

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 198

Die ordentliche Änderungskündigung des Arbeitgebers

Von

Franz X. Wallner



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZ X. WALLNER

Die ordentliche Änderungskündigung
des Arbeitgebers

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 198

Die ordentliche Änderungskündigung des Arbeitgebers

Von

Franz X. Wallner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wallner, Franz X.:

Die ordentliche Änderungskündigung

des Arbeitgebers / Franz X. Wallner. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 198)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10540-0

D 739

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10540-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

*Für meine Eltern
und für Ana*

Vorwort

Das Arbeitsverhältnis, das als Dauerschuldverhältnis Jahrzehnte währen kann, bedarf immer wieder der Anpassung an die wechselnden Anforderungen von Arbeitswelt und Wirtschaft. Ist der Arbeitnehmer mit den Änderungswünschen seines Arbeitgebers nicht einverstanden, und führen auch arbeitsvertragliche Leistungsbestimmungsrechte nicht zum Ziel, so bleibt dem Arbeitgeber nur noch die Änderungskündigung.

Die Änderungskündigung hat in den letzten Jahren verstärkt Beachtung erfahren. Die Arbeitgeber mußten dabei feststellen, daß dieses Änderungsinstrument nur bedingt einsetzbar ist. Erschwert wird seine Anwendung insbesondere dadurch, daß Rechtsprechung und Literatur ein klares und in sich geschlossenes dogmatisches Konzept bisher nicht vorgestellt haben. Diese Lücke versucht die vorliegende Arbeit zu schließen. Ihr Ziel ist es, eine Gesamtkonzeption zu entwickeln, die Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung sichtbar werden läßt.

Die Schrift wurde im Wintersemester 2000/2001 von der juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis März 2001 berücksichtigt werden.

Die Arbeit geht zurück auf eine Anregung meines geschätzten Lehrers, Prof. Dr. Wolfgang Hromadka, dem ich für die mir in jeder Hinsicht zuteil gewordene Förderung am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht herzlich danke. Herr Prof. Dr. Reiner Ascheid, Vorsitzender Richter am BAG a.D., war so freundlich, das Zweitgutachten zu fertigen. Am allermeisten danke ich meiner Ehefrau Ana. Sie war nicht nur eine strenge Leserin; ohne ihren Rückhalt hätte ich die Schrift weder beginnen noch fertigstellen können.

Stuttgart, im April 2001

Franz Xaver Wallner

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Die Ursprünge der Änderungskündigung	17
II. Die Entwicklung der Änderungskündigung seit ihrer Normierung	21
III. Fragestellung	22
B. Das System der Änderungskündigung	24
I. Überblick	25
1. Der „Zusammenhang“ von Kündigung und Änderungsangebot	25
2. Das Angebot auf Änderung der Arbeitsbedingungen	26
3. Die „Kündigung“	27
II. Der Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot	29
1. Zusammenhang aufgrund einer Bedingung	29
a) Auflösende Bedingung	30
b) Aufschiebende Bedingung	31
(1) Beginn der Kündigungsfrist	31
(2) Fehlende Erklärung des Arbeitnehmers	32
(3) Die Annahme durch den Arbeitnehmer	33
c) Auslegung	33
2. Zusammenhang ohne Bedingung	34
3. Die zeitliche Komponente	36
a) Die Lehre	37
b) Eigene Auffassung	39
(1) Angebot – Kündigung	40
(2) Kündigung – Angebot	41
(3) Nachschieben des Änderungsangebotes	43

