

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Arbeitsvertragliche Absprachen
3. Einzelne Gestaltungsmöglichkeiten
  - 3.1 Ausklammern bestimmter Kündigungsgründe
  - 3.2 Einbeziehung früherer Beschäftigungszeiten
  - 3.3 Inbezugnahme tariflicher Bestandsschutzregeln
  - 3.4 Kündigungsschutz trotz Kleinbetriebs
  - 3.5 Verzicht auf die ordentliche Kündigung
  - 3.6 Vorzeitiger Beginn des KSchG-Kündigungsschutzes
  - 3.7 Weiterbeschäftigungspflicht auf einem anderen Arbeitsplatz
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Änderung von Vertragsbedingungen
  - 4.2 Betriebsübergang
  - 4.3 Frühere Beschäftigungszeiten
  - 4.4 Sozialauswahl
  - 4.5 Treuwidrigkeit
  - 4.6 Vertragliche Inbezugnahme

### Information

#### 1. Allgemeines

Der gesetzliche **Kündigungsschutz im KSchG** und in anderen Bestimmungen ist der von der Rechtsordnung vorgesehene **Mindestschutz**. Die gesetzlichen **Kündigungsbeschränkungen** sind recht umfassend. Das beginnt bei der Beschränkung des Kündigungsrechts auf **drei** - betriebs-, personen- und verhaltensbedingte - **Kündigungsgründe** und endet bei der zum Teil sehr arbeitnehmerfreundlichen **Auslegung der KSchG -Tatbestandsmerkmale** durch die **Arbeitsgerichtsbarkeit**. Ein darüber hinausgehender arbeitsvertraglicher Kündigungsschutz ist eigentlich gar nicht nötig.

#### **Praxistipp:**

In vielen Fällen, in denen ein Arbeitgeber den Kündigungsschutz eines Mitarbeiters optimieren muss, wird er von Sachzwängen getrieben. Da möchte ein Arbeitnehmer seinen bisherigen Arbeitsplatz nicht ohne Sicherheit aufgeben, da will ein gewerkschaftlich organisierter Mitarbeiter bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber nur den Schutz behalten, den er bei Tarifbindung hätte, da pokert ein anderer Kollege vielleicht nur um bessere Vertragsbedingungen. Immer sollten sich Arbeitgeber in diesen Situationen überlegen, ob eine Erweiterung der gesetzlichen Arbeitnehmerrechte sinnvoll ist. Er verzichtet damit auf Möglichkeiten, die ihm der Gesetzgeber als Recht an die Hand gegeben hat.

Wer es als Arbeitgeber denn wirklich will, kann den **Kündigungsschutz** seiner Mitarbeiter **auf vielfältige Weise verstärken**. Er kann bestimmte **Kündigungsgründe ausklammern** und trotz § 1 Abs. 2 KSchG **frühere Beschäftigungszeiten anrechnen**. Er hat die Möglichkeit, bei fehlender Tarifbindung **tarifliche Bestandsschutzregelungen** in den Arbeitsvertrag einzubeziehen und **selbst in Kleinbetrieben** die Anwendbarkeit des KSchG auf Arbeitgeberkündigungen zu vereinbaren. Arbeitgeber dürfen **auf eine ordentliche Kündigung verzichten**, den Kündigungsschutz bereits **vor Erfüllen der KSchG-Wartezeit**

beginnen lassen und schließlich ihren Arbeitnehmern bei einer Kündigung sogar eine **Weiterbeschäftigung garantieren**. Nur: Müssen müssen sie das alles in der Regel nicht.

## 2. Arbeitsvertragliche Absprachen

Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen

- **Abschluss**,
- **Form** und
- **Inhalt**

**ihres Arbeitsvertrags** nach § 105 Satz 1 GewO grundsätzlich "*frei vereinbaren*". Ihre **Vertragsfreiheit** hat jedoch **Grenzen**. Die freie Vereinbarung von Arbeitsbedingungen ist nämlich nach § 105 Satz 1 GewO nur möglich, soweit nicht

- **zwingende gesetzliche Vorschriften**,
- **Bestimmungen eines** anwendbaren **Tarifvertrags** oder
- **einer Betriebsvereinbarung**

**entgegenstehen**. Steht kein höherrangiges Recht - insbesondere kein KSchG -Recht - entgegen, dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sogar den **Kündigungsschutz vertraglich regeln** und ihn für den Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag **optimieren**. **KSchG -widrige Regelungen** sind allerdings wegen Gesetzesverstoßes nach § 134 BGB nichtig.

### **Praxistipp:**

Ein vertraglich vereinbarter Kündigungsschutz verbessert nur die Rechtsposition der Arbeitnehmer. Arbeitgeber verzichten mit einem arbeitsvertraglichen Kündigungsschutz auf Rechte, die ihnen nach der Rechtsordnung zustehen. Sie sollten daher vor jeder arbeitsvertraglichen Optimierung von Kündigungsschutz sorgfältig überlegen, ob sie das wirklich wollen und der Verzicht auf ihrer Seite durch Leistung und Qualifikation des Mitarbeiters auf der anderen Seite kompensiert wird.

**Arbeitsverträge** sind in der Regel **Formularverträge**. Für sie gelten die §§ 305 ff. BGB . In Arbeitsverträgen vorformulierte Klauseln sind **Allgemeine Geschäftsbedingungen**. Bei Arbeitsverträgen finden § 305c Abs. 2 BGB und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auch dann Anwendung. "*wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der .. [Arbeitnehmer] auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte*" ( § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ).

### **Praxistipp:**

Wer den Kündigungsschutz seiner Mitarbeiter vertraglich verbessern will, sollte für eindeutige und auch für Dritte - insbesondere die Arbeitsrichter - nachvollziehbare Vertragsklauseln sorgen. Im Zweifel ist es besser, auf eigene Regeln zum Kündigungsschutz zu verzichten. Der gesetzliche KSchG -Schutz reicht in der Regel völlig aus.

**Individuelle Vertragsabreden** haben nach § 305b BGB natürlich **Vorrang**. Ansonsten müssen Absprachen zum Kündigungsschutz ua.

- das Verbot überraschender und mehrdeutiger Klauseln aus § 305cBGB beachten,
- klar und verständlich sein ( § 307 Abs. 1 BGB ) und
- eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers ausschließen, § 307 Abs. 1 u. 2 BGB .

**Unklarheiten** gehen **zu Lasten des Arbeitgebers**, § 305c BGB .

## 3. Einzelne Gestaltungsmöglichkeiten

Nachfolgend werden einige der allgemein üblichen Möglichkeiten vorgestellt, den **Kündigungsschutz** von Arbeitnehmern zu **optimieren**. Die Darstellung ist nicht abschließend.

### 3.1 Ausklammern bestimmter Kündigungsgründe

Der besondere arbeitsvertragliche Kündigungsschutz kann darin bestehen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer **bestimmte Anlässe** oder **bestimmte Kündigungsgründe** im Arbeitsvertrag **ausklammern**.

#### **Beispiel:**

Arbeitnehmerin K ist Dialyse-Patientin. Sie muss 3-mal wöchentlich zur Blutwäsche. Frau K bewirbt sich auf eine neue Stelle und sagt im Bewerbungsgespräch gleich, dass sie wegen der Dialyse zu bestimmten Zeiten nicht arbeiten kann. Ihr Arbeitgeber verspricht K, sie nicht wegen einer Arbeitsunfähigkeit und Fehlzeiten, die auf das Nierenleiden zurückzuführen sind, personenbedingt zu kündigen. Er nimmt eine entsprechende Klausel in den Arbeitsvertrag auf.

#### **Praxistipp:**

Der Arbeitgeber verzichtet mit dem Ausklammern bestimmter Kündigungsanlässe oder -gründe auf Rechte, die ihm die Rechtsordnung mit dem KSchG ausdrücklich zugesteht. Ein genereller Kündigungsverzicht ist daher ebenso falsch wie ein zu großzügig angelegter. Der Arbeitgeber kann individualrechtlich nicht gezwungen werden, auf sein gesetzlich verbrieftes Kündigungsrecht zu verzichten.

Was Arbeitgeber und Arbeitnehmer **nicht** dürfen: **KSchG -widrige Kündigungsgründe vereinbaren**. Auch wenn sie es noch so ernst meinen und wollen - Arbeitgeber und Arbeitnehmer können arbeitsvertraglich keine Kündigungsgründe vereinbaren, die vom **KSchG -Leitbild** nicht gedeckt sind.

### 3.2 Einbeziehung früherer Beschäftigungszeiten

Der **Beginn des allgemeinen KSchG-Kündigungsschutzes** knüpft nach § 1 Abs. 1 KSchG daran an, dass das **"Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat"**. Wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer es wollen, können sie vereinbaren, dass **frühere Beschäftigungszeiten mitgerechnet** werden.

#### **Beispiel:**

Arbeitnehmer I war im letzten Jahr vom 01.02. bis zum 30.04. drei Monate für die GmbH W, ein Unternehmen der Zeitarbeitsbranche, tätig. Vom 01.12. bis zum 31.01. dauerte das nächste W-Engagement. I ist ein gefragter Schweiß-Spezialist und hatte seine Arbeitsverhältnisse bei dem Zeitarbeitsunternehmen jeweils selbst gekündigt, um ein paar Monate für den jeweiligen Entleiher zu arbeiten. Am 01.10. des laufenden Jahres fängt er wiederum bei der KG W an. Er vereinbart mit ihr, dass die früheren Beschäftigungszeiten - obwohl die Betriebszugehörigkeit rechtlich und tatsächlich unterbrochen war - kündigungsschutzrechtlich angerechnet werden. Mit dem 01.11. des laufenden Jahres hat Herr I KSchG -Kündigungsschutz.

#### **Praxistipp:**

Auch hier gilt: Kein Arbeitgeber ist verpflichtet, frühere Beschäftigungszeiten, die rechtlich bedeutungslos geworden sind, anzurechnen. Er tut das in der Regel nur, wenn er auf den Arbeitnehmer angewiesen ist und der den Arbeitsvertrag ohne Einbeziehung früherer Beschäftigungszeiten nicht unterschreiben will.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Abmachung, dass frühere Beschäftigungszeiten in die Betriebszugehörigkeit einbezogen werden sollen, trägt der **Arbeitnehmer**.

### 3.3 Inbezugnahme tariflicher Bestandsschutzregeln

Viele **Tarifverträge** enthalten **Kündigungsbeschränkungen**. Sie wirken nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 TVG aber nur zwischen Tarifgebundenen. Gibt es keinen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag oder sind Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer nicht organisiert, haben sie die Möglichkeit, auf tarifliche Bestandsschutzregelungen Bezug zu nehmen.

**Beispiel:**

Die KG B ist ein Hersteller alpiner Wellnessprodukte für den Bad-, Spa- und Saunabereich. Sie ist nicht tarifgebunden, ihre Mitarbeiter auch nicht. In ihren Formular-Arbeitsverträgen verwendet die KG B die Klausel *"Im Übrigen finden auf das Arbeitsverhältnis die Branchentarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung."* Im Manteltarifvertrag der Branche steht unter *"Kündigung von Arbeitsverhältnissen"*: *"Einem Arbeitnehmer, der das 55. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb ununterbrochen 20 Jahre angehört, kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden."* Erfüllen Arbeitnehmer der KG B die tariflichen Voraussetzungen, haben sie den gleichen Kündigungsschutz wie tarifgebundene Arbeitnehmer. Die tarifliche "Unkündbarkeit" besteht bei Ihnen wegen der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme der Branchentarifverträge.

**Praxistipp:**

Arbeitgeber leben mit tariflichen Regelungen nicht immer leichter. Sind sie in ihrem Arbeitgeberverband organisiert, wollen sie die Tarifbindung. Ist ein Tarifvertrag allgemeinverbindlich, sind sie auch unorganisiert von ihm erfasst - ob sie das wollen, oder nicht. Wer die Sicherheit eines Tarifvertrags über eine arbeitsvertragliche Inbezugnahme sucht, hat die Möglichkeit, bestimmte Regelungen des Tarifvertrags auszuschließen - zum Beispiel mit: *"Im Übrigen finden auf das Arbeitsverhältnis die Branchentarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung. Ausgenommen sind die von der Betriebszugehörigkeit und dem Lebensalter abhängigen Regelungen über den tariflichen Bestandsschutz bei ordentlichen Kündigungen."*

Unabhängig von der Frage, ob ein vertraglich vereinbarter Kündigungsschutz aus einem Tarifvertrag oder tarifliche Einschränkungen dieses Kündigungsschutzes greifen: *"Eine Beendigungskündigung ist schon wegen der vorrangigen Möglichkeit einer **Änderung der Arbeitsbedingungen** unverhältnismäßig"* ( BAG, 26.03.2009 - 2 AZR 879/07 ).

### 3.4 Kündigungsschutz trotz Kleinbetriebs

Der **betriebliche Anwendungsbereich des KSchG** trifft Betriebe mit **mehr als 5/10 Arbeitnehmer**, § 23 Abs. 1 KSchG. Seit dem 01.01.2004 gilt das KSchG grundsätzlich nur **in Betrieben mit mehr als zehn Mitarbeitern** (zur Abgrenzung 5/10 Arbeitnehmer und zur Zählweise wird auf die Stichwörter Kündigungsschutz - Betriebsgröße und Kündigungsschutz - Kleinbetrieb verwiesen). Es besteht aber die Möglichkeit, den KSchG -Kündigungsschutz im Kleinbetrieb vertraglich zu vereinbaren.

**Beispiel:**

Arbeitnehmerin T ist Buchhalterin und sucht eine neue Herausforderungen. Bislang war sie in großen Steuerberater- und Wirtschaftsprüfer-Büros angestellt. T möchte gerne aufs Land ziehen. In der nächst größeren Stadt gibt es die GmbH L, ein kleines Unternehmen mit sechs Arbeitnehmern, das sich um die Entgeltabrechnungen mittelständischer Handwerksbetriebe kümmert. Um für die Zeit nach dem Arbeitgeberwechsel abgesichert zu sein, möchte Frau T mit der GmbH L vereinbaren, dass ihr Arbeitsverhältnis nur gekündigt werden kann, wenn ein anerkannter KSchG -Kündigungsgrund vorliegt.

**Praxistipp:**

Für eine Kündigungsschutzvereinbarung bietet sich folgende Vertragsklausel an: *"Solange der gesetzliche Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz wegen der Betriebsgröße nicht greift, kann das Arbeitsverhältnis auf vertraglicher Basis nur gekündigt werden, wenn ein betriebs-, personen- oder verhaltensbedingter Kündigungsgrund iSd. § 1 Abs. 2 KSchG vorliegt."* Auch hier sollte der Arbeitgeber genau prüfen, ob es sich wirklich lohnt, sich das von Rechts wegen unanwendbare KSchG durch eine vertragliche Abmachung in den Betrieb zu holen. Er nimmt sich damit selbst das Recht,

Arbeitnehmer ohne die strengen KSchG-Bestimmungen kündigen zu können.

Arbeitgeber können ihre **Betriebsgröße** übrigens nicht durch **Leiharbeiter** kleinhalten: *"Bei der Berechnung der Betriebsgröße iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem 'in der Regel' vorhandenen Personalbedarf beruht"* ( BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12 ).

### 3.5 Verzicht auf die ordentliche Kündigung

Der Arbeitgeber kann einen Arbeitsvertrag

- **ordentlich mit Kündigungsfrist** oder
- **außerordentlich ohne Kündigungsfrist**

kündigen. Wer seinen Mitarbeitern - vielleicht als **Belohnung für eine lange Betriebstreue** - einen gewissen Bestandsschutz sichern will, kann im Arbeitsvertrag **auf den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung verzichten**. Das führt aber nicht - wie viele Arbeitnehmer glauben - zur generellen Unkündbarkeit. Die außerordentliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist immer möglich - wenn dafür ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

