

Der Änderungsvertrag – das vergessene Problem

von Wolfgang Däubler

I. Einleitung

Der Arbeitsvertrag ist - wie die Ökonomen sagen - ein „unvollständiger Vertrag“. Er kann nicht alle denkbaren Konstellationen vorprogrammieren, die sich bei seiner Durchführung im Laufe der Monate und Jahre ergeben können. Die Praxis kennt deshalb Änderungsvorbehalte zugunsten des Arbeitgebers, deren Zulässigkeitsgrenzen die Rechtsprechung vor kurzem präzisiert hat.¹ Ein vertrautes Rechtsinstitut stellt die Änderungskündigung durch den Arbeitgeber dar, die nach § 2 KSchG in ähnlicher Weise wie die Beendigungskündigung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt und deren Zulässigkeit sich nach richterrechtlichen Grundsätzen bestimmt, die nicht immer ganz einfach zu ermitteln und nachzuvollziehen sind.²

Angesichts dieser Umstände liegt es in vielen Fällen auch aus Arbeitgebersicht nahe, den Konsens mit dem Arbeitnehmer zu suchen und notwendige Anpassungen im Wege eines Änderungsvertrags zu bewerkstelligen. Die Zahl der Vertragsänderungen sei „Legion“, heißt es in der Literatur³, was durchaus plausibel erscheint. Jede einvernehmliche Versetzung auf einen jenseits des vertraglich fixierten liegenden Arbeitsplatz, der besser oder schlechter sein kann, stellt eine Vertragsänderung dar. Auch Zielvereinbarungen lassen sich nur so etablieren. In der Rechtsprechung finden sich weitere Beispiele, etwa die Änderung von Provisionsrichtlinien⁴, die Gewährung oder Abschaffung eines Personalrabatts⁵ sowie die arbeitsvertragliche Verlängerung der

¹ BAG NZA 2005, 465 (Vergütung); BAG NZA 2006, 423 (Arbeitszeit)

² S. zuletzt BAG NZA 2005, 1289, 1294; Überblick bei KR-Rost, 7. Aufl., München/Unterschleißheim 2004, § 2 KSchG Rn. 78 ff.

³ So Hromadka RdA 1992, 234, 246

⁴ BAG NZA 1986, 474 = AP Nr. 13 zu § 65 HGB

⁵ BAG NZA 1995, 1194

Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich.⁶ Auch der Übergang zur Altersteilzeit stellt unbestritten eine Vertragsänderung dar.

Die Literatur hat diesem Phänomen bisher nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet⁷, was damit zusammenhängen mag, dass eine Abmachung im Konsens ungleich weniger Probleme aufzuwerfen scheint als einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers. Stellt das Arbeitsverhältnis - wie der Jubilar immer wieder nachhaltig betont hat - eine Erscheinungsform der Privatautonomie dar⁸, so geht es beim Änderungsvertrag ersichtlich nur um deren erneute Manifestation. Dass sich Verträge nachträglich ändern lassen, ist im Grundsatz selbstverständlich und wird heute ausdrücklich in § 311 Abs. 1 BGB bestätigt.

Die Verhandlungsposition von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist auch beim Änderungsvertrag keine paritätische; dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer keinen Sonderkündigungsschutz besitzt. Die Abhängigkeit mag in vielen Fällen geringer als die des Bewerbers sein, weil der Arbeitgeber möglicherweise ungern eine Arbeitskraft verlieren würde, die mit den betrieblichen Abläufen gut vertraut ist. Gleichwohl sitzt er am längeren Hebel, weil bei potentieller Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Nachteile für den Arbeitnehmer im Regelfall ungleich größer als die von ihm in Kauf zu nehmenden sind. Auch hier stellt sich deshalb die Frage, inwieweit das Selbstbestimmungsrecht der schwächeren Seite gesichert oder sein Fehlen durch Schaffung nicht unterschreitbarer Standards kompensiert werden kann. So hatte etwa das Arbeitsgericht Bremen⁹ über den Fall eines Poliers auf dem Bau zu entscheiden, der während der Weihnachtsferien einen

⁶ BAG NZA 2002, 1389

⁷ So auch die Einschätzung bei Wank RdA 2005, 271

⁸ S. etwa Richardi ZfA 1988, 221 ff.

⁹ AiB 1996, 501

Telefonanruf seines Arbeitgebers erhielt: Wenn er bei Wiederaufnahme der Arbeit nicht zu einer anderen Tätigkeit bereit sei, bei der die Vergütung um 600,00 DM niedriger liege, müsse er sich leider eine andere Firma suchen. Das Gespräch dauerte knapp fünf Minuten, der Vorschlag des Arbeitgebers wurde akzeptiert. Das ArbG Bremen meinte in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG¹⁰, es liege eine den Arbeitnehmer ungewöhnlich belastende Abrede vor, die in einer Situation der strukturellen Unterlegenheit zustande gekommen sei. Der Abmachung wurde deshalb die rechtliche Anerkennung versagt.

Im Folgenden soll zunächst das Zustandekommen von Änderungsverträgen behandelt werden. Dabei wirft weniger die ausdrückliche Vereinbarung als der Fall Probleme auf, dass die einzelnen Arbeitnehmer auf ein Arbeitgeberangebot nicht reagieren, aber gleichwohl ihre Tätigkeit fortsetzen (unten II). Besonderheiten ergeben sich, wenn der Inhalt des Arbeitsvertrags durch eine Betriebsübung „angereichert“ wird. Wann wird sie Inhalt des Arbeitsvertrags, wie wirkt sich ihre Änderung oder Abschaffung aus? (unten III). Häufig hatte sich die Rechtsprechung mit Schriftformklauseln zu befassen, die im ursprünglichen Arbeitsvertrag enthalten waren. Schließen sie mündliche, konkludente oder stillschweigende Änderungen aus, verhindern sie die Entstehung einer Betriebsübung? (unten IV). Bei der Inhaltskontrolle stellt sich nicht anders als beim Neuabschluss die Frage nach der Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB; daneben steht bei den „Hauptkonditionen“ Dauer der Arbeitszeit und Entgelt die Überprüfung an den Maßstäben der §§ 134 und 138 BGB sowie der Bürgschafts-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ (dazu unten V). Schließlich ist noch ein wenig darüber nachzudenken, welchen Einfluss es auf die Wirksamkeit eines Änderungsvertrags haben könnte, wenn er

¹⁰ BVerfGE 89, 214, 232

¹¹ S. oben Fn 10

unter Androhung einer Änderungskündigung oder nach deren Ausspruch zustande kam (unten VI).