4. Die Einheit der Änderungskündigung	43
a) Meinungsstand	44
b) Folgen für die Änderungskündigung	44
c) Eigene Wertung	45
d) Schriftformerfordernis der Änderungskündigung	47
5. Die Annahme unter Vorbehalt	49
a) Die Rechtsnatur des Vorbehalts	50
(1) Vorbehalt als Bedingung	50
(2) Vorbehalt: Erlaubnis zur Teilkündigung?	51
(3) Vorbehalt: Rechtsfigur eigener Art	53
b) Wirkung der Annahme auf die Arbeitsbedingungen	53
c) Wirkung der Annahme auf die Kündigung	54
d) Der „doppelte Vorbehalt“	55
(1) Die Lösung des BAG über den „doppelten Vorbehalt“	55
(2) Kritische Würdigung	56
(3) Eigene Lösung	57
III. Kündigung	58
1. Ausspruch der Kündigung	58
2. Ultima ratio der Kündigung	60
a) Problemstellung	61
b) Die Erforderlichkeit des Mittels „Änderungskündigung“ in der Rechtsprechung	62
c) Anwendbarkeit der ultima ratio auf die Änderungskündigung	63
(1) Ultima ratio sowohl der Änderung wie auch der Kündigung	64
(2) Getrennte Prüfung	64
d) Das Leistungsbestimmungsrecht als milderes Änderungsinstrument	65
(1) Der Umfang des allgemeinen Direktionsrechts	66
(2) Der Umfang des erweiterten Leistungsbestimmungsrechts	68
(a) Tarifliche Leistungsbestimmungsrechte	70
(b) Arbeitsvertragliche Leistungsbestimmungsrechte	71
(c) Inhaltskontrolle von Leistungsbestimmungsrechten	72

Inhaltsverzeichnis	11
(d) Folgerungen für das Leistungsbestimmungsrecht	74
(e) Das Argument von der Umgehung des Kündigungsschutzes	77
e) Wegfall der Erforderlichkeit bei Annahme des Angebots?	78
(1) Kritische Würdigung	79
(2) Folgerungen für die Praxis	81
f) Ergebnis	82
3. Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Änderungskündigung	82
a) Notwendigkeit einer Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG	83
(1) Anwendbarkeit des § 102 BetrVG auf die Änderungskündigung	84
(2) Fehlerhafte Anhörung und Änderungsschutzverfahren	86
b) Umfang der Anhörung	88
(1) Nachschieben von Änderungsgründen	90
(2) Mitteilungspflichten des Arbeitgebers	92
(a) Mitteilung der Kündigungsart	92
α) Änderungs- oder Beendigungskündigung	93
β) Außerordentliche oder ordentliche Änderungskündigung ...	94
(b) Mitteilung der Kündigungsfrist	95
(c) Mitteilung der Änderungsgründe	96
(d) Mitteilung des Änderungsangebots	99
c) Ergebnis	100
4. Der besondere Kündigungsschutz für Mitglieder von Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsorganen	100
a) Inhalt der Regelung des § 15 KSchG	102
b) Anwendbarkeit auf die Einzeländerungskündigung	103
(1) Arbeitsbedingungen des Betriebsratsmitglieds	104
(2) Zusammensetzung des Kollektivorgans	104
(3) Schutz vor Repression	105
c) Anwendung auf die Massenänderungskündigung	106
(1) Der Lösungsweg über die außerordentliche Änderungskündigung ..	107
(a) Fehlen eines Kündigungsgrundes	108
(b) Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung	109
(c) Sonderform der außerordentlichen Änderungskündigung?	110

(2) Ausdehnung des § 15 KSchG auf die Massenänderungskündigung?	110
(a) Zusammensetzung des Kollektivorgans und Arbeitsbedingungen des Betriebsratsmitglieds	111
(b) Kollektive Maßnahme	111
IV. Das Angebot auf Änderung der Arbeitsbedingungen	113
1. Inhalt und Begriff der „Änderung der Arbeitsbedingungen“	114
a) Arbeitsbedingung	114
b) Änderung	114
c) Wirksamkeitsvoraussetzungen des Angebots	115
d) Folgen bei Mängeln des Angebots	115
(1) Fehlendes Angebot	116
(2) Unvollständiges, unbestimmtes oder widersprüchliches Angebot ...	117
2. Änderungskündigung auch bei befristeter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses?	119
a) Die Begründung des BAG	120
b) Folgen der Anwendung des § 2 KSchG	121
c) Eigene Würdigung	123
(1) Wortlaut	123
(2) Zulässigkeit der Befristung – Vorfrage der sozialen Rechtfertigung	124
(3) Ist die Anwendung des § 2 KSchG erforderlich?	125
(4) Wege zur Einschränkung des § 2 KSchG	127
3. Rechtswidriges Angebot	128
a) Gesetz- oder tarifwidriges Angebot	129
b) Verstoß gegen die betriebliche Mitbestimmung	131
(1) Maßnahmen nach § 99 BetrVG	131
(2) Maßnahmen nach § 87 BetrVG	133
4. Ergebnis	134
C. Die soziale Rechtfertigung	135
I. Einleitung	135
II. Die Prüfung der sozialen Rechtfertigung durch das BAG	136
III. Die Prüfung der sozialen Rechtfertigung durch die Literatur	140
1. Die herrschende Lehre: zweistufige Prüfung der Änderung der Arbeitsbedingungen	140

