

# **Die Unkündbarkeit von Arbeitsverhältnissen**

## **- ein Fremdkörper im Arbeitsrecht?**

von Wolfgang Däubler, Bremen

### **I. Einleitung**

Die „Unkündbarkeit“ von Arbeitnehmern ist primär ein Rechtsinstitut der Tarifpraxis. Dabei geht der Wortsinn über das eigentlich Gemeinte hinaus: Unkündbar ist der Arbeitnehmer, dem nicht mehr ordentlich gekündigt werden kann. Die außerordentliche Kündigung bleibt im Grundsatz unberührt. Dies ist nur dann anders, wenn entgegen der Regel dem Arbeitgeber auch insoweit Schranken gezogen sind. Ein Beispiel hierfür bietet § 55 Abs. 2 BAT, der eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen nur in Form einer Änderungskündigung zulässt, die eine Absenkung um eine Vergütungsgruppe bewirkt. Insoweit mag man von „qualifizierter Unkündbarkeit“ sprechen.

Der Gesetzgeber kennt die Unkündbarkeit nur im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse, wo sie allerdings nach § 15 Abs. 3 TzBfG dispositiv ausgestaltet ist. Bei Betriebsratsmitgliedern und vergleichbaren Interessenvertretern bleibt nach § 15 Abs. 4 und 5 KSchG unter spezifischen Voraussetzungen die ordentliche Kündigung möglich. Der Sonderkündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX und der §§ 9 MuSchG und 18 BErzGG betrifft gleichermaßen die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung. Es bleibt der Ausschluss der ordentlichen Kündigung gegenüber Auszubildenden

nach § 15 Abs. 2 BBiG, der jedoch seine zeitliche Begrenzung in sich trägt und insoweit in den Kontext der Befristung gehört.

Es verwundert nicht, dass die „autonome“ Schaffung eines Rechtsinstituts zu Friktionen mit dem gesetzlichen Kündigungsschutz führt. Sie beschäftigen in wachsendem Ausmaß die Rechtsprechung<sup>1</sup>, was nicht zuletzt mit verstärktem Kostendruck bei öffentlichen wie bei privaten Arbeitgebern zusammenhängt.<sup>2</sup>

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, aus den zahlreichen Mosaiksteinen der Rechtsprechung das Gerüst einer in sich stimmigen Ordnung zu zimmern – ein Vorhaben, das als solches mit Sicherheit die Unterstützung des Rechtsdogmatikers Meinhard Heinze gefunden hätte. Dabei sollen zunächst die (verbleibenden) Kündigungsmöglichkeiten ausgelotet werden (unten II), ehe dann konkrete Fragen der Einbindung in das traditionelle arbeitsrechtliche System zu behandeln sind (unten III). Ein gesellschaftspolitischer Ausblick ist dem Problem gewidmet, ob es bei der Unkündbarkeit nicht eigentlich um einen Fall von Super-Rigidität geht, die dem Zeitgeist in elementarer Weise zuwiderlaufen würde (unten IV).

## **II. Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung**

### **1. Einfache Unkündbarkeit**

Ist im Tarifvertrag (oder auch in einer Betriebsvereinbarung oder einem Arbeitsvertrag) lediglich die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, so bleibt der Lösungsstatbestand des § 626 BGB

---

<sup>1</sup> S. etwa aus jüngerer Zeit BAG AP Nr. 4 zu § 55 BAT = DB 2003, 102; BAG DB 2003, 210 ff.

<sup>2</sup> Bitter/Kiel, FS Schwerdtner, 2004, S. 13

unberührt. Davon ist auch dann auszugehen, wenn diese Vorschrift nicht angesprochen, sondern lediglich die ordentliche Kündigung untersagt oder von „Unkündbarkeit“ die Rede ist. Dabei soll in Anlehnung an § 1 Abs. 2 KSchG zwischen verhaltens-, personen- und betriebsbedingten Gründen der außerordentlichen Kündigung differenziert werden.<sup>3</sup>

