigungsschutzrechtlichen Anforderungen in Fällen der Vorverhandlungen zu klaren Lösungen.

a) Erste Variante: Ablehnung des Änderungsangebots des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer

aa) Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers ab, kommt es nicht zur Änderungsvereinbarung, der Antrag des Arbeitgebers verliert seine Wirkung. Der Arbeitgeber muss, wenn er sein Änderungsbegehren weiterverfolgen möchte, auf die Änderungskündigung zurückgreifen.

bb) Eine Beendigungskündigung ist nach dem ultimo ratio Prinzip verwehrt. Dass der Arbeitnehmer die mit der Änderungskündigung wiederum präsentierte Änderung der Arbeitsbedingungen vorher bereits abgelehnt hat, steht dem nicht entgegen. § 2 Satz 1 KSchG sichert ihm, wie das BAG zu Recht hervorhebt, dass er das Änderungsbegehren des Arbeitgebers in dem Verfahren des § 2 KSchG überprüfen lassen kann. Der Arbeitgeber kann dem nicht durch ein Angebot im Rahmen von Vorverhandlungen ausweichen.

Etwas anderes dann anzunehmen, d.h. die Beendigungskündigung zuzulassen, wenn der Arbeitnehmer jegliche Änderung (unter welchen formalen Anforderungen auch immer) definitiv ablehnt, ist nicht geboten. Sie brächte für den Arbeitgeber auch keine wirkliche Erleichterung, da er sich jetzt mit dem definitiven Charakter der Ablehnungserklärung des Arbeitnehmers auseinandersetzen müsste, damit in eine erhebliche Rechtsunsicherheit begeben würde. Es liegt nahe, ihn angesichts dessen auf die Änderungskündigung zu verweisen. Damit kann er gut leben, wenn er nur die Rechtslage kennt.

b) Zweite Variante: Annahme des Angebots des Arbeitgebers unter Vorbehalt der gerichtlichen Nachprüfung der sozialen Rechtfertigung

Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot, wie vom BAG angeregt, nach dem Muster des § 2 Satz 1 KSchG unter dem Vorbehalt der gerichtlichen

Überprüfung der sozialen Rechtfertigung der Änderung an, liegt darin jedenfalls keine Annahme im rechtsgeschäftlichen Sinne mit der Wirkung, dass damit ein Änderungsvertrag zustande kommen würde. Zwei Lösungsvarianten kommen in Betracht:

aa) Das BAG lässt ein solches Vorgehen mit der Maßgabe zu, dass zunächst die geänderten Arbeitsbedingungen gelten sollen, der Arbeitgeber die Änderungskündigung aber noch zu erklären hat; in dem dann sich anschließenden Kündigungsschutzverfahren wird die vom Arbeitgeber begehrte Änderung auf die soziale Rechtfertigung hin überprüft. Dieser richterrechtlichen Lösung bedarf es nicht.

bb) Die einfachere Lösung auf der Grundlage der Rechtsgeschäftslehre geht dahin, die Annahme unter Vorbehalt nicht als eine zum Vertragsschluss führende Annahme, vielmehr als Ablehnung des Änderungsangebotes zu werten. Der Arbeitgeber muss dann, wenn er sein Änderungsbegehren durchsetzen will, zur Änderungskündigung greifen. Damit hat der Arbeitnehmer nun direkt die Möglichkeit, den Gerichtsschutz gemäß § 2 KSchG in Anspruch zu nehmen.

c) Dritte Variante: Annahme des Änderungsangebots ohne Vorbehalt

Wird das Änderungsangebot des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer ohne Vorbehalt angenommen, ist die Änderung wirksam vereinbart.

In diesem Zusammenhang stellt sich dann lediglich die Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Überlegungsfrist einräumen muss. Das BAG hatte dies zunächst bejaht und diese Frist mit einer Woche bemessen, dann aber (in vorstehender Entscheidung) zu Recht verneint. Der Arbeitnehmer kann das Änderungsbegehren ablehnen, um den Arbeitgeber damit in die Änderungskündigung und in das Kündigungsschutzverfahren nach § 2 KSchG zu zwingen. Wenn er davon absieht und die vorbehaltlose Annahme erklärt, ist er gebunden. Es ist natürlich abschbar, dass dagegen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Überrumpelung bzw. Drucksituation geltend gemacht werden. Die Problematik liegt parallel zu der bei Aufhebungsverträgen bestehenden, die mittlerweile durch die Rechtsprechung des BAG aber einer Lösung zugeführt ist. Der Arbeitnehmer darf zu dem Änderungsvertrag ebenso wie zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht mittels arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung bestimmt worden sein (§ 123 BGB); anderenfalls könnte der Änderungsvertrag angefochten werden. Dem Arbeitnehmer muss jedoch von Rechts wegen – ein kluges personalpolitisches Vorgehen wäre dies allerdings nicht – weder eine bestimmt bemessene