Inhaltsverzeichnis	13
2. Die Gegenauffassung: Maßgeblichkeit des Kündigungselements	143
3. Vermittelnde Ansichten	145
a) Die Prüfung der Änderungskündigung durch <i>Precklein</i>	145
b) Die Prüfung der Änderungskündigung durch <i>Hromadka</i>	148
IV. Soziale Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen: Ansätze für einen Prüfungsmaßstab	149
1. Verweis auf § 1 KSchG	150
2. Inhalt des § 2 KSchG	151
a) Soziale Rechtfertigung ohne Bezug zur Änderung	152
b) Vertragsinhaltsschutz	155
(1) Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes	158
(2) Schutz vor einer Änderung des Vertragsinhalts?	158
(a) Vertragstreue im Dauerschuldverhältnis	159
(b) Inhaltsschutz durch Bestandsschutz	160
c) § 2 KSchG als Befugnisnorm zur Auflösung des Inhaltsschutzes	161
d) Die „Änderung der Arbeitsbedingungen“	162
3. Vertragskontrolle: Inhalts- oder Billigkeitskontrolle?	165
a) Inhaltskontrolle	166
b) Billigkeitskontrolle	168
c) Abgrenzung der Inhaltskontrolle von der Vertragskontrolle nach § 2 KSchG	168
d) Abgrenzung der Billigkeitskontrolle von der Vertragskontrolle nach § 2 KSchG	170
e) Ergebnis	171
V. Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung	172
1. Maßgeblichkeit einzelfallunabhängiger Änderungsgründe?	172
a) Das betriebliche Erfordernis „an sich“	174
b) Der Änderungsgrund „an sich“ bei der personen- und verhaltensbedingten Änderungskündigung	175
c) Abhängigkeit von Änderungsziel und Änderungsgrund	176
(1) Abgestufter Maßstab	177
(2) Unterschiede zwischen arbeitnehmer- und betriebsbedingten Gründen	179
2. Störung	181

3. Erforderlichkeit der Änderung	183
a) Erforderlichkeit	183
b) Eignung	184
c) Untergrenze	186
d) Störungs- und Änderungsumfang sind identisch	186
4. Zumutbarkeit der Änderung?	188
a) Zumutbarkeit als Produkt der Interessenabwägung	189
b) Gesetzliche Anknüpfung der „Unzumutbarkeit“	190
c) Die Unzumutbarkeit in der Änderungskündigung	192
5. Prüfungsaufbau	195
 VI. Die verhaltensbedingte Änderungskündigung	196
1. „Anleihen“ bei der verhaltensbedingten Beendigungskündigung	196
2. Verhalten als Anknüpfungspunkt einer Vertragsänderung	199
a) Einführung	199
b) Verhalten	199
c) Nachweisbarkeit des Vertragsverstoßes?	202
3. Abhängigkeit von Änderungsangebot und Änderungsgrund	203
a) Eignung	206
(1) Tätigkeit	206
(2) Entgelt	208
b) Erforderlichkeit	210
(1) Erforderliches Mittel zur Störungsbeseitigung	210
(2) Der Umfang der Störung als Voraussetzung des Änderungsumfangs	211
c) Untergrenze	212
4. Interessenabwägung	213
 VII. Die personenbedingte Änderungskündigung	213
1. Der Grund in der Person des Arbeitnehmers	214
a) Eignung und Befähigung	215
b) Altersbedingte Leistungsminderung	216
c) Berufsbedingte Leistungsminderung	218
d) Isolierte Änderung des Entgelts	218
e) Notwendigkeit einer negativen Prognose?	219