#### **a. Verhaltensbedingte Gründe**

Soll ein unkündbarer Arbeitnehmer wegen Pflichtverletzung außerordentlich gekündigt werden, so sind nach herkömmlicher Auffassung „besonders strenge“ Maßstäbe anzulegen.<sup>4</sup> Was dies konkret bedeutet, bleibt zunächst unklar; man kann vermuten, dass anders als im Normalfall des § 626 Abs. 1 BGB nicht nur eine „schwere“, sondern eine „besonders schwere“ Pflichtverletzung verlangt wird. Die Konkretisierungsversuche haben sich allerdings nicht auf eine derartige Grenzverschiebung, sondern auf einen ganz anderen Punkt konzentriert. Seinem unbezweifelbaren Wortlaut nach verlangt § 626 Abs. 1, dass der fragliche Vorfall auch unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile so gravierend sein muss, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „bis zum Ablauf der Kündigungsfrist“ unzumutbar ist. Da es eine solche im Falle der Unkündbarkeit nicht mehr gibt, stellt man auf die zu erwartende Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses ab; in den meisten Fällen läuft dies darauf hinaus, dass man die Fortsetzung bis zum Rentenalter zugrunde legt.<sup>5</sup> Dies wirke sich – so das BAG – „entweder zugunsten oder zu ungunsten des Arbeitnehmers“ aus, wenn es um die einzelfallbezogene

---

<sup>3</sup> Dies hat sich auch ansonsten im Rahmen des § 626 BGB eingebürgert; s. statt aller *Däubler*, *Arbeitsrecht* 2, 11. Aufl. 1998, Rn. 1127 ff.; *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht* (im Folgenden APS), 2000, § 626 Rn. 61; *Staudinger/Preis* (Neubearbeitung 2002), § 626 BGB Rn. 7, 55

<sup>4</sup> *KR-Fischermeier*, 6. Aufl. 2002, § 626 BGB Rn. 301 m. w. N.

<sup>5</sup> BAG NZA 1985, 426

Interessenabwägung und damit um die Beurteilung der Unzumutbarkeit gehe.<sup>6</sup> Handle es sich um einmalige Vorfälle ohne Wiederholungsgefahr, wirke die längere Vertragsbindung zugunsten des Arbeitnehmers. Bestehe dagegen Wiederholungsgefahr oder liege ein Dauertatbestand vor, so könne die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber „u. U. eher unzumutbar sein als bei einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer.“

Mit Recht ist dem entgegengehalten worden, eine Pflichtverletzung ohne jede Wiederholungsgefahr könne keine Kündigung rechtfertigen.<sup>7</sup> Nun lässt sich dem möglicherweise dadurch Rechnung tragen, dass man die fragliche Urteils Passage in dem Sinne interpretiert, wie sie ein vernünftiger, die sonstige Rechtsprechung kennender Senat gemeint haben müsste: Dies würde bedeuten, dass man bei geringer Wiederholungsgefahr angesichts des gesteigerten Bestandsschutzes auch einen etwas gröbereren „Ausrutscher“ durchgehen lässt, der bei einem anderen Arbeitnehmer die fristlose Kündigung zur Folge gehabt hätte, dass man aber anders entscheidet, wenn die Wiederholungsgefahr auf der Hand liegt oder der Arbeitnehmer auf Dauer die Erfüllung bestimmter Pflichten verweigert.<sup>8</sup>

Auch bei einer solchen „benigna interpretatio“ bleibt aber der weitere Einwand, dass die Unkündbarkeit zu einer Erleichterung der außerordentlichen Kündigung führt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Ausschluss der ordentlichen Kündigung partiell zurückgenommen wird: Häufiges Zuspätkommen, das bei einem normalen Arbeitnehmer nur eine verhaltensbedingte Kündigung zur Folge gehabt hätte, kann hier eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Dass diese dann die Fristen der

---

<sup>6</sup> So BAG NZA 1985, 426 Ls. 2

<sup>7</sup> Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 485 ff.; Schwerdtner, FS Kissel 1994, S. 1080; von Koppenfels S. 68

<sup>8</sup> So der Interpretationsversuch bei Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, § 626 BGB Rn. 48

ordentlichen zu wahren hat<sup>9</sup>, schafft in den fraglichen Fällen Gleichbehandlung mit den kündbaren Arbeitnehmern - mehr nicht. Soweit nicht Anhaltspunkte für eine abweichende Abmachung bestehen, verstößt eine solche Handhabung gegen den typischen Sinn der Unkündbarkeit, die an sich auch für das BAG oberste Richtschnur ist<sup>10</sup> - danach ist nun mal jede ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Würde man stattdessen bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit auf die fiktive Frist einer ordentlichen Kündigung abstellen, kommt man zu einheitlichen Maßstäben; nur dort, wo auch bei kündbaren Arbeitnehmern § 626 BGB eingreifen würde, verliert der Unkündbare seinen Arbeitsplatz.

Praktischen Unzuträglichkeiten sind nicht zu besorgen. Könnte keine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen, sondern nur abgemahnt werden, so hätte der Unkündbare eine Art zweiter Chance: Würden sich Verstöße wiederholen, würde sich also die bei einer verhaltensbedingten Kündigung immer verlangte Negativprognose durch den weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses bestätigen, könnte nach § 626 BGB gekündigt werden, weil die Verstöße insgesamt nicht mehr hinnehmbar wären; auch die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 steht in solchen Fällen nicht entgegen.<sup>11</sup> Setzt der Arbeitnehmer beispielsweise trotz Abmahnung sein häufiges Zuspätkommen fort, das zunächst nur eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt hätte, so kann außerordentlich gekündigt werden. Dasselbe gilt dann, wenn es um eine dauernde Verweigerung bestimmter Arbeiten geht. Schließlich ist auf die Rechtsprechung zu § 15 KSchG zu verweisen, die bei Betriebsratsmitgliedern gleichfalls nur auf die fiktive Kündigungsfrist abstellt<sup>12</sup>, obwohl sich das Arbeitsverhältnis

---

<sup>9</sup> Dazu eingehend unten III 1

<sup>10</sup> BAG NZA 1985, 426 Ls. 3

<sup>11</sup> BAG AP Nr. 4 und 7 zu § 626 BGB Ausschlussfrist

<sup>12</sup> BAG NZA 1994, 74

mit Sonderkündigungsschutz weit über eine Wahlperiode hinaus ausdehnen kann; auch hier entstehen keine „untragbaren“ Situationen. Interesse verdient, dass dabei entscheidend darauf abgestellt wird, jede andere Vorgehensweise verstoße gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG<sup>13</sup>: Sollte die Benachteiligung Unkündbarer leichter hinnehmbar sein?

## **b. Personenbedingte Kündigung**

Auch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe können ganz ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Ob die Maßstäbe hier bei Unkündbaren andere sind, ist vom BAG nur im Zusammenhang mit krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entschieden worden.<sup>14</sup> In beiden einschlägigen Fällen wurde ein Kündigungsrecht angenommen, wenn der Arbeitgeber über lange Jahre hinweg keine wirtschaftlich brauchbare Gegenleistung mehr erhalten würde, gleichwohl jedoch Entgelt bezahlen müsste. Dem ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen: Sinn der Unkündbarkeit ist es nicht, ein Arbeitsverhältnis auch dann noch aufrechtzuerhalten, wenn ein Austausch von Leistung und Gegenleistung gar nicht mehr möglich ist. Der Arbeitgeber ist allerdings verpflichtet, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um die Entstehung eines solchen Zustands zu vermeiden;<sup>15</sup> gibt es gleichwohl keine „Ausweichstrategie“, ist die Kündigung hinzunehmen. Allerdings ist aus beiden Entscheidungen nicht recht ersichtlich, worauf eigentlich die kontinuierliche Leistungspflicht des Arbeitgebers beruhen soll; das Entgeltfortzahlungsgesetz wird jedenfalls nicht so gehandhabt, dass bei einem einheitlichen Grundleiden oder bei einer Langzeiterkrankung immer wieder eine Zahlungspflicht für die Dauer von sechs Wochen entstehen