Im Einzelfall können Vertragsänderungen die Voraussetzungen eines Mitbestimmungstatbestands erfüllen. Bei der Arbeitszeit kommt § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3, bei der Vergütung § 87 Abs.1 Nr. 10 und 11 BetrVG in Betracht. In vielen Fällen wird auch eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG vorliegen, die dem Betriebsrat unter den Voraussetzungen des § 99 Abs.2 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht gibt. Schließlich kann sich hinter massenhaft abgeschlossenen Änderungsverträgen auch eine Betriebsänderung nach § 111 Satz 1 BetrVG verbergen. Dies sei hier nur aus Gründen der Vollständigkeit vermerkt; im Folgenden soll es allein um Fragen des Arbeitsvertragsrechts gehen.

II. Zustandekommen des Änderungsvertrags

1. Ausdrückliche Vereinbarung

Ein Änderungsvertrag ist grundsätzlich nicht formbedürftig, kann also auch mündlich, konkludent oder (unter bestimmten Voraussetzungen) stillschweigend geschlossen werden. § 623 BGB findet keine Anwendung.¹² Dies wird aus dem Wortsinn deutlich, da die „Änderung“ keine „Auflösung“ ist. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann sie dieser allerdings gleichkommen. Wird etwa ein nach Anforderungen und Bezahlung völlig andersartiges Arbeitsverhältnis vereinbart, z. B. der Ingenieur als Bote eingesetzt, ist § 623 BGB entsprechend anzuwenden.¹³

¹² Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 623 BGB Rn. 40; ErfK-Müller-Glöge, 6. Aufl., München 2006, § 623 Rn. 13

¹³ Ebenso wohl Preis/Gotthardt NZA 2000, 354

Betrifft die Vertragsänderung nachweispflichtige Gegenstände wie Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts oder die Arbeitszeit, so ist nach § 3 NachwG innerhalb eines Monats dem Arbeitnehmer eine schriftliche Bestätigung zu erteilen, wenn nicht schon die Änderung selbst schriftlich erfolgte.

Geht es um eine Beförderung, kann der Arbeitgeber ein gesteigertes Informationsbedürfnis besitzen, so dass sich ähnliche Probleme wie beim Fragerecht gegenüber Bewerbern ergeben.¹⁴ Auch hier kommt es darauf an, ob dem Arbeitgeber ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse“ zur Seite steht.¹⁵ Dieses ist gegenüber dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers abzuwägen. Auch bei ärztlicher und psychologischer Begutachtung¹⁶ ist dieser Rahmen zu beachten. Häufig wird allerdings der Fall auftreten, dass zahlreiche Informationen bereits verfügbar sind, so dass eine erneute Datenerhebung oder Überprüfung mangels Erforderlichkeit ausscheiden muss.

Auch Änderungsverträge unterliegen den AGB-rechtlichen Grundsätzen der §§ 305 - 310 BGB. Für Standardverträge, die mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern abgeschlossen werden, ist dies unmittelbar einsichtig; es kann keinen Unterschied zu machen, ob eine Klausel schon im ursprünglichen Text stand oder erst später hinzugefügt wurde.¹⁷ Dasselbe gilt im Regelfall aber auch für andere Arbeitsverträge. Nachdem das BAG im Anschluss an die herrschende Meinung in der Literatur¹⁸ den Arbeitnehmer als Verbraucher qualifiziert hat¹⁹, ist § 310

¹⁴ Dazu Richardi/Thüsing, BetrVG, 10. Aufl., München 2006, § 94 Rn. 11 ff.

¹⁵ So BAG NZA 1986, 739 bei der Einstellung; ständige Rechtsprechung

¹⁶ Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2002, Rn. 226 ff.

¹⁷ Für Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Änderungsverträge u. a. Däubler/Dorndorf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentierung zu den §§ 305 - 310 BGB, München 2004 Einl. Rn. 27; Reinecke DB 2002, 583, 586; wohl auch Schlodder, Der Arbeitsvertrag im neuen Schuldrecht, Heidelberg 2004, S. 197 Fn 998

¹⁸ Nachweise bei Däubler/Dorndorf, a. a. O., Einl. Rn. 60 ff.

¹⁹ BAG NZA 2005, 1111

Abs. 3 BGB anwendbar. Danach ist es nicht erforderlich, dass die Vertragsbedingungen zum mehrmaligen Gebrauch bestimmt sind; auch wird vermutet, dass sie vom Unternehmer „gestellt“ wurden. Nur ausgehandelte Einzelverträge und die mit einem Nicht-Unternehmer (z. B. im Haushalt) ohne Rückgriff auf Formulare geschlossenen Abmachungen bleiben deshalb ausgeklammert.²⁰ Dies bedeutet, dass ein intransparentes Änderungsangebot auch durch das Jawort des Arbeitnehmers zumindest dann nicht Vertragsinhalt wird, wenn es im Ergebnis die Rechtsstellung des Arbeitnehmers verschlechtert.²¹ Sind einzelne Klauseln inhaltlich ungewöhnlich oder z. B. unter unzutreffender Überschrift im Text „versteckt“, werden sie als „überraschende“ Regelungen nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsinhalt. Die dadurch geschaffene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, wird in aller Regel nicht erforderlich sein, da es bei dem bisherigen Vertragsinhalt bleiben kann.

2. Konkludente Annahme nach zugegangenem Änderungsangebot?

Sehr viel mehr Praxisprobleme ergeben sich dann, wenn keine schriftliche oder mündliche Einigung belegbar ist. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Arbeitnehmer auf einen Arbeitsplatz versetzt wird, wo er andere als die vereinbarten Tätigkeiten erbringen muss, oder dass der Arbeitgeber in einem Rundschreiben erklärt, eine bisher gewährte Gratifikation ab sofort reduzieren oder einstellen zu wollen.

In Situationen dieser Art kann es zunächst zweifelhaft sein, ob überhaupt ein Angebot zur Vertragsänderung vorliegt. Geht

²⁰ Richtig Hunold NZA-RR 2006, 114: Die Inhaltskontrolle ist auf fast alle „normalen“ Arbeitsverträge ausgedehnt.

²¹ So bereits BAG NZA 1986, 474 = AP Nr. 13 zu § 65 HGB: Umfangreiche Bedingungen, bei denen man in mühevoller Kleinarbeit die Änderungen erst herausdestillieren muss, sind kein wirksames Angebot. Ähnlich Hromadka RdA 1992, 246

etwa der Arbeitgeber davon aus, dass sich eine Versetzung im Rahmen seines Direktionsrechts bewegt, so dürfte eine Umdeutung in ein Änderungsangebot in aller Regel ausscheiden, da er die damit verknüpfte Bindung an die neue Einsatzform im Zweifel nicht will.²² Bei Leistungsversprechen wird demgegenüber stärker darauf abgestellt, wie der Arbeitnehmer als Adressat die Erklärung auffassen konnte; wird etwa über die Einräumung eines Personalrabatts „informiert“, nimmt dies die Rechtsprechung nicht wörtlich, sondern fasst es als rechtsgeschäftliches Angebot auf.²³ Entsprechend würde wohl verfahren, wenn der Arbeitgeber der Auffassung ist ein vorbehaltenes Widerrufsrecht auszuüben, obwohl er in Wirklichkeit dessen Grenzen überschreitet.

Liegt ein wirksames Angebot vor, so muss man unterscheiden.

a. Begünstigung des Arbeitnehmers

Wird der Arbeitnehmer durch die angebotenen neuen Vertragsbedingungen besser gestellt, kann man in der widerspruchslosen Weiterarbeit eine konkludente Annahme erblicken. Wer eine über das Vereinbarte hinausgehende Zulage erhält oder wer für dieselbe Vergütung weniger lang arbeiten muss, wird dies nach der Lebenserfahrung gerne akzeptieren; ob er dies auch wirklich mit leuchtenden Augen getan hat, wird in der Rechtsprechung vernünftigerweise nicht geprüft - ähnlich wie im Fall des § 516 Abs. 2 BGB, der bei unentgeltlichen Zuwendungen für das Vorliegen einer Schenkungsabrede genügen lässt, dass der Empfänger innerhalb der vom Schenker bestimmten Frist nicht widerspricht.²⁴

²² Ebenso im Ergebnis ArbG Berlin 09.11.2005 7 Ca 10394/05, EzA-SD 2006 Nr. 3 S. 7 und juris

²³ BAG NZA 1995, 1194

²⁴ Für Heranziehung dieses Rechtsgedankens auch Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Bd. 1 Individualarbeitsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2002, Rn. 174a

Bei der Bestimmung der Günstigkeit kommt es primär auf die Vorstellungen des Arbeitnehmers an; anders als im Rahmen des § 4 Abs. 3 TVG geht es nicht um die Einhaltung eines für alle gleichen Mindestniveaus. Wer etwa auf eigenen Wunsch eine weniger anstrengende, aber auch geringer bezahlte Arbeit erhält, stellt sich „günstiger“, und schlechter stellt sich derjenige, der die mit einer höheren und besser dotierten Position verbundenen Überstunden erklärtermaßen nicht übernehmen will.²⁵

b. Benachteiligung des Arbeitnehmers

Stellt sich der Beschäftigte objektiv wie auch nach seinen eigenen Präferenzen schlechter als bisher, so kann der Arbeitgeber nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Weiterarbeit ohne Protest stelle eine Annahmeerklärung dar.²⁶ Die Rechtsprechung differenziert hier in einer Weise, die man als „Spürbarkeitstheorie“ bezeichnen könnte: Wirkt sich die Änderung der Arbeitsbedingungen wie bei Jubiläumszuwendungen und bei der betrieblichen Altersversorgung nicht in der konkreten Arbeit und ihrer Bezahlung aus, so kann der Arbeitgeber nicht erwarten, dass die Weiterarbeit als Annahme gemeint ist.²⁷ Dieser Grundsatz wird sogar dann angewandt, wenn sich zwar die Struktur des Entgelts (z. B. durch Einführung einer Leistungskomponente) ändert, wenn aber derselbe (oder ein höherer) Betrag als bisher auf dem Konto gutgeschrieben wird.²⁸ Ist stattdessen die Änderung für den Betroffenen unmittelbar fühlbar, weil ihm beispielsweise bestimmte auch für die Bezahlung wichtige Tätigkeiten entzogen werden²⁹ oder

²⁵ Wank, in: Hromadka (Hrsg.), Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1989, S. 66 f.

²⁶ BAG AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebsübung

²⁷ BAG NZA 1986, 474 = AP Nr. 13 zu § 65 HGB; BAG NZA 2003, 924

²⁸ BAG NZA 2005, 349, 351

²⁹ BAG AP Nr. 4 zu § 305 BGB

weil sich die Gehaltssumme verringert, so ist die Situation eine andere: Die Weiterarbeit gilt hier als Annahme, wenn „nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre.“³⁰ Dabei genügt es, wenn diese Voraussetzung bei einem Teil der geänderten Arbeitsbedingungen gegeben ist.³¹

Durch die „Spürbarkeitstheorie“ wird in der Realität der Änderungsvertrag stark an eine einseitige Änderung angenähert.³² Auch steht der Betroffene bei den fraglichen Bedingungen schlechter als im Falle einer Änderungskündigung, wo er nach § 2 KSchG drei Wochen lang überlegen kann, ob er das Angebot voll akzeptieren oder die Änderung nur unter Vorbehalt gerichtlicher Überprüfung annehmen will.³³

Die Einordnung in die Rechtsgeschäftslehre – und dies ist aus Sicht des Jubilars sicherlich das gravierendere Bedenken – bereitet überdies kaum überwindbare Schwierigkeiten. Wollte man den Annahmewillen der Arbeitnehmerseite empirisch überprüfen, würde sich voraussichtlich ein gespaltenes Bild ergeben: Die einen halten z.B. das Bündnis für Arbeit bewusst für richtig, da unvermeidbar, während es andere ebenso deutlich ablehnen würden. Eine dritte Gruppe würde sich von der Frage nach dem Gewollten überrascht zeigen und voraussichtlich antworten: „Wir werden doch überhaupt nicht gefragt“. Nun immunisiert sich die herrschende Rechtsgeschäftslehre gegen derlei unangenehme Überraschungen, indem sie darauf abstellt, wie der Arbeitgeber das Verhalten der Beschäftigten auffassen konnte. Auch dabei könnte und müsste man aber die Frage stellen, ob ein solcher

³⁰ So BAG NZA 2005, 349 LS 4

³¹ BAG NZA 2003, 924

³² Zutreffend Hromadka RdA 1992, 245

³³ Darauf verweist zu Recht Wank, in: Hromadka (Hrsg.), Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 54. Liegt die Kündigungsfrist unter drei Wochen, ist diese maßgeblich.

Vertrauensschutz in disparitätischen Rechtsbeziehungen angemessen ist, wo sich die tatsächliche Willensrichtung der Betroffenen durch schlichte Nachfrage klären lässt. Doch auch dieses Glatteis wird gemieden: Soweit keine besonderen Umstände vorliegen, wird dem widerspruchslosen Weiterarbeiten ein ganz bestimmter Erklärungswert („Annahme“) beigelegt. Dies läuft auf eine Verpflichtung kraft sozialtypischen Verhaltens hinaus; der schon fast in grauer Vorzeit angesiedelte „Parkplatzfall“ lässt grüßen.³⁴ Dem tatsächlichen Willen des Einzelnen könnte man allerdings Rechnung tragen, indem man die Rechtsprechung des BGH zur Anfechtbarkeit von Willenserklärungen heranzieht, die ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurden³⁵: Sobald der Einzelne erkennt, dass sein Verhalten als Annahme, d. h. als Willenserklärung qualifiziert wurde, könnte er nach §§ 119 Abs. 1, 121 BGB vorgehen. Welche Anforderungen man an die „Entdeckung“ des Irrtums stellt, ist dabei allerdings offen; man wird die Einsicht voraussetzen müssen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen auch vom eigenen Jawort abhängt. Nur dann ist wirklich sichergestellt, dass die Vertragsänderung dem Willen beider Seiten entspricht. Damit wäre überdies ein Problem vermieden, das sich für die herrschende Rechtsprechung automatisch stellt: Wie ist der Fall zu behandeln, dass der Betriebsrat oder eine relevante Anzahl von Arbeitnehmern der Neuregelung widerspricht? Kann auch dann das Weiterarbeiten der Nicht-Protestierer als Zustimmung gewertet werden?³⁶

Teilt man die hier skizzierte Kritik und lehnt das Vorliegen einer Annahmeerklärung ab oder lässt zumindest in weitem Umfang die Anfechtung zu, so würde bei den spürbaren

³⁴ BGHZ 21, 319; zur Verpflichtung kraft sozialtypischen Verhaltens s. im Einzelnen Däubler, BGB kompakt, 2. Aufl., München 2003, Kap. 11 Rn. 109 ff.

³⁵ BGH NJW 1984, 2279

³⁶ Im Fall BAG NZA 2005, 349 wird von verschiedentlichen Hinweisen des Betriebsrats auf das fehlende Einverständnis der Belegschaft berichtet, ohne dass dies im weiteren Gang der Argumentation von Bedeutung gewesen wäre.

Veränderungen dieselbe rechtliche Situation wie bei den nicht spürbaren eintreten: Zunächst bliebe es beim bisherigen Vertragsinhalt. Allerdings könnte man erwägen, einer rückwirkenden Berufung hierauf die Grundsätze über das faktische Arbeitsverhältnis entgegenzuhalten, die nicht notwendig auf die Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsverhältnisses beschränkt sind. Nach einiger Zeit würde zudem auch für die Zukunft der Einwand der Verwirkung greifen. Dabei ließ das ArbG Berlin³⁷ bei einer einseitig angeordneten Versetzung einen Zeitraum von zwei Jahren sowie entsprechende Dispositionen des Arbeitgebers genügen. Dies dürfte eine angemessene Lösung sein.

3. Sanktionen gegen Verweigerer?

Die Rechtsprechung hatte verschiedentlich über Fälle zu entscheiden, in denen die ablehnende Haltung von Arbeitnehmern zu ersichtlichen Benachteiligungen geführt hatte. So waren etwa alle Arbeitnehmer höher gruppiert worden, die keine Eingruppierungsklage erhoben oder diese zurückgenommen hatten, während die „Prozessierer“ weiter in ihrer alten Gruppe blieben.³⁸ In einem anderen Fall wurden diejenigen, die sich der vertraglichen Verlängerung der Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich widersetzt hatten, von der freiwilligen Regelung über Erfolgs- und Umsatzbeteiligung ausgenommen.³⁹ Das BAG kam in beiden Fällen zu dem Ergebnis, es liege eine Benachteiligung wegen der Ausübung von Rechten nach § 612a BGB vor, so dass die Betroffenen Gleichbehandlung verlangen konnten.⁴⁰

³⁷ 09.11.2005 - 7 Ta 10394/05 - EzA-SD 2006 Nr. 3 S. 7 und juris

³⁸ BAG NZA 2001, 680

³⁹ BAG NZA 2002, 1389

⁴⁰ Ähnlich der Fall LAG Hamm 14.04.2005 8 Sa 2196/04 - Juris

Spricht der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aus, um das mit dem Änderungsangebot verfolgte Ziel zu erreichen, so liegt keine „Benachteiligung“ vor. Anders verhält es sich dann, wenn im Rahmen der Änderungskündigung sehr viel schlechtere Bedingungen als zuvor angeboten werden.⁴¹ Das in allen Fällen ausgeübte „Recht“ ist die zur allgemeinen Handlungsfreiheit zählende Befugnis, keinen (unerwünschten) Vertrag abschließen zu müssen.

III. Besonderheiten bei der Betriebsübung

1. Ergänzung des Arbeitsvertrags durch Entstehung einer Betriebsübung

Verhält sich der Arbeitgeber in gleichförmiger Weise und können die Arbeitnehmer darauf vertrauen, dass dies auch in Zukunft so sein wird, so liegt eine betriebliche Übung vor. Wichtigste Anwendungsfälle sind derzeit die Gewährung betrieblicher Sozialleistungen wie einer tariflich nicht abgesicherten Weihnachtsgratifikation⁴² sowie die Gestattung der privaten Internetnutzung.⁴³ Ein Verpflichtungswille des Arbeitgebers ist nicht erforderlich (sonst läge ein rechtsgeschäftliches Angebot oder eine Gesamtzusage vor)⁴⁴, eine Irrtumsanfechtung wird mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz der Arbeitnehmer nicht einmal in Erwägung gezogen. Dies lässt sich im Grunde nur damit rechtfertigen, dass es sich um ein eigenständiges Rechtsinstitut handelt, das im Arbeitsrecht seit Jahrzehnten anerkannt ist. Der Arbeitgeber kann sich einer Bindung allerdings dadurch

⁴¹ LAG Hamm DB 1988, 917; für Anwendung des § 612a BGB in einem solchen Fall auch Gragert NZA 2000, 965 und Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger § 612a BGB Rn. 14

⁴² So der Fall BAG NZA 1997, 1007

⁴³ Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2004, Rn. 185, 185a

⁴⁴ BAG NZA 1997, 1007; BAG NZA 2003, 1145, 1147

entziehen, dass er sein „Entgegenkommen“ mit einem Vorbehalt versieht, der nach der Rechtsprechung „klar und unmissverständlich“ sein muss.⁴⁵

Die Betriebsübung begründet arbeitsvertragliche Ansprüche, soweit sie den Arbeitnehmer begünstigt.⁴⁶ Nach ganz herrschender Auffassung stellt sie keine eigenständige, normativ wirkende Rechtsquelle dar. Der Gedanke an ein betriebliches Gewohnheitsrecht⁴⁷ wird in der Rechtsprechung selbst dann nicht erwogen, wenn eine Zulage 13 Jahre lang⁴⁸ oder eine Weihnachtsgratifikation 16 Jahre lang gewährt wird.⁴⁹ Unausgesprochener Hintergrund ist die Befürchtung, auf diesem Wege einige Arbeitsbedingungen zu „versteinern“: Zwingendes Gewohnheitsrecht wäre wie ein erratischer Block, der sich dem Auf und Ab des Marktes entgegenstellt. Nur durch langjährige Übung und eine entsprechend gewandelte Überzeugung der Beteiligten könnte er aus dem Wege geräumt werden. In absehbarer Zeit ist daher nicht mit einer Veränderung der Rechtsprechung zu rechnen.

2. Beseitigung der Betriebsübung

Die Betriebsübung erstreckt sich auch auf neu eingestellte Arbeitnehmer, doch kann der Arbeitgeber Abweichendes mit ihnen vereinbaren.⁵⁰ Soweit sie eingreift, gilt einerseits der Grundsatz, dass die durch Betriebsübung vermittelten Ansprüche nicht von minderer Qualität und geringerer Bestandskraft als sonstige vertragliche Rechte sind.⁵¹ Auf der anderen Seite können sie aber dadurch zunichte gemacht werden, dass sich eine „gegenläufige“ Betriebsübung bildet: Versieht etwa der

⁴⁵ BAG NZA 1999, 1162

⁴⁶ BAG NZA 1997, 1007, 1008; BAG NZA 2003, 1145, 1147 u. a.

⁴⁷ Dafür Gamillscheg FS Hilger und Stumpf, München 1983, S. 243 ff.

⁴⁸ So der Fall BAG NZA 1988, 425

⁴⁹ So der Fall BAG NZA 1997, 1007 (von 1961 - 1977)

⁵⁰ BAG NZA 1989, 57

⁵¹ BAG NZA 1985, 531, 532

Arbeitgeber die bisher regelmäßig ohne einschränkende Erklärung bezahlte Weihnachtsgratifikation über drei Jahre hinweg mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt, so ist die alte Übung beseitigt.⁵² Entsprechendes gilt dann, wenn die private Internetnutzung verboten und deshalb während eines Zeitraums von sechs bis zwölf Monaten nicht mehr praktiziert wird. Allerdings tritt diese Konsequenz nur ein, wenn die Arbeitnehmerseite der neuen Regelung nicht widerspricht; allein in einer solchen Situation könne der Arbeitgeber davon ausgehen, die früheren vertraglichen Rechte seien einvernehmlich aufgehoben.⁵³ Dasselbe würde sich auch aus den Grundsätzen über die Verwirkung ergeben. Ob alle Arbeitnehmer widersprechen müssen und ob auch ein Widerspruch des Betriebsrats genügt, ist bislang nicht entschieden. Das Vertrauen des Arbeitgebers auf ein allgemeines Einverständnis dürfte allerdings schon dann erschüttert sein, wenn fünf bis zehn Prozent der Belegschaft und/oder der Betriebsrat eindeutig erklären, am bisherigen Rechtszustand festhalten zu wollen. Ein oder zwei „Einzelkämpfer“ könnten dagegen zwar ihre Rechte wahren, würden aber die Abschaffung der Betriebsübung nicht verhindern.

Nach der Rechtsprechung des BAG⁵⁴ können sich die Arbeitnehmer nicht auf ihr fehlendes Erklärungsbewusstsein berufen; insoweit gelte dasselbe wie bei der Entstehung der Betriebsübung zu Lasten des Arbeitgebers. Dies mag man aus Gründen der Symmetrie hinnehmen; dass an faktisches Tun angeknüpft wird, ist ein weiteres Stück Implantation des „sozialtypischen Verhaltens“ in das Arbeitsrecht.

⁵² BAG NZA 1997, 1007; BAG NZA 1999, 1162, 1163

⁵³ BAG NZA 1997, 1007, 1009

⁵⁴ NZA 1997, 1007, 1009

3. Betriebsübung zu Lasten des Arbeitnehmers

Denkbar ist, dass eine betriebliche Übung den Arbeitnehmern Pflichten auferlegt, die weder in einem Gesetz oder Kollektivvertrag noch im Arbeitsvertrag enthalten sind. Als Beispiel lässt sich die Erwartung nennen, dass die bei einer Wohnungsbaugesellschaft beschäftigten Hausmeister in dem von ihnen betreuten Bereich wohnen, um so jederzeit erreichbar zu sein.⁵⁵ Um Verbindlichkeit gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer zu gewinnen, muss die „Regel“ ausdrücklich oder konkludent in den Arbeitsvertrag einbezogen sein; die Üblichkeit als solche und ein entsprechendes Vertrauen des Arbeitgebers in ihre Fortführung reicht hier nicht aus. Dies gilt schon deshalb, weil der Arbeitgeber in aller Regel die Formulierungshoheit über den Arbeitsvertrag hat und deshalb in Fortführung des Rechtsgedankens des § 305c Abs.2 BGB auch das Risiko tragen muss, einzelne Arbeitnehmerpflichten „vergessen“ zu haben.