Inhaltsverzeichnis	15
2. Das Ausmaß des personenbedingten Grundes	221
3. Interessenabwägung	223
VIII. Die Änderungskündigung aufgrund dringenden betrieblichen Erfordernisses ..	223
1. Betriebliches Erfordernis	224
a) Der arbeitsrechtliche Betriebsbegriff	224
b) Umsetzung der Betriebsorganisation	226
c) Die „unternehmerische Entscheidung“	228
d) Fehlender Bezug zur Arbeitsorganisation	230
(1) Der „Betriebsfriede“	230
(2) Änderungskündigung unter Verletzung des § 87 BetrVG	231
(3) Befristung eines ursprünglich unbefristeten Arbeitsverhältnisses ..	232
e) Der „Wegfall“ des Bedürfnisses der Weiterbeschäftigung	233
2. Änderung des Arbeitsentgelts	234
a) Betriebliches Erfordernis zur isolierten Kürzung des Entgelts?	235
b) Dringende betriebliche Erfordernisse zur isolierten Entgeltänderung außerhalb des § 2 KSchG?	237
c) Rechtsgrundlagen zur isolierten Entgeltänderung	239
(1) Änderung der Geschäftsgrundlage	240
(a) Voraussetzungen der Änderung der Geschäftsgrundlage	240
(b) Geschäftsgrundlage	242
(c) Festhalten am Vertrag unzumutbar?	243
(2) Ultima ratio zur Beendigungskündigung	244
(3) Anwendbarkeit der Änderungskündigung zur isolierten Entgeltredu- zierung	248
d) Korrektur fehlerhafter Eingruppierungen	249
(1) Der Meinungsstand	249
(2) Verbindlichkeit der Eingruppierung	251
(3) Änderbarkeit und Änderungsinstrument	254
3. Erforderlichkeit	256
a) Geeignetes und erforderliches Mittel der Störungsbeseitigung	256
b) „Dringliches Erfordernis“: Unmittelbarkeit der Störungsbeseitigung ..	257
c) Darlegungslast des Arbeitgebers und Freiheit der unternehmerischen Entscheidung	258

4. Die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Änderungskündigung	258
a) Bedeutung und systematische Einordnung	259
b) Der Kreis der einzubeziehenden Arbeitnehmer	261
c) Die einzubeziehenden sozialen Umstände	265
(1) Die „Interimsperiode“ bis zur Bundestagswahl 1998	266
(2) Berücksichtigung des Änderungsangebots in der Sozialauswahl	267
(3) Ergebnis	267
D. Zusammenfassung und Ergebnisse	268
Literaturverzeichnis	273
Sachwortverzeichnis	284

A. Einleitung

Die arbeitgeberseitige Änderungskündigung, in § 2 des Kündigungsschutzgesetzes definiert als Kündigung, in deren Zusammenhang der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet, führt auch noch nach über 30 Jahren seit ihrer gesetzlichen Regelung im Verhältnis zur Beendigungskündigung ein Schattendasein. Das zeigt nicht zuletzt die – im Vergleich zur Beendigungskündigung – geringe Anzahl von Entscheidungen zur Änderungskündigung, die das Bundesarbeitsgericht seit seinem Bestehen veröffentlicht hat. Obwohl die Änderungskündigung gerne als Mittel zur Änderung der Arbeitsbedingungen empfohlen wird,¹ greift die Praxis nur ungern zu diesem Instrument.² Die gesetzliche Konstruktion der Änderungskündigung aus Kündigung und Angebot macht ihre Anwendung nicht einfach, und die Anbindung dieses Änderungsinstruments an die zum Teil immer noch umstrittenen und nicht leicht erfüllbaren materiellen Kriterien des Kündigungsschutzgesetzes trägt ebenso wenig zu ihrer Attraktivität bei. Hinzu kommt, daß nach wie vor ungeklärt ist, was die Änderungskündigung leisten kann und was nicht. Gerade im Bereich der Entgeltsenkung erhoffen sich deshalb manche von ihr mehr, als sie vermag, um sich nach dem Scheitern einer solchen Änderungskündigung in dem negativen Urteil bestärkt zu sehen.