---

<sup>13</sup> BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB

<sup>14</sup> BAG NZA 1993, 598 und BAG NZA 1995, 1100

<sup>15</sup> Dies ist primär ein Problem der betriebsbedingten Kündigung und wird deshalb im Folgenden unter c behandelt.

würde.<sup>16</sup> Weitergehende tarifliche Leistungspflichten dürfen sich im Ergebnis nicht zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken. Zu denken ist daher am ehesten an Situationen, in denen der häufige Ausfall des Arbeitnehmers zu erheblichen betrieblichen Störungen führt, die sich auch nicht durch eine Ersatzkraft beheben lassen.

Geht es nicht um akute Erkrankungen, sondern um einen (altersbedingten) Leistungsabfall, so ist der Arbeitgeber regelmäßig verpflichtet, dies hinzunehmen oder eine andere Einsatzmöglichkeit zu schaffen.<sup>17</sup> Die tarifliche Unkündbarkeit älterer Arbeitnehmer will gerade auch für solche Fälle Vorsorge treffen.

Entfällt die Eignung aus anderen Gründen (dem Kraftfahrer wird die Fahrerlaubnis entzogen), so kommt eine Kündigung gleichfalls nur bei fortdauernder Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers in Betracht. Im Regelfall wird sie nicht vorliegen, da der Arbeitnehmer die Leistung nicht erbringen kann und so der von § 615 BGB vorausgesetzte Annahmeverzug nach § 297 BGB nicht eintritt. Damit entfallen die Voraussetzungen für einen „wichtigen Grund“; im Regelfall wird eine Ersatzkraft zu gewinnen sein, die keine höheren Lohnkosten verursacht.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. *Kunz/Wedde*, Entgeltfortzahlungsrecht. Kommentar für die Praxis, Frankfurt/Main 2000, § 3 Rn. 153: Auch nach Ablauf von 12 Monaten kein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung, sofern die ursprüngliche Arbeitsunfähigkeit noch andauert.

<sup>17</sup> BAG NZA 1995, 1101

<sup>18</sup> In der Sondersituation, dass eine Ersatzkraft nur auf der Basis eines unbefristeten Vertrages gewonnen werden kann und der Arbeitgeber bei Nichtbesetzung der Stelle in die Nähe der Existenzgefährdung kommen könnte, wäre anders zu entscheiden. Ein entsprechender Fall ist in § 2 Abs. 2 Nr. 1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Erziehungsurlaub v. 02.01.1986 (BAnz Nr. 1/86) geregelt.

### c. Betriebsbedingte Kündigung

Stehen betriebliche Gründe der weiteren Tätigkeit des Arbeitnehmers entgegen, weil der Arbeitsplatz weggefallen ist oder gar das Unternehmen liquidiert wird, so stellt dies nach allgemeiner Auffassung keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Der Arbeitgeber muss vielmehr ordentlich kündigen, die Wahrung der Frist fällt in sein unternehmerisches Risiko.<sup>19</sup>

Ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, könnte jedoch die Situation eintreten, dass der Arbeitgeber bis zur Verrentung des Arbeitnehmers das gesamte Entgelt fortzahlen müsste, ohne noch irgendeine Arbeitsleistung in Anspruch nehmen zu können. Ein derartiges „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis ist ihm jedenfalls für eine längere Zeit nicht zuzumuten; in solchen „extremen Ausnahmefällen“ muss daher eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung zulässig sein.<sup>20</sup> Dem wird man im Grundsatz zustimmen müssen, weil die tarifliche Unkündbarkeit eine derart einseitige Belastung des Arbeitgebers typischerweise nicht herbeiführen will; auch würden sich sonst Bedenken im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG ergeben.<sup>21</sup> Allerdings sind Ausnahmen denkbar: Wer in Kenntnis einer absehbaren Betriebsschließung als Arbeitgeber einen Fünf-Jahres-Vertrag ohne Kündigungsmöglichkeit schließt, kann sich nicht einige Zeit später unter Rückgriff auf § 626 BGB aus dem Arbeitsverhältnis lösen.<sup>22</sup> Die Vertragsfreiheit deckt auch den Fall, dass der Arbeitnehmer wie ein in politische Ungnade gefallener Staatssekretär unter Fortzahlung seiner Bezüge freigestellt werden und dann dem Müßiggang frönen kann<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> So ausdrücklich BAG AP Nr. 143 zu § 626 BGB Bl. 3R; BAG DB 2003, 210

<sup>20</sup> So zuletzt BAG DB 2003, 210

<sup>21</sup> ErfK-Dieterich, 4. Aufl. 2004, Art. 12 GG Rn. 43

<sup>22</sup> So der Fall LAG Köln NZA-RR 1998, 255

<sup>23</sup> Dem kommt der Fall LAG Nürnberg LAGE § 138 BGB Nr. 8 nahe

- die Praxis kennt derartige Abmachungen wohl nur im Verhältnis zu Vorstandsmitgliedern, deren Rechtsverhältnisse vom Arbeitsrecht nicht erfasst sind. Den für Normalmenschen geschriebenen Tarifverträgen sind sie jedenfalls nicht zu entnehmen.

Wann ein „sinnentleertes Arbeitsverhältnis“ vorliegt, d. h. wie lange eine Leistungspflicht ohne Gegenleistung zumutbar erscheint, ist bislang nicht abschließend geklärt. Anhaltspunkte bietet eine BAG-Entscheidung, die es als inakzeptabel ansah, wenn der Arbeitgeber über einen Zeitraum von fünf Jahren hinweg das Entgelt hätte fortbezahlen müssen, ohne eine Arbeitsleistung in Anspruch nehmen zu können.<sup>24</sup> Die Grenze wird man vermutlich dort ziehen, wo die längste gesetzliche oder tarifliche Kündigungsfrist erheblich überschritten ist. Diese als solche zu wahren, gehört zum normalen Arbeitgeberrisiko;<sup>25</sup> bei Unkündbaren sind daher höhere Belastungen in Kauf zu nehmen.

Das eigentliche Problem liegt jedoch nicht hier, sondern in den Maßnahmen, die der Arbeitgeber ergreifen muss, um die Entstehung einer solchen Situation zu vermeiden. Dass seine Obliegenheiten insoweit sehr viel weiter gehen als im Rahmen einer gewöhnlichen betriebsbedingten Kündigung, liegt auf der Hand. Das BAG hat ausdrücklich betont, dass es nicht darum gehe, nur die bei einer ordentlichen (betriebsbedingten) Kündigung zu erfüllenden Voraussetzungen etwas zu verschärfen;<sup>26</sup> vielmehr müssen die Bemühungen - so ist zu schließen - auch eine andere Qualität erreichen.

Unproblematisch ist die Verpflichtung, alle die Maßnahmen (wie z. B. die Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz) zu

---

<sup>24</sup> BAG NZA 1998, 771

<sup>25</sup> S. oben Fn 19

<sup>26</sup> BAG AP Nr. 4 zu § 55 BAT Bl. 3R

ergreifen, die auch bei einer ordentlichen Kündigung geboten sind. Weitergehend sind Umschulungsmaßnahmen anzubieten, deren Aufwand über das sonst geschuldete Maß hinausgeht.<sup>27</sup> Hanau/Thüsing verweisen darauf, auch die Frage, was ein „vergleichbarer Arbeitsplatz“ sei, müsse „arbeitnehmerfreundlicher“ beurteilt werden.<sup>28</sup> Man kann daraus schließen, dass auch eine vertikale Mobilität in Betracht kommt, also eine Umschulung für eine qualifiziertere und/oder besser entlohnte Tätigkeit. Ist kein freier Arbeitsplatz vorhanden, auf dem die fragliche Person mit oder ohne Umschulung eingesetzt werden könnte, so ist ein solcher „freizumachen“.<sup>29</sup> Welche Mittel hierfür einzusetzen sind, ist nicht definitiv entschieden. Dem Arbeitgeber wird jedenfalls zugemutet, eine Umorganisation vorzunehmen, um die Arbeit anders zu verteilen und dadurch einen Tätigkeitsbereich für den Unkündbaren zu schaffen.<sup>30</sup> Ob wie bei weiter zu beschäftigenden Betriebsratsmitgliedern<sup>31</sup> ein Arbeitsplatz notfalls „frei zu kündigen“ ist, blieb bislang unentschieden. Vom Grundgedanken der Unkündbarkeit her wäre es wohl als letztes Mittel zu bejahen, da der Bestandsschutz ein stärkerer als der aller ordentlich Kündbaren sein soll. Ob sich der Arbeitgeber auch um eine Unterbringung bei anderen Konzernunternehmen bemühen muss, ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt; die jüngste Entscheidung, die eine entsprechende Pflicht nahe legt, betraf den sogleich zu besprechenden Sonderfall, dass auch die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung eingeschränkt war.<sup>32</sup>

Die vom BAG angenommene Verpflichtung, bei Bedarf eine Umorganisation des Betriebes vorzunehmen, legt die Frage nahe,

---

<sup>27</sup> Hanau/Thüsing, in: Thüsing (Hrsg.), Tarifautonomie im Wandel, 2003, S. 27

<sup>28</sup> A. a. O., S. 27

<sup>29</sup> BAG AP Nr. 148 zu § 626 BGB

<sup>30</sup> So ausdrücklich BAG AP Nr. 148 zu § 626 BGB Bl. 5R

<sup>31</sup> BAG DB 2001, 1729

<sup>32</sup> BAG AP Nr. 4 zu § 55 BAT = DB 2003, 102

ob der Arbeitgeber nicht von Outsourcing-Maßnahmen absehen muss, die dem unkündbaren Arbeitsverhältnis die Grundlage entziehen und so ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis schaffen würden. Das LAG Berlin<sup>33</sup> hat mit Recht eine derartige Verpflichtung angenommen und eine Ausnahme lediglich dann zugelassen, wenn das Arbeitgeberunternehmen ohne eine solche Maßnahme in Existenzprobleme geraten würde. Dem entspricht es, wenn *Müller-Glöge* betont, es gehe nicht an, dass eine Vertragspartei allein durch ihre eigene Entscheidung die Unkündbarkeit der anderen beseitigen könne.<sup>34</sup> In dieser partiellen Bindung auch der unternehmerischen Sphäre liegt die spezifische Stärke der „Unkündbarkeit“. Arbeitsplätze frei zu machen oder großzügige Umschulungsmaßnahmen anzubieten, stellt im Vergleich zu den Maßnahmen, die zur Vermeidung normaler betriebsbedingter Kündigungen ergriffen werden müssen, nur eine graduelle Steigerung dar. Auch das Outsourcing zu beschränken, bringt eine neue Qualität ins Spiel; insoweit wird dem Anspruch des BAG<sup>35</sup> konsequent Rechnung getragen.

## **2. Die qualifizierte Unkündbarkeit**

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wird in der Literatur häufig als „tariffest“ angesehen. Dies lässt sich angesichts der neueren Rechtsprechung nur noch mit Modifikationen aufrechterhalten: Ein genereller Ausschluss ist in der Tat nicht möglich, doch hat das BAG ganz erhebliche Einschränkungen zugelassen.

Möglich ist einmal, das Kündigungsrecht auf „fest umrissene Tatbestände“ zu begrenzen.<sup>36</sup> Zumindest dem öffentlichen

---

<sup>33</sup> AuR 2001, 237

<sup>34</sup> ErfK-Müller-Glöge § 626 BGB Rn. 235 a. E.

