

Aktenzeichen: 2 AZR 615/97
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 28. Mai 1998
- 2 AZR 615/97 -

I. Arbeitsgericht
Stuttgart

Urteil vom 27. Juni 1996
- 19 Ca 1932/94 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 14. Mai 1997
- 2 Sa 90/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe bei unter Vorbehalt angenommener Änderungskündigung und versäumter Klagefrist

Gesetz:

KSchG §§ 2, 4, 5, 7, 8, 13 Abs. 3; BetrVG § 102; BGB §§ 133, 157, 150 Abs. 2, § 158 Abs. 2, §§ 159, 242

Leitsatz:

Hat der Arbeitnehmer das mit einer Änderungskündigung verbundene Angebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen, kann er sich auf sonstige Unwirksamkeitsgründe (z.B. § 102 BetrVG) auch dann noch berufen, wenn er die Klage erst nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG erhebt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 615/97
2 Sa 90/96 Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Mai 1998

Urteil

Backes,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

p p .

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gem. § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung am 28. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Brühl und Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Piper und Frey für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 14. Mai 1997 - 2 Sa 90/96 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Klägers zurückgewiesen hat.

Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der am 27. April 1933 geborene Kläger ist seit 1976 als Lehrkraft für die französische Sprache bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt in deren S Sprachschule I. Arbeitsvertraglich waren ihm 164 Unterrichtseinheiten pro Monat garantiert, die auch bei mangelnder Unterrichtsnachfrage als sog. Garantiestunden vergütet wurden. Anlässlich einer Personalplanungssitzung am 30. November 1993 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten Änderungskündigung des Klägers an; der Inhalt der Anhörung ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 1993, dem Kläger zugegangen vor dem 16. Dezember 1993, kündigte die Beklagte das bestehende Arbeitsverhältnis zum 31. Mai 1994 und bot dem Kläger für die Zeit ab 1. Juni 1994 die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit 127 garantierten Unterrichtseinheiten an. Dem Kündigungsschreiben war eine Stellungnahme des Betriebsrats mit sechs Anlagen beigelegt. Der Betriebsrat widersprach darin der Änderungskündigung.

Mit zwei Schreiben vom 20. Dezember 1993 nahm der Kläger die Änderungskündigung unter dem Vorbehalt an, daß sie nicht sozial ungerechtfertigt sei, und erklärte außerdem seine Bereitschaft, an der zweiten Schule der Beklagten in S zu arbeiten. Sein in der am 25. Februar 1994 beim Arbeitsgericht einge-



reichten Klageschrift gestellter Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage wurde durch Beschluß des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 17. Oktober 1994 - 19 Ca 1932/94 - zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Klägers wurde durch Beschluß des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 16. Januar 1995 - 8 Ta 134/94 - zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Änderungskündigung sei wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats unwirksam. Diesen Mangel könne er auch trotz seiner Vorbehaltsannahme und der verspäteten Klageerhebung noch geltend machen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 8. Dezember 1993 unwirksam ist.

In der Berufungsinstanz hat er zudem hilfsweise beantragt

festzustellen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 8. Dezember 1993 erst zum 1. Juli 1994 wirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, der Kläger könne sich nicht mehr auf eine angeblich fehlerhafte Betriebsratsanhörung berufen, da mit der Annahme des Änderungsangebots unabhängig davon, ob sie unter Vorbehalt erfolge oder nicht, ein Arbeitsvertrag zu geänderten Bedingungen zustande komme; die Kündigung werde damit



hinfällig, auf eine Anhörung des Betriebsrats vor ihrem Ausspruch komme es deshalb ebensowenig an wie darauf, ob die Kündigungsfrist eingehalten sei. Im übrigen sei der Betriebsrat in der Personalplanungssitzung vom 30. November 1993 ordnungsgemäß angehört worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom 8. November 1993 erst zum 1. Juli 1994 wirksam geworden ist, und im übrigen die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger, soweit er vor dem Landesarbeitsgericht unterlegen ist, seinen ursprünglichen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet und führt zur Zurückverweisung gem. § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, auf die Ordnungsmäßigkeit der Betriebsratsanhörung komme es nicht mehr an, da der Kläger das Angebot der Beklagten auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den geänderten Bedingungen unter dem Vorbehalt angenommen habe, daß die Änderungskündigung nicht sozial ungerechtfertigt sei; durch diese Annahme sei die Kündigung hinfällig geworden, sie könne nach der Annahme keine Rechtswirkungen mehr entfalten, weil ein Vertrag mit den geänderten Bedingungen zustande gekommen sei. Daher könne es dahingestellt bleiben, ob die Kündigung an einem sonstigen Mangel leide. Regelmäßig



werde der Arbeitgeber zudem das Änderungsangebot für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung gewollt haben, so daß eine auf nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats beruhende Unwirksamkeit der Kündigung sich nicht auf das Änderungsangebot auswirke. Folge man dem nicht, so könne der Kläger sich jedenfalls wegen Verwirkung nicht mehr auf den Unwirksamkeitsgrund der fehlerhaften Betriebsratsanhörung berufen. Die Klage sei erst über zwei Monate nach dem Zugang der Änderungskündigung eingereicht worden; da dem Kläger aufgrund der wenn auch unter Vorbehalt erfolgten Annahme der neuen Arbeitsbedingungen in jedem Fall ein Arbeitsplatz erhalten bleibe, habe die Beklagte spätestens einen Monat nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist darauf vertrauen dürfen, daß es bei den geänderten Arbeitsbedingungen bleibe und der Kläger sonstige Unwirksamkeitsgründe nicht mehr geltend mache; insbesondere wegen der dem Kläger übersandten Stellungnahme des Betriebsrats habe die Beklagte erwarten können, daß der Kläger eine nicht ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats umgehend geltend machen werde.

II. Dem folgt der Senat nicht. Der Kläger ist mit dem Einwand der fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats weder wegen § 7 KSchG noch wegen Verwirkung ausgeschlossen.

1. Bei nicht rechtzeitiger gerichtlicher Geltendmachung der Unwirksamkeit einer sozial ungerechtfertigten Kündigung gilt eine Kündigung, wenn sie nicht aus einem anderen Grunde als der Sozialwidrigkeit rechtsunwirksam ist, gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam; ein vom Arbeitnehmer nach § 2 KSchG erklärter Vorbehalt erlischt. § 7 KSchG ist vorliegend einschlägig, weil auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gemäß § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG der Erste Abschnitt des



KSchG Anwendung findet und der Kläger die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG versäumt hat. Letzteres steht schon deshalb fest, weil der Antrag des Klägers auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen wurde und dieser Beschluß die für die Kündigungsschutzklage präjudizielle Feststellung trifft, die Klage sei verfristet und es lägen keine Gründe für eine nachträgliche Zulassung vor (BAGE 45, 298 = AP Nr. 6 zu § 5 KSchG 1969; BAGE 42, 294 = AP Nr. 4, aaO).

2. Zu der Frage, ob der Arbeitnehmer bei versäumter Klagefrist auch sonstige Gründe für die Unwirksamkeit der Änderungskündigung nicht mehr geltend machen kann, geht Rost im Anschluß an die Rechtsprechung des BAG (BAGE 47, 26, 38 f. = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969, zu B II 3 c cc der Gründe) davon aus, daß die in § 2 KSchG vorgesehene Vorbehaltsannahme eine entgegen der Regelung des § 150 Abs. 2 BGB ausnahmsweise mögliche Annahme unter einer auflösenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 2 BGB darstellt und die im Falle der gerichtlichen Feststellung der fehlenden sozialen Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen von § 8 KSchG angeordnete rückwirkende Geltung der Änderungskündigung als von Anfang an rechtsunwirksam nichts anderes ist als die gemäß § 159 BGB auch vertraglich vereinbare Rückwirkung der Folgen des Bedingungseintritts (KR-Rost, 4. Aufl., § 2 KSchG Rz 56 ff., m.w.N.). Versäume der Arbeitnehmer die auch für die Änderungskündigung geltende Klagefrist des § 4 KSchG, könne diese auflösende Bedingung nicht mehr eintreten; es folge schon aus dem ersten Halbsatz von § 7 KSchG, daß es bei den neuen Arbeitsbedingungen bleibe; der zweite Halbsatz des § 7 KSchG mit dem angeordneten Erlöschen des Vorbehalts bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung der Unwirksamkeit beseitige insoweit alle Zweifel und begrenze das Recht zur



bedingten Annahme eines Vertragsangebotes. Diese Bedingung entfalle, wenn nicht innerhalb von drei Wochen Kündigungsschutzklage erhoben werde; aus der Annahme unter Vorbehalt werde eine unbedingte Annahme und der Arbeitnehmer stehe so, als ob er das Angebot von vornherein ohne Vorbehalt angenommen hätte, womit die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe der Kündigung nicht zu vereinbaren sei. Als Ausnahmeregelung sei § 2 KSchG eng auszulegen; das Gesetz lasse keine Annahme unter dem Vorbehalt zu, daß nicht auch andere Unwirksamkeitsgründe vorliegen; bei versäumter Klagefrist werde daher die Änderungsvereinbarung endgültig mit der Folge, daß auch sonstige Unwirksamkeitsgründe nicht mehr geltend gemacht werden könnten (KR-Rost, § 7 KSchG Rz 12 ff.; sich anschließend Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer, Handbuch des Kündigungsrechts, 3. Aufl., Kapitel 13 Rz 15; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, 12. Aufl., § 7 Rz 8; Dorndorf/Weller/Hauck, KSchG, § 7 Rz 30).

Demgegenüber meint Löwisch, daß im Falle einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung der Arbeitnehmer auch bei versäumter Klagefrist noch die Möglichkeit habe, andere Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen; das ergebe sich daraus, daß das Gesetz das Erlöschen des Vorbehalts nicht in einem eigenen Satz anordne, sondern als bloßen Halbsatz der Grundaussage des § 7 KSchG zuordne, der die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe zulasse; es sei ebenso wie bei der Beendigungskündigung auch bei der Klage gegen eine Änderungskündigung unangemessen, die Klagefrist über den Umweg des § 7 auf andere Unwirksamkeitsgründe zu erstrecken (Löwisch, KSchG, 7. Aufl., § 2 Rz 55; ebenso Kittner/Trittin, KSchR, 3. Aufl., § 7 KSchG Rz 3).



3. Der Senat hält für entscheidend, wie die Vorbehaltsannahme des Arbeitnehmers zu verstehen ist.

a) Möglich wäre ein Vorbehalt, der allein auf die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung abstellt und auf die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe - soweit verzichtbar - verzichtet. Dies hätte allerdings zur Folge, daß der Vorbehalt mit dem Eintritt der Fiktion des § 7 KSchG erlischt, wobei es eines Rückgriffs auf den zweiten Halbsatz dieser Vorschrift gar nicht bedürfte. Auch würde der Verzicht dazu führen, daß der Arbeitnehmer sich auf sonstige Unwirksamkeitsgründe überhaupt nicht, d.h. auch nicht bei gem. § 4 KSchG fristgerechter Klageerhebung, berufen könnte. Das Landesarbeitsgericht hätte dann im vorliegenden Fall auch die Kündigungsfrist nicht korrigieren dürfen; insoweit leidet das angegriffene Urteil an einem inneren Widerspruch.