I. Die Ursprünge der Änderungskündigung

Die Änderungskündigung ist eine Folge des allgemeinen Kündigungsschutzes; wären Arbeitsverhältnisse frei kündbar, bestünde für einen Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Änderungskündigungen keine Notwendigkeit. Deshalb war die Änderungskündigung lange vor ihrer Normierung durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. 8. 1969³ als Instrument für die Änderung von vereinbarten Bedingungen im Arbeitsverhältnis anerkannt. Das Reichsarbeitsgericht mußte sich erstmals 1928 mit der Frage befassen, ob die damaligen Kündigungsschutzbestimmungen der §§ 84 ff. des Betriebsrätegesetzes von 1920 (BRG) auch auf eine Kündigung Anwendung finden, die nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses,

¹ Z. B. *Kania*, DB 1995, S. 625 (629).

² Vgl. insoweit nur die provokative „Empfehlung“ von *Preis*, NZA 1995, S. 241 (249).

³ BGBI. I S. 1106

sondern seine inhaltliche Änderung herbeiführt. Das Gericht hat die Frage bejaht: Es könne keinen Unterschied machen, ob eine Kündigung das Ziel der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfolge oder ob sie zur Änderung der Vertragsbedingungen ausgesprochen werde. Gehe der Arbeitnehmer auf die vorgeschlagene Änderung nicht ein, so habe die Kündigung die gleiche Wirkung wie eine von vornherein zur Beendigung des Vertragsverhältnisses ausgesprochene Kündigung.⁴

Das Kündigungsschutzgesetz von 1951 hat den Kündigungsschutz gegen Beendigungskündigungen, den die §§ 84 ff. BRG nur für Betriebsräte vorgesehen hatten, auf alle Beschäftigten – vorbehaltlich der §§ 23, 1 Abs. 1 KSchG – ausgedehnt. Eine ausdrückliche Regelung zur Änderungskündigung enthielt es damals jedoch noch nicht. Änderungskündigungen wurden daher vom BAG nach dem gleichen Maßstab beurteilt, den schon das Reichsgericht zugrunde gelegt hatte: Die Änderungskündigung mußte ebenso wie die Beendigungskündigung sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG sein; der Arbeitgeber hatte darzulegen, daß einer der Gründe vorlag, die nach dem Kündigungsschutzgesetz zur Kündigung berechtigten.⁵ Schon wenig später aber modifizierte das BAG seine Anforderungen an eine Änderungskündigung. Zwar stelle die Rechtsordnung als Korrekturmittel lediglich die Kündigung zur Verfügung; deshalb müßten die Gründe so dringlich sein, daß das Arbeitsverhältnis gefährdet sei und unter Umständen auch beendet werden könne. Da aber der Kündigungsschutz keine Verfestigung der konkreten Bedingungen unter Ausschluß jeder Korrekturmöglichkeit bezwecke, seien die Gründe für die Änderungskündigung durch eine Abwägung des Änderungsinteresses mit dem Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung seiner Arbeitsbedingungen zu bestimmen.⁶ Das BAG erteilte damit der Meinung, die das Änderungsangebot nicht berücksichtigen und die Änderungskündigung als reine Beendigungskündigung behandeln wollte,⁷ eine Absage. In einer weiteren Entscheidung präzisierte das BAG die von ihm geforderte Abwägung mit der Feststellung, daß die Änderungsgründe den Einsatz der Kündigung rechtfertigen müßten; daneben sei aber auch zu berücksichtigen, daß es der Arbeitnehmer auf eine Kündigung habe ankommen lassen.⁸ Damit entstand ein Spannungsverhältnis zwischen dem anzuwendenden Maßstab und der Rechtsfolge, denn einerseits war Streitgegenstand immer noch die Beendigungskündigung, andererseits mußte die Berücksichtigung des Änderungsangebots eine Veränderung des Maßstabes bewirken. A. Hueck schlug zur Lösung vor, auf den Gesichtspunkt der Gefährdung des Arbeitsplatzes zu verzichten.⁹ Wenn unter Berücksichtigung der beiderseitigen In-

⁴ Urt. v. 19. 5. 1928, ARS 3, 24 (26). Die Literatur hat sich dem angeschlossen, vgl. nur *Flatow/Kahn-Freund*, BRG, § 84 Anm. III e; *Nikisch*, ArbR 1926, S. 683.