Überlegungsfrist noch ein Widerrufsrecht eingeräumt werden. Wie vom BAG zum Aufhebungsvertrag geltend gemacht wurde, ist auch zum Änderungsvertrag auf die Vertragsfreiheit der Parteien und ihre privatautonome Verantwortlichkeit zu verweisen. Gegenüber dem Änderungsvertrag bedarf der Arbeitnehmer keines stärkeren Schutzes als gegenüber einem Aufhebungsvertrag.

d) Vierte Variante: Schweigen des Arbeitnehmers auf ein Änderungsangebot

Auch in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer sich zu einem Änderungsangebot des Arbeitgebers nicht äußert, ist die Lösung bürgerlichrechtlichen Grundsätzen zu entnehmen.

aa) Das Schweigen des Arbeitnehmers kann nicht als Annahme gewertet werden. Der Arbeitgeber muss, wenn er den Arbeitnehmer zur Annahme des Änderungsangebotes bewegen will, die Änderungskündigung einsetzen. Eine bestimmte Überlegungsfrist muss dem Arbeitnehmer dabei nicht gewährt werden, da der Arbeitgeber – wie vom BAG bestätigt – den Arbeitnehmer gleich mit der Änderungskündigung hatte konfrontieren können.

bb) Möglich ist allerdings auch in diesem Zusammenhang eine stillschweigende Annahme des Änderungsangebots(-antrags) des Arbeitgebers. Diese setzt einen rechtsgeschäftlichen Annahmewillen des Arbeitnehmers und dessen irgendwie geartete konkludente Kundgabe voraus. Bezüglich letzterer kommt insbesondere die Fortsetzung der Arbeit zu den vom Arbeitgeber gewünschten geänderten Bedingungen in Betracht. Allerdings kann allein aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit unter den vom Arbeitgeber gewünschten geänderten Bedingungen fortsetzt, nicht schon eine konkludente Annahme abgeleitet werden. Eine solche Unterstellung ist schon vom bürgerlichen Recht her nicht zulässig, vielmehr kann ein bestimmtes Verhalten nur unter Berücksichtigung der für Willenserklärungen entwickelten Auslegungsgrundsätze auf seinen objektiven Erklärungsgehalt hin ausgelegt werden. In diesem Zusammenhang muss der Schutzzweck des § 2 KSchG beachtet werden. Der Arbeitnehmer hat gemäß § 2 KSchG die Möglichkeit, im Falle einer Änderungskündigung die Änderung der Arbeitsbedingungen gerichtlicher Überprüfung zuzuführen. Er hat bei einem Änderungsangebot ohne zugleich ausgesprochene Kündigung nach BAG-Rechtsprechung in Anlehnung an § 2 KSchG die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt ihrer Nachprüfung anzunehmen mit der Konsequenz, dass der Arbeitgeber dann die Änderungskündigung noch erklären muss, wenn er die Änderung durchsetzen will; die Annahme unter Vorbehalt bewirkt auch nach der richterrechtlichen Konstruktion des BAG nicht

die dauerhafte Änderung der Vertragsbedingungen. Dann kann aber auch das bloße Schweigen nicht schlechthin als vorbehaltlose Annahme der angeforderten Vertragsänderung gewertet werden. Im Hinblick darauf sollte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Rückäußerung abverlangen, andernfalls die Änderungskündigung aussprechen.

III. Fazit

Die Entscheidung vom 21. 4. 2005 bedeutet bereits eine partielle Rücknahme des im Jahre 1984 wenig überzeugend gebildeten Richterrechts; der 2. Senat des BAG hat sich recht deutlich von seiner früheren Rechtsprechung distanziert, wenn er zur Einräumung der einwöchigen Überlegungsfrist meint, dass für eine solche Rechtsfortbildung „kaum ein Bedürfnis erkennbar“ sei. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgabe aus § 2 KSchG und des richterrechtlich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip für das Kündigungsrecht entwickelten ultima ratio Grundsatzes lassen sich auf der Grundlage der Rechtsgeschäftslehre klare Lösungen gewinnen. Dabei sollte man es belassen. Alle Überlegungen, für irgendwelche Sondersituationen abweichende Bewertungen Platz greifen zu lassen, sollten fallengelassen werden. Sie bringen in Wirklichkeit nicht die vermeintliche Entlastung, sondern unnötige Komplizierung und Rechtsunsicherheit.

Prof. Dr. Herbert *Buchner*, Augsburg