#### **Beispiel:**

L arbeitet schon 15 Jahre als Chefsekretärin bei der Umland-Wohnbaugenossenschaft eG. Ihr Arbeitsvertrag sieht für eine mehr als 10-jährige Betriebszugehörigkeit den Ausschluss der ordentlichen Kündigung vor. Frau L hat in den letzten Jahren ein ausgeprägtes Alkoholproblem entwickelt. Sie macht wiederholt Fehler in der Sachbearbeitung und hat erhebliche, alkoholbedingte Ausfallzeiten mit Entgeltfortzahlung. Für eine ordentliche Kündigung könnten die von L verursachten Betriebsstörungen vielleicht reichen, aber noch nicht für eine außerordentliche. Bei ihr muss dem Arbeitgeber nämlich die Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters bis zum Auslauf der Frist für die ordentliche Kündigung unzumutbar sein, § 626 Abs. 1 BGB . Ob und wann das ist, ist eine Frage des Einzelfalls.

#### **Praxistipp:**

Wer als Arbeitgeber wirklich arbeitsvertraglich auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung verzichten will, kann das beispielsweise mit folgender Klausel tun: *"Das Arbeitsverhältnis kann vom Arbeitgeber nach mehr als 10-jähriger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit nicht mehr ordentlich gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wegen eines wichtigen Grundes ist nicht eingeschränkt."*

Die außerordentliche **Kündigung ordentlich nicht mehr kündbarer Arbeitnehmer** führt nicht dazu, dass sie von heute auf morgen entlassen werden dürfen. Der Arbeitgeber muss hier in der Regel zur *"Vermeidung von Wertungswidersprüchen und Nachteilen für den gerade besonders geschützten Arbeitnehmer ... eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende **Auslauffrist**"* einhalten ( BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 674/11 ).

### 3.6 Vorzeitiger Beginn des KSchG-Kündigungsschutzes

Der allgemeine **KSchG-Kündigungsschutz beginnt** nach § 1 Abs. 1 KSchG erst dann, wenn das *"Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung **länger als sechs Monate bestanden hat**".* Viele Arbeitnehmer scheuen sich deswegen, ein **neues Arbeitsverhältnis** einzugehen. Sie verlieren den Kündigungsschutz in der bisherigen Beschäftigung und **fangen** in der neuen im Prinzip wieder **bei null an**.

#### **Beispiel:**

V arbeitet schon seit vielen Jahren im Einrichtungshaus A. Er ist ein ausgesprochener Fachmann für Vollholzmöbel und hat in der Branche bei Kunden und Lieferanten einen exzellenten Ruf. Ein Konkurrent der A, die KG K, möchte V abwerben und ihn zum Verkaufsleiter ihrer Sparte Echt- und Massivholzmöbel

aufbauen. Was er bei der Firma A an Bestandschutz hat, weiß Herr V zu schätzen. Fängt er bei der KG F mit Probezeit und ohne Kündigungsschutz an, heißt das: in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung ist eine jederzeitige Kündigung mit 2-wöchiger Kündigungsfrist ohne KSchG -Grund möglich. Dann hat Viktor seinen alten Arbeitsplatz mit KSchG -Bestandsschutz selbst aufgegeben und den neuen durch eine Probezeitkündigung ohne KSchG -Kündigungsschutz verloren.

### **Praxistipp:**

Für den Sofort-KSchG-Schutz kann folgende Vertragsklausel verwendet werden: *"Der gesetzliche Kündigungsschutz nach dem KSchG beginnt sofort mit Aufnahme der Beschäftigung. Auf die gesetzliche Wartezeit in § 1 Abs. 1 KSchG wird verzichtet."* Zusätzlich kann - wenn man es denn wirklich will - sogar eine Vereinbarung über die Anrechnung der beim früheren Arbeitgeber zurückgelegten Beschäftigungszeiten aufgenommen werden.

Die **Vereinbarung** des vorzeitigen Kündigungsschutzbeginns ist - wenn es keine andere kollektiv- oder individualvertragliche Anspruchsgrundlage gibt - eine **freiwillige Sache** des Arbeitgebers. Er ist dazu nicht verpflichtet - beugt sich aber oft dem **Tatsachendiktat**, wenn die Einstellung des neuen Mitarbeiters sonst scheitern würde. Allein aus dem Umstand, dass **keine BGB-Probezeit vereinbart** wurde, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Arbeitnehmer damit gleich den gesetzlichen Kündigungsschutz haben soll (LAG Rheinland-Pfalz, 18.05.2011 - 8 Sa 137/11 ). Die Vereinbarung einer Probezeit führt nach § 622 Abs. BGB nur dazu, dass eine 2-wöchige Kündigungsfrist gilt (LAG Rheinland-Pfalz, aaO.).

### **3.7 Weiterbeschäftigungspflicht auf einem anderen Arbeitsplatz**

Das KSchG -Kündigungsrecht sieht die **Beendigungskündigung** nach dem **Ultima-Ratio-Prinzip** immer als **letztes Mittel**, wenn

- eine Abmahnung,
- eine Versetzung,
- eine Änderungskündigung oder
- andere, **mildere Maßnahmen**,

keinen Erfolg versprechen oder dem Arbeitgeber nicht möglich oder nicht zumutbar sind. Somit ist die **Weiterbeschäftigung** auf einem anderen Arbeitsplatz schon nach KSchG -Prinzipien ein Punkt, der einer ordentlichen Kündigung entgegenstehen kann. Eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** kann auch ausdrücklich **im Arbeitsvertrag** vereinbart werden.

### **Beispiel:**

Die GmbH & Co. KG S vereinbart mit ihren Arbeitnehmern im Formulararbeitsvertrag unter *"Kündigung"*: *"Sollte das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen ordentlich gekündigt werden, verpflichtet sich der Arbeitgeber, den/die Arbeitnehmer/in auf einem anderen, für ihn/sie geeigneten freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen."*

### **Praxistipp:**

Vertragsklauseln mit Weiterbeschäftigungspflicht sind oft mehr Kosmetik als wirklich werthaltig. Da Arbeitgeber schon nach dem KSchG Probleme mit einer Kündigung haben, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, braucht so eine Klausel gar nicht in den Arbeitsvertrag aufgenommen zu werden. Je nach Inhalt kann eine Weiterbeschäftigungsvereinbarung jedoch außerhalb der KSchG -Grundsätze zu einem echten Rechtsanspruch auf Weiterbeschäftigung führen. Da sollte man sich vor so einer Vereinbarung fragen, ob man sie wirklich will.

Das **KSchG** ist vom Grundsatz her **nicht konzernbezogen**. Insoweit sind Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung nicht verpflichtet, Mitarbeiter im Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Aber: **"Ausnahmsweise kann eine solche Pflicht jedoch bestehen** [es folgt ein Hinweis auf BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 62/11 - und BAG, 14.10.1982 - 2 AZR 568/80] . **Dies gilt etwa dann, wenn sich ein anderes**

**Konzernunternehmen** ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder wenn sich eine solche Verpflichtung aus einer vertraglichen Absprache oder einer in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt (...). Weitere Voraussetzung ist, dass der Vertragsarbeitgeber auf die 'Versetzung' einen bestimmenden Einfluss hat. Die Entscheidung über sie darf grundsätzlich nicht dem zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten bleiben" ( BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 674/11 ).

#### 4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema arbeitsvertraglicher Kündigungsschutz **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

##### 4.1 Änderung von Vertragsbedingungen

Eine Vereinbarung, durch die sich der Arbeitgeber vertraglich das Recht zusichern lässt, einzelne Vertragsbedingungen **einseitig** zu ändern, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Aber: Führt diese Vereinbarung dazu, dass **zwingende KSchG -Bestimmungen** umgangen werden, ist sie nichtig. "*Das ist in der Regel .. der Fall, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das **Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung** grundlegend gestört würde*" ( BAG, 15.08.2000 - 1 AZR 458/99 - mit Hinweis auf BAG, 28.05.1997 - 5 AZR 125/96 ).

##### 4.2 Betriebsübergang

§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB sagt, dass der **Betriebserwerber** mit dem Betriebsübergang in die "*Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen*" eintritt. Damit wahrt § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch die **Bestandsschutzinteressen** der übergehenden Arbeitnehmer. Das heißt im Klartext: selbst ein **arbeitsvertraglich vereinbarter besonderer Kündigungsschutz** des Arbeitnehmers bleibt beim Betriebsübergang erhalten ( LAG München, 07.10.2010 - 2 Sa 1208/09 - mit Hinweis auf BAG, 21.02.2013 - 8 AZR 877/11 ).

##### 4.3 Frühere Beschäftigungszeiten

"An sich **nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeiten** bei demselben Arbeitgeber oder einem anderen Unternehmen können bei der **Dauer der Betriebszugehörigkeit** nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durch eine vertragliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien berücksichtigt werden. Die sich zu Lasten anderer Arbeitnehmer auswirkende Individualvereinbarung darf jedoch nicht rechtsmissbräuchlich sein und nur die **Umgehung der Sozialauswahl** bezwecken. Für eine Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Betriebszugehörigkeiten muss ein sachlicher Grund vorliegen. Ein sachlicher Grund ist ohne weiteres anzunehmen, wenn der Berücksichtigung früherer Beschäftigungszeiten ein arbeitsgerichtlicher Vergleich wegen eines streitigen Betriebsübergangs zugrunde liegt" ( BAG, 02.06.2005 - 2 AZR 480/04 ).

##### 4.4 Sozialauswahl

Vereinbaren Arbeitgeber und Betriebsrat in einer **Betriebsvereinbarung**, dass der Arbeitgeber bei bestimmten Mitarbeitern wegen deren Entgeltverzichts auf ordentliche betriebsbedingte Kündigungen verzichte, ist das kein Grund, diese Mitarbeiter **wegen eines "Sonderkündigungsschutzes"** aus der Sozialauswahl herauszunehmen. Die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG gehört zu den elementaren zwingenden Kündigungsregelungen. Zumindest in Fällen, "*in denen .. [der Arbeitgeber] den Erhalt des gesetzlichen Kündigungsschutzes von einem von der Rechtsordnung nicht vorgesehenen Verhalten abhängig macht, kann sich **der so 'erkaufte' Kündigungsschutz** nicht zu Lasten derjenigen auswirken, die ihre Rechtsposition behaupten*" ( LAG Berlin-Brandenburg, 15.10.2010 - 9 Sa 1162/10 - mit dem Hinweis, dass die Rechtsordnung es missbillige, wenn der Arbeitgeber den Erhalt des gesetzlichen Kündigungsschutzes mit dem Verzicht auf die Vertragsfreiheit koppelt).

##### 4.5 Treuwidrigkeit

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann unter bestimmten Umständen treuwidrig iSd. § 242 BGB sein. Die **Darlegungs- und Beweislast** für diese Treuwidrigkeit und auch für die **Vereinbarung eines besonderen arbeitsvertraglichen Kündigungsschutzes** trägt der Arbeitnehmer. "*Die **Äußerung des***

**Firmeninhabers**, auch wenn es der Firma mal nicht so gut gehe, werde der Arbeitnehmer der 'Letzte sein, der das Licht ausmache', kann nicht als vertragliche Kündigungseinschränkung gewertet werden" ( LAG Köln, 28.09.2010 - 5 Sa 814/10 - Leitsatz).

#### 4.6 Vertragliche Inbezugnahme

Findet der **BAT** (heute: TVöD ) auf Grund einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, sind auch die **Kündigungsschutzbestimmungen des BAT** auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden. Während der Arbeitgeber dann nach § 53 Abs. 3 BAT bei einem ordentlich "unkündbaren" Arbeitnehmer **keine ordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung** aussprechen kann, bleibt eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung mit Auslauffrist nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 BAT durchaus zulässig. Zum Beispiel für die Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe, *"wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dienstlichen Gründen nachweisbar nicht möglich ist"* ( BAG, 28.05.2009 - 2 AZR 844/07 ).