⁵ BAG, Urt. v. 24. 5. 1960, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Änderungskündigung; vorher schon BAG, Urt. v. 15. 2. 1957, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG.

⁶ BAG, Urt. v. 12. 1. 1961, AP Nr. 10 zu § 620 BGB Änderungskündigung.

⁷ Vgl. *Frey*, AuR 1958, S. 101; dagegen *Galperin*, DB 1958, S. 799 (800, 840).

⁸ BAG, Urt. v. 25. 4. 1963, AP Nr. 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung.

⁹ A. Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 10 zu § 620 BGB Änderungskündigung.

teressen Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG für eine Änderung der Arbeitsbedingungen gegeben seien, müsse die Änderung durchgeführt werden. Die Änderungskündigung sei schließlich das einzige geeignete und notwendige Mittel, wenn der Arbeitnehmer der Änderung nicht zustimme.¹⁰

Damit hatte die Diskussion um den richtigen Prüfungsmaßstab zur Änderungskündigung begonnen. Daneben war noch ein weiteres Problem deutlich geworden: Eine Änderungskündigung, die vor der Novelle des Kündigungsschutzgesetzes 1969 ausgesprochen wurde, konnte nur dann von den Arbeitsgerichten überprüft werden, wenn der Arbeitnehmer die ihm angesessene Änderung nicht akzeptierte. Nahm er das Angebot an, so war der Änderungsvertrag geschlossen und die Kündigung hinfällig; damit war aber auch die Möglichkeit versperrt, das Gericht anzurufen. Lehnte er ab, so verlor das Angebot gemäß § 146 BGB seine rechtliche Wirkung, während die Kündigung ihre Beendigungswirkung entfaltete; sie allein war daher auf soziale Rechtfertigung zu untersuchen. War die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, hatte der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verloren. Der Umstand, daß dieses Ergebnis weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber wollten, konnte bei der bestehenden Gesetzeslage keine Berücksichtigung finden. Nur wenn der Arbeitgeber mithalf, konnte die angetragene Änderung Prozeßgegenstand sein. Dazu mußte der Arbeitgeber sein Angebot bis zur richterlichen Entscheidung über die Änderungskündigung aufrechterhalten; der Arbeitnehmer konnte dann die Annahme von der richterlichen Entscheidung abhängig machen. Das war notfalls auch stillschweigend möglich, wie eine Entscheidung des BAG vom 12. 1. 1961 zeigt: Der Arbeitgeber beschäftigte den Arbeitnehmer zu den neuen Arbeitsbedingungen weiter. Der Arbeitnehmer leistete dem zwar stillschweigend Folge, erhob aber Kündigungsschutzklage.¹¹ Für das BAG stand damit fest, daß der Arbeitgeber an seinem Angebot festhalten wollte, der Arbeitnehmer das Angebot aber nur vorbehaltlich einer gerichtlichen Prüfung akzeptierte.

Da der erforderliche Konsens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelmäßig die Ausnahme war, konnte das kein zufriedenstellender Ausweg sein. In der Literatur häuften sich deshalb Stimmen, die dem Arbeitnehmer die gerichtliche Klärung ermöglichen, ihn aber zugleich vor dem Verlust des Arbeitsplatzes schützen wollten. Dazu sollte ihm das Recht eingeräumt werden, auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers die Annahme des Änderungsangebots von der gerichtlichen Entscheidung abhängig zu machen. A. Hueck glaubte dies auf der Grundlage des damals geltenden Rechts erreichen zu können, indem er den Arbeitgeber aus Treu und Glauben für verpflichtet hielt, dem Angebot des Arbeitnehmers, nur vorläufig zu den neuen Bedingungen zu arbeiten, zuzustimmen.¹² Ob der Grundsatz von Treu und Glauben aber so weit reicht, § 146 BGB für die Änderungskündigung generell auszuschalten, ist zu bezweifeln.

¹⁰ A. Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung.

¹¹ BAG, Urt. v. 12. 1. 1961, AP Nr. 10 zu § 620 BGB Änderungskündigung.

¹² A. Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung.