

Der Arbeitsvertrag

Handbuch der Vertragsgestaltung

von

RAin Dr. Viola Lindemann, Prof. Dr. Ulrich Preis, Prof. Dr. Markus Stoffels, RiFG Dr. Klaus Wagner, Prof. Dr. Christian Rolfs

4., neubearbeitete Auflage

[Der Arbeitsvertrag – Lindemann / Preis / Stoffels / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arbeitsvertrag, Arbeitsentgelt](#) – [Arbeitsrecht](#) – [Arbeitsvertrag, Arbeitsentgelt](#)

Dr. Otto Schmidt Köln 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 504 42032 1

Kündigungsvereinbarungen

	Rz.		Rz.
1. Einführung	1	c) Vereinbarung besonderen Kündigungsschutzes	32
2. Umdeutung von Kündigungserklärungen	3	d) Vereinbarung einer „Lebens- oder Dauerstellung“	34
a) Fristlose in fristgerechte Kündigung	4	7. Kündigung vor Dienstantritt	38
b) Umdeutung verspätet zugegangener Kündigung für den nächstzulässigen Zeitpunkt	7	a) Ausschluss der ordentlichen Kündigung	41
3. Formerfordernisse	9	b) Genereller Kündigungsausschluss	42
4. Angabe von Kündigungsgründen ..	11	c) Einseitiger Kündigungsausschluss	43
5. Kündigungsgründe	15	d) Regelung der Kündigungsfrist ..	44
a) Einführung	15	e) Hinweise zur Vertragsgestaltung	48
b) Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts	16	8. Kündigungsfristen	49
c) Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts	17	a) Einführung	49
d) Erweiterung des außerordentlichen Kündigungsrechts	20	b) Probezeit	52
e) Hinweise zur Vertragsgestaltung	25	c) Arbeitsverträge mit Aushilfen ..	54
6. Vertragliche Erweiterung des Kündigungsschutzes	26	d) Verzicht auf Kündigungstermin in Kleinbetrieben	58
a) Beiderseitiger Ausschluss der ordentlichen Kündigung	27	e) Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfristen	59
b) Ausschluss der ordentlichen Kündigung zugunsten des Arbeitnehmers	30	aa) Grundlagen	59
		bb) Regelungen in Altverträgen ..	62
		cc) Anrechnungsklauseln	64
		f) Bezugnahme auf tarifliche Kündigungsfristen	65
		g) Gleichbehandlungsklauseln ...	72

Schrifttum: *Berger-Delhey*, Die Kündigung vor Arbeitsantritt, DB 1989, 380; *Caesar*, Die Kündigung vor Arbeitsantritt, NZA 1989, 251; *Gamillscheg*, Der zweiseitig-zwingende Charakter des § 626 BGB, ArbuR 1981, 105; *Kania/Kramer*, Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, RdA 1995, 287; *Kramer*, Kündigungsvereinbarungen im Arbeitsvertrag, 1994; *Neumann*, Lebens- und Dauerstellung, DB 1956, 571; *Schmidt*, Die rechtliche Problematik der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vor Dienstantritt, 1966; *Willms*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor dem vereinbarten Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme, 1966; *Wolf*, Kündigung vor Arbeitsantritt und Schadensersatz, JuS 1968, 65.

1. Einführung

In der Vertragspraxis finden sich häufig Vereinbarungen zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Dies überrascht, weil sowohl das Kündigungsschutzrecht als auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung weithin zwingender Natur ist. Kündigungsvereinbarungen müssen daher recht sorgfältig daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit sie mit zwingenden Rechtsgrundsätzen kollidieren. 1

2. Durchaus verbreitet sind Vertragsbestimmungen zur **Kündigung vor Dienstantritt** (vgl. IB Rz. 47 ff.). Am häufigsten werden **Kündigungsfristen** vereinbart (vgl. IB Rz. 51). Das überrascht, weil § 622 BGB eine ausgewogene Staffelung der Kündigungsfristen je nach Dauer der Betriebszugehörigkeit enthält, der einzelvertragliche Gestaltungsspielraum äußerst gering ist (§ 622 Abs. 5 BGB) und die Kündigungsfristen eine Domäne tarifvertraglicher Vereinbarung sind (§ 622 Abs. 4 BGB). Die Gefahr, dass vertragliche Regelungen gegen Gesetz oder Tarifvertrag verstoßen, ist daher äußerst hoch. In Arbeitsverträgen verbreitet sind ferner **Formvorschriften** für die Kündigung, insbesondere Schriftformklauseln, die in Ansehung des seit 1.5.2000 geltenden § 623 BGB in einem neuen Licht gesehen werden müssen. Es handelt sich bei der Norm um ein zwingendes, konstitutives Schriftformerfordernis, das im praktischen Ergebnis wohl zweiseitig zwingenden Charakter haben dürfte und damit jegliche abweichende Vereinbarung ausschließt.¹ Aber es gibt auch zahlreiche Klauseln zu weiteren Spezialfragen, die sich gewisser Verbreitung erfreuen: Umdeutungsklauseln, Vereinbarung von Kündigungsgründen oder Vereinbarungen zur Erweiterung des Kündigungsschutzes. Mittelbar zu den Kündigungsvereinbarungen gehören die Klauseln zur → *Freistellung des Arbeitnehmers* (II F 10) und die sog. Ausgleichsquittung, (→ *Verzicht und Ausgleichsquittung*, II V 50), die in der Regel mit einem Verzicht auf den Kündigungsschutz einhergehen. Der mit → *Aufhebungsverträgen* (II A 100) einhergehende Verzicht auf den Kündigungsschutz bedarf ebenso besonderer Behandlung wie die Vereinbarungen zu → *Vorbehalten* (II V 70), die den Änderungskündigungsschutz des Arbeitnehmers betreffen. Fragen des Bestandsschutzes sind überdies bei → *Altersgrenzenregelungen* (II A 20) und bei der → *Befristung des Arbeitsverhältnisses* (II B 10) berührt. Kündigungsrechtliche Folgewirkungen haben auch Vereinbarungen über die Reichweite des → *Direktionsrechts*, II D 30 Rz. 3 ff.

2. Umdeutung von Kündigungserklärungen

3. Die Kündigung muss **so hinreichend bestimmt und deutlich sein**, dass der Gekündigte Klarheit über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erhält. Die Kündigung muss also **zweifelsfrei** erklärt werden. Unter Umständen kann jedoch eine bestimmt erklärte Kündigung unwirksam sein. Dann stellt sich die Frage, ob eine unwirksame Kündigung in eine andere Erklärung umgedeutet werden kann. Die Umdeutung einer Kündigung in eine Anfechtung kommt in der Regel nicht in Betracht.² Die früher denkbare Umdeutung einer Kündigungserklärung in einen Antrag auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages kommt schon wegen des Formerfordernisses auch für Aufhebungsverträge nach § 623 BGB im Ergebnis nicht in Betracht.³ Hauptanwendungsfall der Umdeutung in der Praxis ist der der Umdeutung einer (unwirksamen) außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündi-

¹ Hierzu näher APS/Preis, § 623 BGB Rz. 11.

² SPV/Preis, Rz. 416.

³ APS/Preis, § 623 BGB Rz. 37.

gung. Dies gilt aber nur dann, wenn die außerordentliche Kündigung schriftlich gemäß § 623 BGB erklärt worden ist und nur aus einem anderen Grund unwirksam ist. Die Umdeutung scheidet dann nicht an der Form für die ordentliche Kündigung, denn die Kündigung an sich ist formwirksam erklärt. Die Angabe, ob es sich um eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung handelt, ist zur Formwahrung nicht erforderlich.⁴ Vor diesem Hintergrund haben Vertragsgestaltungen, die „vorsorglich“ eine Umdeutung regeln, nur eine begrenzte Bedeutung.

a) Fristlose in fristgerechte Kündigung

Typ 1: Umdeutung unwirksamer fristloser in fristgerechte Kündigung

- a) Eine fristlose Kündigung gilt für den Fall ihrer Unwirksamkeit zugleich als fristgemäße Kündigung zum nächst zulässigen Termin.
- b) Eine fristlose Kündigung gilt vorsorglich als fristgemäße Kündigung zum nächst zulässigen Zeitpunkt.