b) Ein solcher Verzicht auf die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe müßte freilich ausdrücklich oder sonst nach den Umständen eindeutig erklärt werden. Ein Arbeitnehmer, der wie vorliegend der Kläger die angebotene Vertragsänderung unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG annimmt, bringt in der Regel gerade nicht zum Ausdruck, auf sonstige Unwirksamkeitsgründe wie eine fehlerhafte Betriebsratsanhörung (§ 102 BetrVG), eine fehlende Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bei Schwerbehinderung (§§ 15, 21 SchwbG), eine fehlende Zulässigerklärung der zuständigen Stelle bei Schwangerschaft oder Erziehungsurlaub (§ 9 MuschG, § 18 BErzGG) oder eine Nichteinhaltung der gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfrist solle es nicht ankommen. Vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAGE 38, 106, 117 = AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969) und der herrschenden Meinung (vgl. KR-Rost, § 2 KSchG Rz 150



ff., m.w.N.; speziell zur Betriebsratsanhörung KR-Etzel, § 102 BetrVG Rz 30, m.w.N.), wonach sonstige Unwirksamkeitsgründe der Änderungskündigung auf die unter Vorbehalt angenommene Vertragsänderung durchschlagen und bei rechtzeitiger Klageerhebung im Änderungsschutzverfahren geltend gemacht werden können, ja zur Vermeidung von Rechtsnachteilen durch eine diese Gründe nicht berücksichtigende rechtskräftige Entscheidung geltend gemacht werden müssen, bringt der Arbeitnehmer mit seiner Vorbehaltsannahme i.S.v. § 2 KSchG regelmäßig nur zum Ausdruck, er wolle seinen Arbeitsplatz in jedem Fall behalten und die unter dem Druck der Kündigung angesonnene Vertragsänderung akzeptieren, „wenn alle Stricke reißen“. Wenn bei Ablehnung des Änderungsangebots die Kündigung bereits aus anderen Gründen i.S.v. § 13 Abs. 3 KSchG unwirksam wäre und somit das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestünde, solle dies selbstverständlich auch dann die Rechtsfolge sein, wenn er unter dem Druck der Kündigung die angesonnene Änderung der Arbeitsbedingungen vorläufig akzeptiere. Nur in diesem Sinne darf ein Arbeitgeber, gedacht als sorgfältiger Erklärungsempfänger, die Vorbehaltsannahme in der Regel verstehen (§§ 133, 157 BGB). Die Annahme, mit einer dem Wortlaut des § 2 Satz 1 KSchG entsprechenden Erklärung des Arbeitnehmers solle regelmäßig ein Verzicht auf die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe verbunden sein, wäre lebensfremd. Schon § 8 KSchG, der nicht etwa die rückwirkende Unwirksamkeit der Vertragsänderung, sondern die der Änderungskündigung anordnet, belegt, daß es sich bei der Vorbehaltsannahme gem. § 2 KSchG nicht um eine von der Kündigung losgelöste und von deren Wirksamkeit unabhängige Annahme eines Vertragsangebots handelt. Liegt kein Verzicht auf die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe vor (vgl. oben 3), dann ist also die Annahme unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung im Ergebnis eine bloße Auffangposition und



kommt erst, gleichsam hilfsweise, zum Tragen, wenn das unveränderte Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses im Kündigungsrecht sonst keine Stütze findet.

Der konkludente Zusatz zur Vorbehaltsannahme, der Arbeitsvertrag solle sich nur dann entsprechend dem Angebot des Arbeitgebers ändern, wenn die Änderungskündigung über ihre soziale Rechtfertigung gem. § 1 KSchG hinaus mit der Rechtsordnung und ihren Arbeitnehmerschutzbestimmungen im Einklang stehe, bedeutet keine Ablehnung des Änderungsangebots gem. § 150 Abs. 2 BGB. Das Angebot des Arbeitgebers wird nicht unter Einschränkungen oder Änderungen i.S. dieser Vorschrift, sondern so akzeptiert, wie es gemacht wurde. Der erweiterte Vorbehalt bezieht sich lediglich auf die ohnehin bestehende Rechtslage und ist damit keine „echte“ Bedingung (vgl. Staudinger/Borg, BGB, 13. Bearbeitung, Vorb. zu §§ 158 ff. Rz 27 ff.; BGH Urteil vom 30. April 1959 - VIII ZR 174/58 - LM Nr. 1 zu § 159 BGB).

c) Muß der Arbeitgeber im Fall der Vorbehaltsannahme gem. § 2 KSchG ohnehin damit rechnen, daß der Arbeitnehmer über die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung hinaus sonstige Unwirksamkeitsgründe geltend macht, so ist sein Vertrauen auf eine beständige Vertragsänderung auch nach Ablauf der Klagefrist des § 4 KSchG (bis zur Grenze der Verwirkung, vgl. dazu unten 4) nicht schützenswert. Dies folgt bereits aus § 13 Abs. 3 KSchG und wird bestätigt durch § 7 KSchG. Zutreffend weist Löwisch (aaO) darauf hin, das in der letztgenannten Vorschrift angeordnete Erlöschen des Vorbehalts sei als angefügter Halbsatz der zuvor getroffenen Grundaussage zugeordnet, die die Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe nach Ablauf der Klagefrist gerade nicht ausschließe, sondern aus der angeordneten Rechtsfolge der Wirksamkeit der Kündigung ausklammere. Der zweite Halbsatz des § 7 KSchG wurde durch das Kündigungsschutzgesetz 1969 (BGBl. I



S. 1317) angefügt, wodurch die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Fall einer Änderungskündigung in Übereinstimmung mit der bis dahin ergangenen Rechtsprechung klargestellt werden sollte. Es sollte für den Arbeitnehmer die Möglichkeit bestätigt werden, die Änderung der Arbeitsbedingungen gerichtlich überprüfen zu lassen, ohne dem Risiko des Arbeitsplatzverlustes ausgesetzt zu sein. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf eines ersten Gesetzes zur Bereinigung arbeitsrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks. V/3913, S. 9) sollte die Anfügung des zweiten Halbsatzes lediglich eine „rechtstechnische Folgerung der beschriebenen Regelung der Änderungskündigung“ sein. Die Gesetzesmaterialien geben keinen Anhaltspunkt dafür, daß der das Änderungsangebot unter Vorbehalt akzeptierende Arbeitnehmer hinsichtlich der Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe schlechter gestellt werden sollte als der Arbeitnehmer, dem eine Beendigungskündigung erklärt wurde. Von der Möglichkeit einer Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe auch nach Versäumung der Klagefrist ist der Senat im übrigen bereits in Entscheidungen vom 11. März 1998 ausgegangen (- 2 AZR 325 und 390/97 - n.v.). Der Kläger konnte demnach entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts trotz versäumter Klagefrist noch die Unwirksamkeit der Änderungskündigung gem. § 102 Abs. 1 BetrVG geltend machen.

4. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger auch sein Recht, sich im Kündigungsschutzprozeß auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats zu berufen, nicht verwirkt (§ 242 BGB).

a) Unabhängig davon, ob bei verspätet erhobenen Kündigungsschutzklagen eine materielle Verwirkung „des Anspruchs“ (BAG Urteil vom 8. September 1955



kung (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 6. November 1997 - 2 AZR 162/97 - AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung, zu II 3 b der Gründe, m.w.N.) in Rede steht, würde die Verwirkung voraussetzen, daß der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (sog. Zeitmoment) und daß sich der Arbeitgeber aufgrund eines vom Arbeitnehmer gesetzten Vertrauenstatbestandes (Umstandsmoment) darauf eingerichtet hat, der Arbeitnehmer werde den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht mehr geltend machen.

b) Vorliegend ist schon zweifelhaft, ob angesichts der weniger als zwei Monate verspäteten Klageeinreichung das erforderliche Zeitmoment gegeben ist (vgl. zu den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Zeiträumen BAG Urteil vom 20. Mai 1988 - 2 AZR 711/87 - AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung, zu II 2 der Gründe; KR-Rost, § 7 KSchG Rz 39 ff.). Jedenfalls fehlt es am Umstandsmoment. Das Verhalten des Klägers nach Ausspruch der Kündigung war nicht geeignet, bei der Beklagten das Vertrauen zu begründen, der Kläger werde die Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr gerichtlich geltend machen, denn der Kläger hat mit zwei Schreiben vom 20. Dezember 1993 die Vorbehaltsannahme sowie seine Bereitschaft erklärt, auch an der anderen S Schule der Beklagten zu arbeiten. Hieraus konnte und mußte die Beklagte schließen, daß der Kläger die Änderungskündigung nicht unangegriffen hinnehmen werde; es liegt gerade nicht der Fall vor, daß der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung die Arbeitspapiere entgegennimmt und in keiner Weise zu erkennen gibt, gegen die Kündigung vorgehen zu wollen (vgl. etwa Senatsurteil vom 20. Mai 1988, aaO, zu II 3 a der Gründe; Rost, aaO, Rz 40). Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war der Kläger auch im Hinblick auf die ihm von der Beklagten überlassene Stellungnahme des Betriebsrats nicht



Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war der Kläger auch im Hinblick auf die ihm von der Beklagten überlassene Stellungnahme des Betriebsrats nicht gehalten, umgehend die Fehlerhaftigkeit der Anhörung des Betriebsrats geltend zu machen. Eine solche Pflicht besteht nach dem Gesetz nicht. Nur die Vorbehaltsannahme muß in der gem. § 2 KSchG vorgesehenen Frist von drei Wochen erklärt werden, wobei aus den o. g. Gründen eine Vorbehaltsannahme i.d.R. nicht dahingehend ausgelegt werden kann, daß sonstige Unwirksamkeitsgründe nicht geltend gemacht werden sollen. Im Gegenteil läßt regelmäßig die in der Vorbehaltsannahme liegende Ankündigung einer Klage erwarten, daß auch andere Unwirksamkeitsgründe wie § 102 BetrVG geltend gemacht werden.

Der Zeitablauf und die Untätigkeit allein reichen zur Begründung des Umstandsmoments nicht aus (ständige Rechtsprechung, vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 1988, aaO, zu II 3 b, c der Gründe, m.w.N.). Ein für die Verwirkung der Kündigungsschutzklage sprechender Tatbestand wäre möglicherweise die vorherige Erhebung einer die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzenden Klage auf Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 3 BetrVG (Senatsurteil vom 9. Januar 1987 - 2 AZR 126/86 - n.v.), das Verlangen nach einer doppelten Abfindung mit der Begründung, der Arbeitnehmer sei nicht vom Betriebserwerber übernommen worden, (Senatsurteil vom 20. Mai 1988, aaO, zu II 4 c bb der Gründe) oder die alleinige Klageerhebung gegen eine zunächst ausgesprochene fristlose Kündigung, während die später ausgesprochene ordentliche Kündigung erst etwa zwei Jahre nach ihrem Ausspruch angegriffen wird; hier kann der Arbeitgeber davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer lediglich den Makel der außerordentlichen Kündigung beseitigen will oder aus bestimmten Gründen lediglich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis



zum Ablauf der Kündigungsfrist begehrt (BAG Urteile vom 25. September 1997 - 8 AZR 480 und 481/96 -, n.v., jeweils zu II 3 a der Gründe). Derartige Umstände sind vorliegend aber nicht ersichtlich, ebensowenig Umstände, aus denen sich ergibt, daß die Beklagte auf das bisherige Verhalten des Klägers vertraut und sich darauf eingerichtet hätte, der Kläger werde sein Recht nicht mehr geltend machen (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 1988, aaO, zu II 3 b bb und cc der Gründe, m.w.N.). Die Verwirkungsvoraussetzungen liegen daher nicht vor; der Kläger konnte unter Berufung auf § 102 BetrVG noch die Unwirksamkeit der Änderungskündigung geltend machen.

5. Da beide Vorinstanzen, aus ihrer Sicht konsequent, keine Prüfung der Wirksamkeit der Änderungskündigung gem. § 102 BetrVG vorgenommen haben, war dem Senat eine abschließende Entscheidung verwehrt und die Sache war gem. § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Etzel

Bröhl

Fischermeier

Piper

Frey



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