I. Vertraglich vereinbarte Schriftformklauseln

Änderungsverträge können dadurch erschwert werden, dass der zunächst abgeschlossene Arbeitsvertrag „Änderungen und Ergänzungen“ nur in schriftlicher Form zulässt und ggf. sogar bestimmt, dass eine solche Schriftformklausel ihrerseits nur durch schriftliche Abmachung beseitigt werden kann. Im letzteren Fall spricht man von doppelter oder qualifizierter Schriftformklausel. Auch kann es passieren, dass ein anwendbarer Tarifvertrag für alle Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags die Schriftform verlangt.⁵⁶ Von Interesse sind dabei ausschließlich konstitutive, nicht deklaratorische Klauseln, die lediglich einen Anspruch auf schriftliche Niederlegung des Vereinbarten geben.

⁵⁵ S. das der Praxis entnommene Beispiel bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 142

⁵⁶ S. als Beispiel § 4 Abs. 2 BAT und nunmehr § 2 Abs. 3 TVÖD (Nebenabreden)

1. Einfache Schriftform im Arbeitsvertrag

Eine Klausel, wonach jede Änderung des Arbeitsvertrags der Schriftform bedarf, lässt sich in der Realität schwerlich einhalten. Konsequenterweise angewandt, würde sie dazu führen, dass z. B. faktisch gewährte Gehaltserhöhungen nach § 125 Satz 2 BGB unwirksam wären und die empfangenen Beträge nach Bereicherungsgrundsätzen zurückerstattet werden müssten.⁵⁷ Die Rechtsprechung hilft damit, dass sie in formlosen Einigungen zugleich eine Abbedingung des Schriftformerfordernisses für den Einzelfall sieht.⁵⁸ Dabei wird nicht einmal verlangt, dass sich die Beteiligten der Schriftformproblematik bewusst sind.⁵⁹ Obwohl die Nichtigkeitsfolge des § 125 Satz 2 BGB damit für viele Fälle in ihr Gegenteil verkehrt wird, lässt sich das Ergebnis damit rechtfertigen, dass das von den Beteiligten jeweils effektiv Gewollte zur Geltung kommt.

Fraglich ist, ob auch die im widerspruchslosen Weiterarbeiten gesehene Zustimmung zu einer Verschlechterung des arbeitsvertraglich Vereinbarten⁶⁰ zugleich das Schriftformerfordernis aufhebt. Dies wurde vor kurzem vom LAG Hamm⁶¹ für den Normalfall verneint, da ein entsprechender Erklärungswert nicht festzustellen sei. Damit stimmt es für einen Teilbereich mit der hier vertretenen Auffassung überein.⁶² Auf der anderen Seite steht die einfache Schriftformklausel der Entstehung einer betrieblichen Übung zugunsten des Arbeitnehmers nicht entgegen.⁶³

⁵⁷ Hromadka RdA 1992, 247

⁵⁸ BAG NZA 1988, 426

⁵⁹ BAG, a. a. O.; Wank, a. a. O. (oben Fn. 33) S. 57

⁶⁰ Oben II 2 b

⁶¹ Urteil v. 11.03.2005 - 13 Sa 1948/04 - juris

⁶² S. oben II 2 b

⁶³ BAG NZA 2003, 1145, 1147

Dies alles gilt freilich nur für den im Einzelnen ausgehandelten Arbeitsvertrag. Die Dinge stellen sich völlig anders dar, sobald man in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts gerät, sich also mit dem heutigen Normalfall eines Arbeitsvertrags befasst.⁶⁴ Nach dem vertraglich nicht abdingbaren § 305b BGB gehen Individualabreden den AGB vor.⁶⁵ Dabei spielt es keine Rolle, auf welchem Wege sie zustande kommen; auch konkludentes Verhalten und Schweigen können genügen.⁶⁶ Weiter ist nicht erforderlich, dass die Bedingungen „ausgehandelt“ waren; die Rücksichtnahme auf den Einzelfall genügt.⁶⁷

Eine generelle Schriftformklausel führt unter diesen Umständen in die Irre; der Adressat kann nicht erkennen, dass ihm der Weg des § 305b BGB offen bleibt. Aus diesem Grunde hält der BGH in ständiger Rechtsprechung die Schriftformklausel nach § 307 Abs.1 BGB für unwirksam⁶⁸, und das arbeitsrechtliche Schrifttum hat sich dem mit Recht angeschlossen.⁶⁹ Die Klausel für alle die Fälle aufrecht zu erhalten, in denen es nicht um eine Individualabrede geht, wäre nichts anderes als ein klassischer Anwendungsfall der geltungserhaltenden Reduktion, die durch § 306 Abs.2 BGB nach allgemeiner Auffassung ausgeschlossen ist.⁷⁰

⁶⁴ Oben II 1 mit Fn 17 ff.

⁶⁵ BAG NZA 2003, 1145, 1147

⁶⁶ BGH NJW 1986, 1807; BGH NJW 1995, 1494, 1496

⁶⁷ Däubler/Dorndorf § 305b Rn. 4 m. w. N.

⁶⁸ BGH NJW 1986, 3131; BGH NJW 1995, 1488; BGH NJW 2001, 292; ebenso Palandt-Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 305b Rn 5

⁶⁹ Hromadka DB 2004, 1264; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., München 2003, Rn. 253; vgl. auch bereits Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied u.a. 1993, S. 407 ff.

⁷⁰ BAG NZA 2004, 727, 734; Däubler/Dorndorf § 306 Rn. 19 ff.

2. Doppelte Schriftform im Arbeitsvertrag

Auch bei der qualifizierten Schriftformklausel bleibt die Möglichkeit der Einzelabrede nach § 305b BGB erhalten. Noch stärker wird deshalb durch diese „Festzementierungs“-Variante ein falscher Eindruck erweckt. Auch sie ist daher im heutigen Normalfall des Arbeitsverhältnisses unwirksam.⁷¹ Eine Klausel, die sich speziell gegen die Entstehung von Betriebsübungen wenden würde⁷², hätte zur Voraussetzung, dass die Grundsätze über die Bildung einer Betriebsübung dispositiven Charakter haben. Angesichts der Tatsache, dass das Rechtsinstitut entscheidend auf den Vertrauensschutz der Arbeitnehmerseite abstellt, erscheint dies höchst zweifelhaft, sofern nicht durch einen Vorbehalt bei der *einzelnen* Leistung die Entstehung von Erwartungen für die Zukunft verhindert wird. Selbst wenn man aber eine dispositive Natur annimmt, würde es an einem angemessenen Interessenausgleich im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB fehlen: Der Arbeitgeber hat kein überwiegendes Interesse daran, das Risiko organisatorischer Fehler in seinem Bereich, die zur Entstehung einer ungewollten Betriebsübung führen, den Arbeitnehmern aufzubürden. Insoweit bleibt es bei der Unwirksamkeit der doppelten Schriftformklausel. Anderes gilt nur bei ausgehandelten Verträgen, die nicht dem AGB-Recht unterliegen: Hier kann die doppelte Schriftformklausel nach der Rechtsprechung des BAG⁷³ die Entstehung einer Betriebsübung verhindern.

3. Tarifliche Schriftformklauseln

Soweit ein Tarifvertrag für den Abschluss des Arbeitsvertrags Schriftform verlangt, ist im Regelfall keine

⁷¹ BGH DB 1985, 1014; BGH DB 1987, 324; Gotthardt, aaO, Rn 253; Hromadka DB 2004, 1261, 1264

⁷² Dafür Hromadka DB 2004, 1265

⁷³ NZA 2003, 1145, 1147

Wirksamkeitsvoraussetzung gewollt; vielmehr hat die Formvorschrift nur deklaratorischen Charakter.⁷⁴ Die Situation ist eine sehr viel offenere, wenn es um „Nebenabreden“ und insbesondere um die hier interessierenden Änderungsverträge geht. Hier kann durchaus eine konstitutive Schriftform gemeint sein, die formlose Änderungsverträge unwirksam macht.⁷⁵ Wird im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag verwiesen, tritt dieselbe Wirkung ein. Wollte man hier eine formlose Durchbrechung zulassen, würde der nicht organisierte Arbeitnehmer besser als sein organisierter Kollege stehen, was gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verstoßen würde. Die Rechtsprechung akzeptiert es auch nicht, formlose Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer begünstigen, nach § 4 Abs. 3 TVG zu rechtfertigen.⁷⁶ Dies vermag nicht unbedingt einzuleuchten⁷⁷, doch wird sich die Praxis bis auf weiteres daran orientieren.

II. Inhaltskontrolle

Der Änderungsvertrag muss wie andere Verträge die Rahmenbedingungen des zwingenden Rechts wahren. Dazu gehören neben den §§ 134, 138 BGB insbesondere die §§ 307 - 309 BGB. Was bei Abschluss des Arbeitsvertrags nicht zulässig ist, kann grundsätzlich auch nicht später vereinbart werden. Praktische Bedeutung hat dies etwa für Zielvereinbarungen, die insbesondere dem Transparenzprinzip entsprechen müssen.⁷⁸ Nachträglich eingeführte Ausschlussfristen müssen die richterrechtlich vorgesehenen drei Monate⁷⁹ ebenso wahren wie

⁷⁴ BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Formvorschriften; Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl., München 2004, § 1 Rn. 78; Wiedemann, TVG, 6. Aufl., München 1999, § 1 Rn. 459

⁷⁵ S. Däubler/Reim, Kommentar zum TVG, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, § 1 Rn. 300 ff.

⁷⁶ BAG AP Nr. 3 zu § 19 TVArbBPost; BAG AP Nr. 12 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; zustimmend Hromadka DB 2004, 1261

⁷⁷ Däubler/Reim § 1 Rn. 300

⁷⁸ Einzelheiten bei Däubler ZIP 2004, 2209 ff.; s. auch die knappen Bemerkungen bei Riesenhuber/von Steinau-Steinrück NZA 2005, 785, 791

⁷⁹ BAG NZA 2005, 1111

entsprechende Abreden bei Beginn des Arbeitsverhältnisses. Zwei Sondersituationen bedürfen der Erwähnung.

Nach § 613a Abs. 1 Satz 2 dürfen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, die nach einem Betriebsübergang als Bestimmungen des Arbeitsvertrags weitergelten, innerhalb eines Jahres nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden.⁸⁰ Abweichendes gilt, wenn die Kollektivvereinbarung vorher ausläuft oder nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB durch eine neue abgelöst wird. Wenig erörtert ist die Frage, ob im Vorfeld eines Betriebsübergangs Vertragsänderungen zulässig sind, die die „Lohnkosten“ des Erwerbers reduzieren sollen. Durch solche Abmachungen könnte jedoch das Verbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB umgangen werden, das sich nicht nur auf die Beendigungs-, sondern auch auf die Änderungskündigung erstreckt.⁸¹ Der Inhaltsschutz würde gegenstandslos gemacht, wollte der Arbeitgeber im Vorfeld eines Betriebsübergangs und mit Rücksicht auf diesen die vertraglichen Arbeitsbedingungen durch schlechtere ersetzen. Was für Aufhebungsverträge mit nachträglicher Übernahme durch den Erwerber zu abgesenkten Bedingungen angenommen wird⁸², muss genauso im vorliegenden Zusammenhang gelten. Die Änderungsverträge sind daher unwirksam. Zu beachten ist allerdings, dass § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB eine Änderungskündigung aus anderen Gründen zulässt, so dass auch ein aus vergleichbarem Anlass geschlossener Änderungsvertrag keinen Bedenken unterliegt.

Wird ein befristeter Arbeitsvertrag während seiner Dauer umgestaltet, indem sowohl die geschuldete Tätigkeit als auch die Vergütung verändert werden, so beurteilt sich das Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ im Sinne des § 14 Abs. 1

⁸⁰ S. auch Wank RdA 2005, 271

⁸¹ Steffan, in: Ascheid/Preis/Schmidt (APS), Kündigungsrecht, 2. Aufl., München 2004, § 613a BGB Rn. 173; ErfK-Preis § 613a BGB Rn. 149

⁸² Sog. Lemgoer Modell; BAG AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung

TzBfG nach dem Zeitpunkt dieses Änderungsvertrags.⁸³ Dies gilt auch dann, wenn sich der Endtermin nicht ändert. Insoweit handelt es sich um den „letzten Vertrag“, der im Rahmen einer Kette allein der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Anders wäre dann zu entscheiden, wenn es um kleinere Änderungen geht; hier mag man die Rechtsprechung zum „Annex-Vertrag“ als Parallele heranziehen.⁸⁴ Soweit Änderungen des Arbeitsvertrags zeitlich befristet sind, wird nicht mehr nach dem Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ gefragt; vielmehr kommt es allein darauf an, ob durch eine solche Regelung der Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt und deshalb § 307 Abs. 1 Satz 1 verletzt ist.⁸⁵

Wie ist mit drastischen einzelvertraglichen Verschlechterungen umzugehen, die dem eingangs referierten Fall des ArbG Bremen⁸⁶ zugrunde lagen? Auch im bestehenden Arbeitsverhältnis wird in der Regel eine strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers bestehen, die das Gericht allerdings mit den Umständen des Vertragsschlusses wie Zeitdruck und Alternativlosigkeit begründete. Die Entscheidung des BVerfG zur Nachtarbeit bringt gleichfalls eine generalisierende Wertung zum Ausdruck, wenn es heißt, ein gesetzlicher Schutz sei nicht deswegen entbehrlich, „weil Nachtarbeit durchweg aufgrund freiwillig getroffener Vereinbarungen“ verrichtet werde.⁸⁷ Damit sind ersichtlich nicht nur Abreden bei der Einstellung gemeint. Größere Schwierigkeiten scheint das Merkmal „ungewöhnlich belastend“ zu bereiten, doch bietet sich hier ein vernünftiger Ausweg: Was im Wege einer Änderungskündigung als zumutbare Alternative erzwungen werden könnte,⁸⁸ lässt sich auch durch freiwillige Vereinbarung festlegen. Eine Überschreitung dieses

⁸³ BAG NZA 1990, 744

⁸⁴ Einzelheiten bei Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger § 14 TzBfG Rn. 32

⁸⁵ BAG DB 2005, 2696, bestätigt durch BAG DB 2006, 1379

⁸⁶ AiB 1996, 501

⁸⁷ BVerfG NZA 1992, 270, 273

⁸⁸ Dazu unten VI

Rahmens ist nur auf ausdrücklichen, vom Arbeitgeber nicht beeinflussten Wunsch des Arbeitnehmers möglich.

III. Die Verknüpfung mit einer (angedrohten) Kündigung

Ein wirksamer Änderungsvertrag kann auch dann zustande kommen, wenn der Arbeitgeber eine Änderungskündigung in Aussicht stellt, sollte sein Angebot zurückgewiesen werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die „angedrohte“ Kündigung nicht offensichtlich unbegründet ist; in einem solchen Fall könnte der Arbeitnehmer seine Erklärung wegen widerrechtlicher Drohung anfechten.⁸⁹

Dem Arbeitgeber steht es nach der neuesten Rechtsprechung frei, auf Verhandlungen über einen Änderungsvertrag zu verzichten und ohne ein solches „Vorverfahren“ sogleich eine Änderungskündigung auszusprechen.⁹⁰ Dabei ergeben sich im Hinblick auf den Änderungsvertrag zwei mögliche Entwicklungen.

Zum einen kann der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers in vollem Umfang und ohne Vorbehalt annehmen. Dies kann ausdrücklich geschehen. Fehlt es daran, so wird in der Weiterarbeit zu den geänderten Bedingungen in der Regel eine konkludente Annahme liegen, wenn die Überlegungsfrist des § 2 Satz 2 KSchG abgelaufen ist.⁹¹ Bis zu diesem Zeitpunkt ist ein entsprechender Rückschluss nicht möglich, da der Arbeitnehmer noch die Varianten „Annahme unter Vorbehalt“ und „Ablehnung“ hat.⁹² Die Situation ist eine andere als bei der gewöhnlichen Vertragsänderung: Wer eine Kündigung erhalten hat und gleichwohl nach Ablauf von drei Wochen weiterarbeitet, weiß

⁸⁹ Zur gleich gelagerten Problematik beim Aufhebungsvertrag s. BAG NZA 2002, 731

⁹⁰ BAG NZA 2005, 1289

⁹¹ APS-Künzl § 2 KSchG Rn. 172

⁹² APS-Künzl a. a. O.; ErfK-Ascheid § 2 KSchG Rn. 35

nach der Lebenserfahrung, dass er sich damit auf die neuen Bedingungen eingelassen hat.

Der Gekündigte kann das Angebot aber auch unter Vorbehalt annehmen. Allerdings muss er dann innerhalb von drei Wochen Änderungschutzklage erheben, da sein Vorbehalt sonst wirkungslos wird.⁹³ Der durch die Annahme zustande gekommene Änderungsvertrag ist auflösend bedingt durch ein arbeitsgerichtliches Urteil, das rechtskräftig die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung feststellt.⁹⁴ Diese setzt neben einem Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 KSchG voraus, dass die Änderungen dem Arbeitnehmer „zumutbar“ sind. Dabei ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Bezug auf jede einzelne Änderung zu beachten. So ist es beispielsweise durchaus denkbar, dass dringende betriebliche Erfordernisse für eine Weiterbeschäftigung auf einem weniger anspruchsvollen Arbeitsplatz sprechen, während der Umfang der geplanten Vergütungsabsenkung das Maß des Erforderlichen überschreitet.⁹⁵ Sozial ungerechtfertigt ist von vorne herein eine Änderung, die zu einem rechtswidrigen Zustand führt, die beispielsweise den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt⁹⁶ oder die dem Arbeitnehmer Bedingungen aufoktroyieren will, die nicht mit den §§ 307 ff. BGB vereinbar sind.⁹⁷ Hat die Klage Erfolg, setzt sich das Arbeitsverhältnis mit dem früheren Inhalt fort. Eine Auflösung gegen Abfindung nach den §§ 9, 10 KSchG kommt nicht in Betracht, da es im Verfahren nicht um den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern nur um die Arbeitsbedingungen geht.

⁹³ ErfK-Ascheid § 2 KSchG Rn. 42

⁹⁴ APS-Künzl § 2 KSchG Rn. 230; ErfK-Ascheid § 2 KSchG Rn. 39

⁹⁵ BAG NZA 2006, 92. Die Frage stellt sich nicht bei automatisch eintretender tariflicher Vergütung.

⁹⁶ So der Fall BAG AP Nr. 74 zu § 2 KSchG 1969

⁹⁷ ArbG Bochum dbr Heft 3/2005 S. 41

IV. Zusammenfassung

Das einfach anmutende Vorhaben, die für den Änderungsvertrag geltenden Rechtsgrundsätze herauszuarbeiten, hat sich als relativ komplex erwiesen. Die Rechtsprechung korrigiert nicht nur Verträge zugunsten des schwächeren Teils. Sie übernimmt auch einzelne Elemente aus dem Konzept des „sozialtypischen Verhaltens“, das den Willen der konkreten Person zum Verschwinden bringt. Um dies zumindest in Grenzen zu halten, sind wir auch in Zukunft auf die engagierte Hilfe des Jubilars angewiesen.