Umdeutungsklauseln finden sich in Arbeitsverträgen hauptsächlich für den Fall, dass eine fristlose Kündigung vorsorglich auch als fristgemäße Kündigung gelten soll (Typ 1). Mithilfe dieser Klauseln soll eine eventuell unwirksame fristlose Kündigung „gerettet“ werden, also zumindest als fristgemäße Kündigung Bestand haben. 4

Die rechtliche Zulässigkeit derartiger Umdeutungsklauseln richtet sich nach § 140 BGB. Objektiv ist Voraussetzung, dass das umgedeutete Rechtsgeschäft nicht weit reichender ist als das nichtige.⁵ Wird eine fristlose (außerordentliche) in eine fristgerechte (ordentliche) Kündigung umgedeutet, so liegt diese objektive Voraussetzung vor. Subjektiv erfordert § 140 BGB, dass das umgedeutete Rechtsgeschäft dem mutmaßlichen Parteiwillen bei Kenntnis der Nichtigkeit des ursprünglichen Rechtsgeschäftes entspricht. Um einer Ermittlung dieses mutmaßlichen Parteiwillens aus dem Wege zu gehen, kann es sich im Sinne der Klausel Typ 1 empfehlen, diesen Willen auch tatsächlich zu äußern. Allerdings ersetzt diese vertragliche Abrede nicht die vorsorgliche **Erklärung** einer fristgemäßen (ordentlichen) Kündigung.⁶ Eine solche Vereinbarung hat daher (nur) den Sinn, den mutmaßlichen Willen des Kündigenden und dessen Erkennbarkeit beim Kündigungsempfänger für eine Umdeutung deutlich werden zu lassen. Daher muss **das Kündigungsschreiben**, mit dem die fristlose (außerordentliche) Kündigung erklärt wird, zugleich die hilfswise ordentliche Kündigung beinhalten, z.B.: 5

4 APS/Preis, § 623 BGB Rz. 37, 21.

5 BGH v. 14.5.1956, BGHZ 20, 363 (370); v. 15.12.1955, BGHZ 19, 269 (275).

6 BAG v. 12.8.1976, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972.

Das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis kündigen wir hiermit außerordentlich und fristlos, hilfsweise ordentlich und fristgemäß zum ...

- 6 Die Vereinbarung einer Umdeutungsklausel bezüglich der Umdeutung einer fristlosen in eine fristgerechte Kündigung ist – da diese vertragliche Abrede nicht die Erklärung einer fristgemäßen (ordentlichen) Kündigung ersetzt – mithin nur dann sinnvoll und zweckmäßig, wenn mit der Erklärung der fristlosen zugleich vorsorglich die fristgemäße Kündigung erklärt wird. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Betriebsrat im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG sowohl hinsichtlich der beabsichtigten fristlosen (außerordentlichen) als auch zu einer vorsorglichen fristgemäßen (ordentlichen) Kündigung zu hören ist.⁷

b) Umdeutung verspätet zugegangener Kündigung für den nächst zulässigen Zeitpunkt

- 7 Bisweilen wird klargestellt, dass eine verspätet zugegangene Kündigung als Kündigung für den nächst zulässigen Zeitpunkt gilt.

➡ **Nicht geeignet:**

Eine verspätet zugegangene Kündigung gilt als Kündigung für den nächst zulässigen Zeitpunkt.

- 8 Derartige Umdeutungsklauseln sind **überflüssig**, denn die nicht rechtzeitige – aber an sich wirksame – Kündigung beendet schlechthin das Arbeitsverhältnis zum nächst zulässigen Termin.⁸

3. Formerfordernisse

- 9 Noch verbreitet sind Schriftformklauseln in unterschiedlicher Ausgestaltung in zahlreichen Arbeitsverträgen.

- a) Die Kündigung bedarf der Schriftform.
- b) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses muss schriftlich erfolgen.
- c) Die Kündigung kann nur durch eingeschriebenen Brief erfolgen.

- 10 Solche Klauseln sind seit der Einführung des § 623 BGB weithin wirkungs- und nutzlos. Bei der von § 623 BGB verlangten Schriftform handelt es sich um ein konstitutives Wirksamkeitserfordernis. Gesetzliche Formerfordernisse können weder durch die Arbeitsvertragsparteien noch durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag abbedungen werden. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass gesetzliche Formvorschriften zwingend sind. Fraglich ist,

⁷ BAG v. 12.8.1976, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972.

⁸ BAG v. 18.4.1985, EZA § 622 BGB Nr. 21; APS/Linck, § 622 BGB Rz. 66.

ob die Vertragsparteien nach dem Grundsatz der Privatautonomie neben ohnehin geltenden gesetzlichen Formvorschriften ihrerseits strengere Anforderungen als in § 623 BGB vorsehen können. Dies ist zweifelhaft, zumal eine vergleichbare Norm (§ 568 BGB) im Mietrecht als zweiseitig zwingende Norm interpretiert wird.⁹ Insofern kann nur davon abgeraten werden, in Arbeitsverträgen das gesetzliche Schriftformerfordernis zu modifizieren (z.B. durch besondere Zugangserfordernisse). Soweit die strengeren Formerfordernisse auch zulasten des Arbeitnehmers gelten, ist in Formulararbeitsverträgen der in § 309 Nr. 13 BGB zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke zu berücksichtigen. Danach ist die Vereinbarung einer strengeren Form als der Schriftform oder das Aufstellen besonderer Zugangserfordernisse unzulässig.¹⁰ Für die Kündigung gilt darüber hinaus, dem Rechtsgedanken des § 622 Abs. 6 BGB entsprechend, dass einseitige Kündigungser schwerungen für den Arbeitnehmer unwirksam sind¹¹ und damit auch jegliche Vereinbarung einer strengeren Form nur für die arbeitnehmerseitige Kündigung.

4. Angabe von Kündigungsgründen

Typ 2: Angabe von Kündigungsgründen

- a) Die Kündigung hat die Kündigungsgründe zu enthalten.
- b) Dem gekündigten Arbeitnehmer sind die Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitzuteilen. Eine Kündigung ohne Angabe der Kündigungsgründe ist unwirksam.

Grundsätzlich ist sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung ohne Angabe der Kündigungsgründe wirksam.¹² Die vertragliche Vereinbarung zur Mitteilung der Kündigungsgründe kann aber in zweierlei Hinsicht (**prozess-ökonomische Wirkungen**) entfalten. Zum einen kann der Arbeitnehmer bei Kündigung durch den Arbeitgeber besser abschätzen, ob ein Kündigungsschutzprozess Aussicht auf Erfolg hat mit der Folge, dass weniger unnötige Prozesse betrieben werden. 11

Zum anderen entfällt bei außerordentlichen Kündigungen die sonst eigens nach der Kündigung notwendige Bitte um Mitteilung des Kündigungsgrundes (vgl. § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB). Verstößt der Kündigende gegen die Begründungspflicht, so kann er **schadensersatzpflichtig** werden. Wenn beispielsweise der Gekündigte einen Kündigungsschutzprozess verliert, weil er ohne Kenntnis des Kündigungsgrundes einen Arbeitsprozess anstrengt, dann muss der Kündigende u.U. für die Verfahrenskosten aufkommen. 12

⁹ Palandt/*Weidenkaff*, § 568 BGB Rz. 3; Staudinger/*Rolfs*, § 568 BGB Rz. 25.

¹⁰ APS/*Preis*, § 623 BGB Rz. 11; *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 412 f.; *Kliemt*, S. 431 f.

¹¹ BAG v. 6.9.1989, AP Nr. 27 zu § 622 BGB; SPV/*Preis*, Rz. 82.

¹² BAG v. 30.6.1959, AP Nr. 56 zu § 1 KSchG; v. 21.3.1959, AP Nr. 55 zu § 1 KSchG; v. 15.12.1955, AP Nr. 1 zu § 67 HGB.

- 13 Jedoch hat ein **Verstoß gegen die Begründungspflicht im Zweifel nicht die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung zur Folge**, solange dies nicht ausdrücklich vereinbart ist,¹³ denn eine derartig strenge Rechtsfolge ist der bloßen Vereinbarung einer Begründungspflicht nicht konkludent zu entnehmen.¹⁴ Will man also eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung aufstellen, so muss eine Klauseltyp 2b entsprechende Vereinbarung getroffen werden; die in Typ 2a gewählte Formulierung genügt dafür nicht.
- 14 Dennoch sollte die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Arbeitsvertrag sehr kritisch betrachtet werden, jedenfalls soweit die Grundangabe Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Das BAG hat zu einer entsprechenden, tariflichen qualifizierten Schriftformklausel entschieden, dass bei diesen die Kündigungsgründe im Kündigungsschreiben so genau bezeichnet sein müssten, dass im Prozess nicht ernsthaft streitig werden kann, auf welchen Lebenssachverhalt die Kündigung gestützt war; allein die Bezugnahme auf ein inhaltlich nicht näher umschriebenes Gespräch reiche dafür nicht.¹⁵ Entsprechend hat das BAG zu § 22 Abs. 3 BBiG entschieden.¹⁶ Grundsätzlich seien die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen anzugeben, pauschale Schlagworte und Werturteile genügen nicht. Über diese weit reichenden Konsequenzen muss sich der Vertragsgestalter bewusst sein.

5. Kündigungsgründe

a) Einführung

- 15 Die bloße formale Angabe von Kündigungsgründen verändert noch nicht den materiellen Kündigungsgrund. Das materielle Kündigungsschutzrecht ist weithin zwingend. Fraglich ist, inwieweit insbesondere das Recht zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB) ausgeschlossen, beschränkt oder erweitert werden kann.

b) Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts

- 16 Das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ist für beide Vertragsteile **zwingendes Recht**,¹⁷ denn es garantiert den Vertragspartnern ein unverzichtbares Freiheitsrecht des Inhalts, dass sie unzumutbare Belastungen im Arbeitsverhältnis nicht zu dulden brauchen, sondern sich dann vielmehr von dem Vertrag lösen können.¹⁸ Daher **kann** das Recht zur außerordentlichen Kündigung **nicht ausgeschlossen werden**; eine dahingehende Vereinbarung entsprechend nachfolgendem Beispiel ist unwirksam.

¹³ SPV/Preis, Rz. 88 ff.

¹⁴ Eine gesetzliche Begründungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung existiert in § 22 Abs. 3 BBiG.

¹⁵ BAG v. 10.2.1999, AP Nr. 2 zu § 54 BMT-G II.

¹⁶ BAG v. 25.11.1976, AP Nr. 4 zu § 15 BBiG.

¹⁷ SPV/Preis, Rz. 789 ff.

¹⁸ APS/Dörner, § 626 BGB Rz. 7; SPV/Preis, Rz. 789.

➔ **Nicht geeignet:**

Die ordentliche und außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist ausgeschlossen.

c) Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts

Nicht nur der völlige Ausschluss, sondern auch eine **Beschränkung** des Rechts zur außerordentlichen Kündigung ist **unzulässig**.¹⁹ Eine derartige Einschränkung läge beispielsweise vor, wenn in Arbeitsverträgen abschließend festgelegt wird, welche bestimmten Gründe zur außerordentlichen Kündigung berechtigen sollen. 17

➔ **Nicht geeignet:**

Zur außerordentlichen Kündigung berechtigen ausschließlich die folgenden Gründe: ...

Denn damit soll eine außerordentliche Kündigung in anderen als den vorgesehenen Fallgruppen ausgeschlossen werden.

Daneben wird das Recht zur außerordentlichen Kündigung auch dadurch in unzulässiger Weise beschränkt, dass es **unzumutbar erschwert** wird.²⁰ Die entscheidende Frage lautet hier also immer, ob die (faktische) Kündigungerschwerung unzumutbar ist.²¹ Nach überkommener, aber weitestgehend unbestrittener Auffassung wird für den Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung unzumutbar erschwert, wenn er durch eine Vereinbarung verpflichtet wird, während des anschließenden Kündigungsschutzprozesses die Vergütung des gekündigten Arbeitnehmers – unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreites – weiter zu zahlen,²² da die außerordentliche Kündigung das vom Gesetz anerkannte Mittel sei, um sich von einem untragbar gewordenen Arbeitsverhältnis sofort zu lösen. 18

➔ **Nicht geeignet:**

Der Arbeitgeber verpflichtet sich für die Dauer eines etwaigen Kündigungsschutzprozesses, dem Arbeitnehmer – unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits – die Bezüge weiter zu zahlen.

Daher könne es nicht gestattet sein, denjenigen, der nach dem Gesetz aus wichtigem Grund kündigt und sich damit aus einer unzumutbaren Situation befreien darf, aus Anlass einer solchen Kündigung noch mit besonderen

19 APS/Dörner, § 626 BGB Rz. 7; dagegen hält *Gamillscheg*, ArbuR 1981, 105 ff., Kündigungerschwerungen zulasten des Arbeitgebers für zulässig, da § 626 BGB insoweit nur einseitig zwingendes Recht sei.

20 APS/Dörner, § 626 BGB Rz. 12 f.

21 BAG v. 8.8.1963, AP Nr. 2 zu § 626 BGB Kündigungerschwerung.

22 Vgl. BAG v. 18.12.1961, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Kündigungerschwerung; APS/Dörner, § 626 BGB Rz. 12; kritisch hingegen *Gamillscheg*, ArbuR 1981, 105 (108).

Folgen zu belasten und ihm damit die außerordentliche Kündigung zu erschweren.²³ Diese Auffassung ist aber mehr als fraglich. Dem Arbeitgeber steht es frei, dem Arbeitnehmer die Vergütung auch ohne Arbeitsleistung fortzuzahlen. Wenn er sich hierzu in einer Individualvereinbarung verpflichtet, besteht kein verständiger Grund, diese Vereinbarung in Frage zu stellen. Dies gilt selbstredend auch, wenn die Verpflichtung zur Vergütungsfortzahlung in einem vom Arbeitgeber erstellten vorformulierten Vertrag begründet worden ist. Denn dann hat sich der Arbeitgeber gleichsam (faktisch) einseitig und freiwillig gebunden, dieses finanzielle Risiko zu übernehmen; zudem bleibt die Kündigungsmöglichkeit als solche unberührt.

- 19 Für Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer wird die außerordentliche Kündigung unzumutbar erschwert, wenn der jeweils Kündigende trotz eines vom Gekündigten gesetzten wichtigen Grundes zur Zahlung einer Vertragsstrafe oder einer Abfindung verpflichtet sein soll.²⁴

➡ **Nicht geeignet:**

Kündigt eine Partei das Arbeitsverhältnis außerordentlich, so ist sie verpflichtet, der anderen Partei einen Betrag von ... Euro zu zahlen.

Eine dem Beispiel entsprechende Klausel ist daher unwirksam und unbeachtlich.²⁵

d) Erweiterung des außerordentlichen Kündigungsrechts

- 20 In zahlreichen Arbeitsverträgen werden Klauseln oder ganze Klauselkataloge vereinbart, um das **außerordentliche Kündigungsrecht** des § 626 BGB zu **erweitern**, indem bestimmte Sachverhalte/Tatbestände als wichtige Gründe i.S. des § 626 Abs. 1 BGB **deklariert werden**.

➡ **Nicht geeignet:**

- a) Ein Bruch der Verschwiegenheit gilt als eine erhebliche Vertragsverletzung, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.
- b) Ist der Arbeitnehmer für längere Zeit als sechs Monate nicht in der Lage, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen, liegt ein Grund zur außerordentlichen Beendigung des Vertragsverhältnisses vor.
- c) Als wichtige Gründe zur außerordentlichen Kündigung werden insbesondere folgende Verstöße vereinbart:

²³ BAG v. 18.12.1961, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Kündigungserschwerung; für Arbeitnehmer ist dieser Rechtsgedanke auch in § 612a BGB normiert; für Arbeitgeber bezweifelt *Gamillscheg*, ArbuR 1981, 105 ff. diesen Rechtsgrundsatz.

²⁴ BAG v. 8.8.1963, AP Nr. 2 zu § 626 BGB Kündigungserschwerung; *APS/Dörner*, § 626 BGB Rz. 12; vgl. zu faktischen Kündigungsbeschränkungen *KR/Spilger*, § 622 BGB Rz. 119.

²⁵ BAG v. 6.9.1989, BB 1989, 2403 hält sogar eine solche Klausel (falls der Arbeitnehmer kündigt) im Rahmen einer vertraglich zulässigen ordentlichen Kündigung für unwirksam.

- jeglicher Genuss alkoholischer Getränke während der Arbeitszeit (einschließlich der Pausen) und/oder in der Betriebsräumen bzw. auf dem Betriebsgelände. Dem steht der Dienstantritt unter Einfluss von Alkohol gleich,
 - jede Entwendung, auch kleinster Mengen von den in unserem Besitze befindlichen Gütern,
 - das Unterlassen der entsprechenden Mitteilung an uns, wenn Sie davon Kenntnis haben, dass ein(e) andere(r) Angestellte(r) Ware oder Geld entwendet hat.
- d) Ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung ist insbesondere gegeben:
- bei groben Verstößen anderen Belegschaftsmitgliedern gegenüber,
 - bei falschen Angaben über die eigenen Personalien,
 - bei wiederholten Verstößen gegen die Arbeitsordnung und betrieblichen Bestimmungen trotz Verwarnung oder Verweis,
 - bei einem Verstoß gegen Ziffer ... dieser Arbeitsordnung,
 - bei wiederholtem oder längerem unentschuldigtem Fehlen,
 - bei groben Verstößen gegen Unfallverhütungsvorschriften sowie bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Gefährdung von Menschen, Material oder Anlagen,
 - bei Hereinbringen oder Genuss alkoholischer Getränke innerhalb des Werkes,
 - bei Weigerung, sich der Kontrolle über etwaiges Vorhandensein von Werkseigentum oder sonstiger unrechtmäßig mitgeführter Gegenstände zu unterwerfen,
 - bei unbefugter Mitteilung oder Aushändigung von Patenten, Geschäftsgeheimnissen, sonstigen Geschäftsunterlagen und ähnlichem an Dritte.

Solche Klauseln sind aber schon deswegen **unwirksam**, weil sonst die in § 622 BGB festgelegten Mindestkündigungsfristen umgangen würden.²⁶ 21

Andererseits sind sie **nicht ganz ohne rechtliche Bedeutung**. Denn die Klauseln können verdeutlichen, worauf die Parteien besonderen Wert gelegt haben, welche Gründe also den Vertragspartnern für die vorzeitige Beendigung besonders wichtig erschienen.²⁷ Denn diese Wertungen sind u.U. für die Frage der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 626 Abs. 1 BGB) von Bedeutung. Die **Interessenabwägung** ist das Einfallstor für die mögliche Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarung von Kündi- 22

²⁶ BAG v. 22.11.1973, EzA § 626 BGB Nr. 33; APS/Dörner, § 626 BGB Rz. 17.

²⁷ BAG v. 22.11.1973, EzA § 626 BGB Nr. 33; LAG Düsseldorf v. 22.12.1970, DB 1971, 150 (151).

gungsgründen; denn eine solche Regelung lässt bei hinreichender Bestimmtheit erkennen, unter welchen Umständen die Arbeitsvertragsparteien bei der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses solche Gründe für die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses als besonders bedeutsam ansehen.²⁸

- 23 Die vereinbarten Kündigungsgründe enthalten immanent Verhaltensgebote. Erwägenswert scheint deshalb die Überlegung, ob durch die vereinbarten Tatbestände/Sachverhalte als wichtiger Grund das **grundsätzliche Abmahnungserfordernis** vor einer verhaltensbedingten (ordentlichen oder außerordentlichen) Kündigung entfallen kann. Dies ist nur dann denkbar, wenn die Funktionen der Abmahnung durch eine solche antizipierte Vereinbarung erfüllt wären. Die wichtigsten Funktionen der Abmahnung sind die Warn- und Androhungsfunktion. Die Warnfunktion wird erfüllt, wenn dem Arbeitnehmer eindringlich vor Augen geführt wird, dass der Arbeitgeber nicht mehr bereit ist, ein bestimmtes Verhalten hinzunehmen. Der Androhungsfunktion wird genüge getan, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder sonstige kündigungsrechtliche Konsequenzen angedroht werden.²⁹ Doch wird man in der Vereinbarung von Kündigungsgründen im Arbeitsvertrag **keine antizipierte Abmahnung** erblicken können, da die notwendigerweise allgemein gehaltenen Klauseln nicht geeignet sind, den Arbeitnehmer auf ein ganz bestimmtes Verhalten hinzuweisen (fehlende Warnfunktion). Kündigungsgrundvereinbarungen können daher nicht als „antizipierte“ Abmahnungen Wirkung entfalten.³⁰
- 24 Einige in der Praxis anzutreffende Klauseln könnten sogar kontraproduktiv wirken:

➡ **Nicht geeignet:**

- a) Der anlässlich Ihrer Bewerbung eingereichte Fragebogen ist wesentliche Grundlage dieses Vertrages. Unrichtige Angaben berechtigen uns, den Vertrag fristlos zu kündigen.
- b) Tatsachen, die der neue Mitarbeiter vor der Einstellung im Bewerbungsbogen verschwiegen oder unrichtig angegeben hat, obwohl sie für das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses wichtig sind, berechtigen uns zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Klauseln versuchen das Kündigungsrecht zu erweitern, was mit Blick auf die Kündigungsgründe nicht nur unwirksam ist, sondern daneben sogar die Gefahr birgt, dass der Arbeitgeber seine Rechte beschneidet. Die Vereinbarung eines Kündigungsrechts für die zitierten Fälle könnte zugleich ein Verzicht auf das Recht zur **Anfechtung** sein, was das Gegenteil des Beabsich-

²⁸ LAG Düsseldorf v. 22.12.1970, DB 1971, 150 (151).

²⁹ Vgl. ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rz. 25.

³⁰ Schaub/Linck, § 132 Rz. 18; differenzierend Küttner/Eisemann, Personalbuch 2010, § 2 Rz. 19; eine antizipierte Abmahnung zumindest auf dem Wege der innerbetrieblichen Bekanntgabe für möglich hält hingegen LAG Hamm v. 16.12.1982, BB 1983, 1601.