

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Oktober 2013  
- 2 AZR 320/13 -

I. Arbeitsgericht Essen

Urteil vom 18. April 2012  
- 4 Ca 3381/11 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 9. Oktober 2012  
- 16 Sa 1153/12 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Änderungsschutzklage - Auflösungsantrag

Gesetz:

KSchG § 2, § 4 Satz 2, § 9 Abs. 1 Satz 1

Leitsätze:

§ 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG findet im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG weder unmittelbare noch analoge Anwendung.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 320/13  
16 Sa 1153/12  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. Oktober 2013

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Eulen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. Oktober 2012 - 16 Sa 1153/12 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über einen Antrag des Klägers auf Auflösung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses. 1
- Die Beklagte betreibt Tief- und Straßenbauarbeiten. Der Kläger ist bei ihr seit dem 21. Oktober 1985 als Baumaschinenführer beschäftigt. Er erhielt zuletzt gemäß der Lohngruppe 5 des einschlägigen Tarifvertrags ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von 3.500,00 Euro. 2
- Mit Schreiben vom 14. Dezember 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Juli 2012 und bot dem Kläger zugleich eine Weiterbeschäftigung ab 1. August 2012 zu den Bedingungen der Lohngruppe 4 an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot mit Schreiben vom 20. Dezember 2011 unter dem Vorbehalt an, dass die Änderungskündigung nicht sozial ungerechtfertigt oder aus sonstigen Gründen rechtsunwirksam ist. 3
- Er hat rechtzeitig Änderungschutzklage erhoben und zugleich beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Der Kläger hat gemeint, die Änderungskündigung sei sozial ungerechtfertigt. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm jedoch nicht zumutbar. Die Beklagte habe ihn vor Ausspruch der Kündigung immer wieder schikaniert und habe grob gegen vertragliche und gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses könne nach einer ungerechtfertigten Änderungskündigung auch dann erfolgen, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen habe. Die Interessenlage sei dieselbe wie bei dessen Ablehnung. Auflösung im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 4

KSchG könne auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen sein.

Der Kläger hat beantragt,

5

1. festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen aufgrund der Änderungskündigung der Beklagten vom 14. Dezember 2011 unwirksam ist;
2. das Arbeitsverhältnis gegen eine angemessene Abfindung - von mindestens 50.000,00 Euro - aufzulösen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die vom Kläger zur Begründung des Auflösungsantrags erhobenen Vorwürfe zurückgewiesen. Sie hat die Ansicht vertreten, bei Annahme des mit einer Kündigung verbundenen Änderungsangebots unter Vorbehalt sei ein Auflösungsantrag unzulässig.

6

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen unwirksam ist. Den Auflösungsantrag hat es abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Auflösungsantrag weiter.

7

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Auflösungsantrag des Klägers zu Recht abgewiesen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG liegen nicht vor. Die Bestimmung findet im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG weder unmittelbare noch analoge Anwendung.

8

I. Ob eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG auch im Rahmen einer Klage nach § 4 Satz 2 KSchG möglich ist, hat das Bundesarbeitsgericht noch nicht entschieden. Es hat

9

lediglich angenommen, eine Auflösung sei bei Klagen gegen Änderungskündigungen jedenfalls dann möglich, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot *nicht* unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen habe (BAG 27. September 2001 - 2 AZR 176/00 - zu B II 1 der Gründe; 28. April 1982 - 7 AZR 1139/79 - zu III 1 der Gründe, BAGE 38, 348; 29. Januar 1981 - 2 AZR 1055/78 - zu II 1 der Gründe, BAGE 35, 30).

1. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte ist die Auffassung vorherrschend, eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG scheidet aus, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen habe. Die Parteien stritten dann nicht mehr über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für einen Antrag nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG sei kein Raum (Bauer DB 1985, 1181; Becker-Schaffner BB 1991, 135; APS/Biebl 4. Aufl. § 9 KSchG Rn. 14; HaKo-Fiebig 4. Aufl. KSchG § 9 Rn. 81; MüKoBGB/Hergenröder 6. Aufl. § 2 KSchG Rn. 67; ErfK/Kiel 13. Aufl. § 9 KSchG Rn. 2; vHHL/Linck KSchG 15. Aufl. § 9 Rn. 9; Müller DB 2002, 2597; ErfK/Oetker 13. Aufl. § 2 KSchG Rn. 73; HaKo-Pfeiffer 4. Aufl. § 2 KSchG Rn. 67; KR-Spilger 10. Aufl. § 9 KSchG Rn. 30; LSW/Spinner KSchG 10. Aufl. § 9 Rn. 4; SPV/Vossen 10. Aufl. Rn. 2199; Willemsen NJW 2000, 2785; LAG Köln 16. August 2011 - 12 Sa 948/10 - Rn. 52; LAG Düsseldorf 20. Mai 1997 - 8 Sa 1591/96 - Rn. 83; LAG München 29. Oktober 1987 - 6 (7) Sa 816/86 - zu I 2 der Gründe; LAG Rheinland-Pfalz 24. Januar 1986 - 6 Sa 1008/85 - zu 3 der Gründe; LAG Berlin 2. März 1984 - 10 Sa 122/83 -).

2. Nach der Gegenauffassung (Bauer/Krets DB 2002, 1937; Corts Anm. zu BAG - 2 AZR 1055/78 - SAE 1982, 103, 104; Herbst BArbBl. 1969, 491 f.; Maurer BB 1971, 1327; Neumann AR-Blattei 32. Lieferung 7/96 SD 1020.6 Rn. 8; Schaub RdA 1970, 230; Wenzel MDR 1969, 968) findet § 9 KSchG auch in diesem Fall Anwendung. Es sei eine großzügige Auslegung geboten, weil es „überflüssige Förmerei“ bedeute, den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit einer Eigenkündigung zu verweisen (Bauer/Krets aaO S. 1939). Als Voraussetzung der Auflösung genüge ein „Streit über die Feststellung der sozialen Unwirksamkeit einer Kündigung“ (Neumann aaO). Auch bei dem Verfahren nach § 2

KSChG handele es sich um eine Kündigungsschutzklage (*Herbst aaO S. 492*). Aus § 8 Halbs. 2 KSChG ergebe sich, dass auch in dessen Rahmen „über die Änderungskündigung“ entschieden werde (*Maurer aaO*). Eine Unzumutbarkeit, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, trete zudem nicht immer innerhalb der Frist von drei Wochen nach § 2 KSChG ein, so dass eine Auflösung auch im Rahmen der Änderungsschutzklage noch bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung möglich sein müsse (*Corts aaO*). Zumindest enthalte das Kündigungsschutzgesetz insoweit eine Lücke (*Schaub aaO S. 235*). Es lasse an keiner Stelle erkennen, dass es auch dem Arbeitgeber den Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSChG für den Fall der Annahme unter Vorbehalt abschneiden wolle (*Wenzel aaO S. 977*).

3. Richtig ist die Auffassung, derzufolge ein Antrag auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSChG unbegründet ist, wenn der Arbeitnehmer das mit einer Kündigung verbundene Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen und ausschließlich Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSChG erhoben hat. 12
- a) Die Auslegung von § 9 Abs. 1 Satz 1 KSChG ergibt, dass die Bestimmung im Fall einer Klage nach § 4 Satz 2 KSChG keine Anwendung findet. 13
- aa) Schon der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSChG spricht für diese Lesart. 14
- (1) Danach ist Voraussetzung für eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, dass das Gericht feststellt, es sei „das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst“ und dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten. Eine solche gerichtliche Feststellung kommt im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSChG nicht in Betracht (*ebenso LAG Köln 16. August 2011 - 12 Sa 948/10 - Rn. 52; ErfK/Oetker 13. Aufl. § 2 KSChG Rn. 73; HaKo-Pfeiffer 4. Aufl. KSChG § 2 Rn. 67; SPV/Vossen 10. Aufl. Rn. 2199*). Der Arbeitnehmer, der das mit einer Kündigung verbundene Änderungsangebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSChG annimmt, hat nach § 4 Satz 2 KSChG Klage auf Feststellung zu erheben, dass 15

die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus sonstigen Gründen unwirksam ist. Die Beendigungswirkung der Kündigung steht in diesem Fall nicht mehr im Streit. Infolge der Annahme des Änderungsangebots - wenn auch unter Vorbehalt - steht vielmehr fest, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Streitgegenstand der Änderungsschutzklage ist allein, *zu welchen Bedingungen* es fortbesteht (*BAG 25. April 2013 - 2 AZR 960/11 - Rn. 29; 19. Juli 2012 - 2 AZR 25/11 - Rn. 20*). Hat die Klage Erfolg, stellt das Gericht entsprechend § 4 Satz 2 KSchG fest, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus einem anderen Grund unwirksam ist. Anderenfalls weist es die Änderungsschutzklage ab und das Arbeitsverhältnis besteht zu den für diesen Fall akzeptierten, geänderten Bedingungen fort. Aus § 8 KSchG ergibt sich trotz der missverständlichen Formulierung nichts anderes. Die Bestimmung stellt lediglich klar, dass die mit der Annahme unter Vorbehalt verbundene auflösende Bedingung rückwirkend eintritt, der Arbeitsvertragsinhalt also von Anfang an unverändert fortbesteht, wenn der Kläger mit der Änderungsschutzklage obsiegt (*ebenso ErfK/Kiel 13. Aufl. § 8 KSchG Rn. 1; vHHL/Linck KSchG 15. Aufl. § 2 Rn. 209*).

(2) Die Auffassung, das Gericht stelle auch bei einer erfolgreichen Änderungsschutzklage fest, das Arbeitsverhältnis sei nicht aufgelöst - und zwar hinsichtlich seiner bisherigen Bedingungen nicht -, übersieht den Umstand, dass in § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zweimal von der Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Rede ist. Nicht nur im ersten, sondern auch im letzten Halbsatz wird der Ausdruck gebraucht. Nach der dortigen Vorgabe hat ggf. das Gericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Insofern geht es unzweifelhaft um eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses insgesamt. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass dem Ausdruck im ersten Halbsatz der Bestimmung eine andere Bedeutung zukäme. 16

bb) Die Entstehungsgeschichte des gesetzlichen Schutzes gegen Änderungskündigungen spricht ebenfalls für die Ansicht, § 9 KSchG finde im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG keine Anwendung. Während die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag einer 17

der Parteien im Zusammenhang mit einer Beendigungskündigung schon seit Inkraft-Treten des Kündigungsschutzgesetzes 1951 gesetzlich vorgesehen ist (§ 7 KSchG 1951), sind die Bestimmungen zum Rechtsschutz gegen Änderungskündigungen in § 2, § 4 Satz 2, § 7 Halbs. 2 und § 8 KSchG erst durch das Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. August 1969 (*damals als § 1a, § 3 Satz 2, § 6 Halbs. 2 und § 6a KSchG, BGBl. I S. 1106*) in das Gesetz eingefügt worden. Sie sollten die Rechte des Arbeitnehmers im Falle einer Änderungskündigung lediglich klarstellen (*vgl. BT-Drucks. V/3913 S. 8*). Dieser sollte - wie von der Rechtsprechung bereits judiziert - das Änderungsangebot unter Vorbehalt annehmen und Klage begrenzt auf die Prüfung der Berechtigung der vorgesehenen Änderungen erheben können. Dagegen war nicht Gegenstand der gesetzgeberischen Überlegungen, dass auch in diesem Fall eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses möglich werden sollte. Dementsprechend wird weder in § 2 KSchG noch in § 4 Satz 2, § 7 oder § 8 KSchG auf § 9 KSchG Bezug genommen. Umgekehrt ist in § 9 KSchG, anders als etwa in § 7 KSchG, keine Regelung für den Fall der Änderungsschutzklage getroffen worden.

cc) Für den Ausschluss von § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG im Zusammenhang mit der Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG sprechen auch Gesetzessystematik und Regelungszusammenhang. 18

(1) Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses kann nach § 9 KSchG nur erfolgen, wenn der Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage Erfolg hat. Wird die Klage abgewiesen, besteht für eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein Anlass. In diesem Fall hat schon die Kündigung die Auflösung bewirkt. Bei einer Änderungsschutzklage besteht das Arbeitsverhältnis dagegen unabhängig von ihrem Ausgang fort. Dies ist eine systematisch grundlegend andere Konstellation. 19

(2) Die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach einem Obsiegen mit der Änderungsschutzklage brächte zudem Schwierigkeiten im Hinblick auf den Auflösungszeitpunkt mit sich. Nach § 9 Abs. 2 KSchG ist das Arbeitsverhältnis zu dem Zeitpunkt aufzulösen, an dem es bei sozial gerechtfertigter 20



Kündigung geendet hätte. Hat der Arbeitnehmer das mit einer Kündigung verbundene Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen, ist das Arbeitsverhältnis aber über diesen Zeitpunkt hinaus einvernehmlich fortgesetzt worden. Dies stünde zum einen in gewissem Widerspruch zu der Annahme, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei für eine der Parteien unzumutbar. Zum anderen müsste ein einvernehmlich fortgeführtes Arbeitsverhältnis rückwirkend beendet werden. Zwar erfolgt auch bei einer Beendigungskündigung die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses häufig auf einen zurückliegenden Zeitpunkt. Das Arbeitsverhältnis wurde in diesem Fall aber nicht einvernehmlich über den vorgesehenen Beendigungstermin hinaus fortgesetzt. Für die Berechtigung der Ansicht, wegen dieser Schwierigkeiten habe die Auflösung im Rahmen einer Änderungsschutzklage entgegen der Vorgabe des § 9 Abs. 2 KSchG auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils zu erfolgen (so *Neumann AR-Blattei SD 1020.6 Rn. 8; Schaub RdA 1970, 230, 236; Wenzel MDR 1969, 968*), fehlt es an Anhaltspunkten im Gesetz.

dd) Nicht zuletzt stehen Sinn und Zweck der Möglichkeit einer gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG der Auffassung entgegen, eine solche Auflösung sei auch im Falle einer Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG möglich. 21

(1) Für die Schaffung der gesetzlichen Regelung war ua. die Erwägung maßgebend, dass es während eines Kündigungsschutzprozesses zu zusätzlichen Spannungen zwischen den Parteien kommen kann, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen (*BAG 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 42; 14. Mai 1987 - 2 AZR 294/86 - zu B II 1 der Gründe; 25. November 1982 - 2 AZR 21/81 - zu B I 2 a der Gründe*). Für eine Auflösung auf Antrag des Arbeitnehmers sei etwa an Fälle zu denken, in denen die Kündigungsgründe auf leichtfertig aufgestellten, unzutreffenden ehrverletzenden Behauptungen über seine Person oder sein Verhalten beruhten oder das Vertrauensverhältnis im Verlauf des durch die Kündigung ausgelösten Verfahrens ohne wesentliches Verschulden auf seiner Seite zerrüttet worden sei (so 22

*die Begründung zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes der Bundesregierung vom 23. Januar 1951, RdA 1951, 58, 64).*

(2) Zu solchen Belastungen kann es zwar auch im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Änderungskündigung kommen. Dies unterscheidet das Änderungschutzverfahren aber nicht von sonstigen Verfahren, in denen die Parteien über den Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses streiten. Eine Situation, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, kann auch dann eintreten, wenn Gegenstand eines Rechtsstreits etwa die Grenzen des Direktionsrechts des Arbeitgebers, Abmahnungen, Entgeltbestandteile oder Urlaubsfragen sind. In diesen Fällen kann mangels einer gesetzlichen Regelung die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zweifellos nicht verlangt werden. Eine Sonderstellung der Änderungschutzklage wiederum ist insoweit nicht erkennbar. Der Streit über eine Änderung der Arbeitsbedingungen nach § 4 Satz 2 KSchG unterscheidet sich von den anderen Rechtsstreitigkeiten zwar dadurch, dass er durch eine Kündigung des Arbeitgebers veranlasst ist. Deren beendigende Wirkung ist aber durch die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt gerade entfallen.

23

(3) Dieser letzte Gesichtspunkt unterscheidet die Situation bei einer Änderungschutzklage maßgeblich von der bei einer Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG. Anders als mit einer reinen Beendigungskündigung bringt der Arbeitgeber mit einer Änderungskündigung zum Ausdruck, dass er - wenn auch unter anderen Bedingungen - zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit ist. Der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er das Änderungsangebot ablehnen oder - unter Vorbehalt - annehmen will. Entscheidet er sich - und sei es unter Vorbehalt - für die Annahme, erklärt er damit ebenfalls, das Arbeitsverhältnis fortsetzen zu wollen. Es besteht damit in jedem Fall weiter. Bei dieser Ausgangslage ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum das Gericht ein Arbeitsverhältnis, dessen Bestand - nicht anders als sonst im ungekündigten Arbeitsverhältnis - nicht im Streit steht, sollte auflösen können. Bei § 9 KSchG handelt es sich um eine Ausnahmegvorschrift. Das Kündigungsschutzgesetz ein

24

Bestandsschutz-, kein Abfindungsgesetz (BAG 24. März 2011 - 2 AZR 674/09 - Rn. 20; 8. Oktober 2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 13).

b) Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG auf Fälle der Änderungsschutzklage liegen nicht vor (ebenso LAG Rheinland-Pfalz 4. Juni 2009 - 11 Sa 66/09 - Rn. 72; HaKo-Fiebig/Gieseler 4. Aufl. KSchG § 9 Rn. 1; SPV/Vossen 10. Aufl. Rn. 2199). Analoge Gesetzesanwendung setzt voraus, dass der gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt, wie die erfassten Fälle (BAG 21. Februar 2013 - 2 AZR 433/12 - Rn. 20; 14. Februar 2007 - 7 ABR 26/06 - Rn. 56 mwN, BAGE 121, 212). Daran fehlt es hier. Der geregelte und der nicht geregelte Sachverhalt sind nicht vergleichbar. 25

aa) Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch das Gericht stellt einen Eingriff in die Vertrags- und Berufsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) der Parteien dar. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst sowohl die Wahl des Arbeitsplatzes durch den Arbeitnehmer als auch die Auswahl der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber (vgl. BVerfG 30. Juli 2003 - 1 BvR 792/03 - zu B II 1 a der Gründe mwN, BVerfGK 1, 308). Zwar ist nach § 9 KSchG die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur auf Antrag zulässig. Der Schutzbereich der Vertragsparteien ist gleichwohl betroffen. Wünscht der Arbeitnehmer die Auflösung, ist der Arbeitgeber, obwohl er selbst gekündigt hat, betroffen, weil er für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zahlen muss. Erfolgt die Auflösung auf Wunsch des Arbeitgebers, verliert der Arbeitnehmer trotz Sozialwidrigkeit der Kündigung seinen Arbeitsplatz. 26

bb) Streiten die Parteien nur über die Bedingungen des bestehenden Arbeitsverhältnisses, gibt es keinen Grund, einen solchen gerichtlichen Eingriff vorzusehen. Die Situation ist im wesentlichen Punkt anders als in einem Fall, in dem die Parteien über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses streiten, die Beendigung zumindest vom Arbeitgeber gewollt und sie durchaus ein mögliches Ergebnis des Prozesses ist. 27

cc) Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind auch ohne die Möglichkeit einer gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht gezwungen, an einem unzumutbar gewordenen Arbeitsverhältnis festzuhalten. Beide können das Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB fristlos kündigen, der Arbeitnehmer kann dies ohne weiteres auch ordentlich, der Arbeitgeber dann, wenn ein Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 KSchG gegeben ist. Kündigt der Arbeitnehmer wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers fristlos, kann er zudem nach § 628 Abs. 2 BGB Ersatz des entstehenden Schadens verlangen. 28

II. Danach ist der Auflösungsantrag des Klägers unbegründet. Dieser hatte das mit der Kündigung der Beklagten vom 14. Dezember 2011 verbundene Angebot, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen, mit Schreiben vom 20. Dezember 2011 unter dem Vorbehalt seiner sozialen Rechtfertigung angenommen. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung stand deshalb nicht mehr im Streit. Eine gerichtliche Feststellung, die Kündigung habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst - wie von § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG vorausgesetzt -, konnte nicht ergehen. Ob anderenfalls Auflösungsgründe vorgelegen hätten, bedarf keiner Entscheidung. 29

III. Als unterlegene Partei hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO der Kläger die Kosten der Revision zu tragen. 30

Kreft

Rinck

Rachor

Söller

Jan Eulen