<sup>35</sup> S. oben Fn. 26

<sup>36</sup> BAG DB 1996, 990, 992

Arbeitgeber würde auch nichts „evident Unzumutbares“<sup>37</sup> abverlangt, wenn er nur in Fällen außerordentlich kündigen könnte, in denen ein Beamter wegen schuldhafter Pflichtverletzungen aus dem Dienst entfernt werden dürfte.<sup>38</sup> Zunächst wurde auch die außerordentliche Beendigungskündigung aus betrieblichen Gründen für verzichtbar erklärt<sup>39</sup>, doch hat das BAG seine Auffassung inzwischen modifiziert: In „Extremfällen“ müsse eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen möglich sein.<sup>40</sup> Als Beispiel wurde eine private Forschungseinrichtung genannt, die sich zu 100 % aus Drittmitteln finanziert: Müsste sie einen unkündbaren Forscher auch ohne Einsatzmöglichkeit weiterbeschäftigen, wäre dies für sie das definitive wirtschaftliche Aus.<sup>41</sup> Wie die „Extremfälle“ im Einzelnen abzugrenzen sind, blieb unentschieden; das gewählte Beispiel spricht dafür, nur sehr gravierende Situationen einzubeziehen, die einer Existenzgefährdung gleichkommen.<sup>42</sup>

Nicht weniger interessant sind die Anforderungen, die an den Arbeitgeber gestellt werden, um die Entstehung eines sinnenleertes Arbeitsverhältnisses und damit einer solchen Notsituation zu vermeiden. Ist eine Weiterbeschäftigung bei einem neuen Inhaber nur zu verminderter Stundenzahl und damit auch zu verminderten Bezügen möglich, muss der Arbeitgeber notfalls eine (auf Dauer zu erbringende) Ausgleichszahlung in Erwägung ziehen.<sup>43</sup> Über die in der bisherigen Rechtsprechung genannten „Vermeidungsstrategien“ hinaus wurde im konkreten Fall der kommunalen Musikschule weiter verlangt, bei anderen Schulträgern wegen einer Übernahme der nicht mehr zu

---

<sup>37</sup> So die Formulierung in BAG AP Nr. 143 zu § 626 BGB

<sup>38</sup> Ebenso *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 952; *KR-Fischermeier* § 626 BGB Rn. 67

<sup>39</sup> BAG DB 1996, 990, 992; in gleichem Sinne *Conze* ZTR 1987, 100

<sup>40</sup> BAG AP Nr. 4 zu § 55 BAT = DB 2003, 102, 103

<sup>41</sup> Dazu auch *Frischmann* ZTR 1996, 344

<sup>42</sup> *Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler* § 626 Rn. 239

<sup>43</sup> BAT AP Nr. 4 zu § 55 BAT Bl. 3R

beschäftigenden Lehrkraft anzufragen und ggf. bei niedrigerer Vergütung die Bezahlung eines Differenzbetrages anzubieten.<sup>44</sup> Dahingestellt blieb, ob ggf. auch eine Umschulung zur Verwaltungskraft mit dem Ziel vorzunehmen war, die fragliche Person bei einem anderen (öffentlichen) Arbeitgeber unterzubringen. In der Literatur hat speziell die „Zuzahlung“ Zustimmung gefunden<sup>45</sup>, obwohl in solchen Fällen ja nicht mehr von einer synallagmatischen Beziehung die Rede sein kann. Die „Unterbringungspflicht“ läuft zumindest auf einen konzerndimensionalen Kündigungsschutz hinaus.<sup>46</sup> Die fehlende Einwirkungsmöglichkeit auf die anderen kommunalen Schulträger spricht sogar eher dafür, auch ständige Geschäftspartner in den Kreis der anzusprechenden Übernehmer einzubeziehen.<sup>47</sup> Ob dann, wenn dies alles nicht hilft, eine außerordentliche Kündigung möglich ist oder ob zusätzlich durch die vollen Zahlungen eine Existenzgefährdung eintreten müsste, scheint nicht erörtert zu sein. Die Formel von den „Extremfällen“ und der generelle Ausschluss der betriebsbedingten Beendigungskündigung in § 55 Abs. 2 BAT spricht eher für die zweite Lösung.

### **III. Harmonisierung mit dem staatlichen Kündigungsschutzrecht**

#### **1. Der Dualismus ordentliche/außerordentliche Kündigung**

Die Ausführungen zur personen- und zur betriebsbedingten Kündigung<sup>48</sup> haben gezeigt, dass die Unkündbarkeit Situationen schafft, die eine außerordentliche Kündigung unvermeidbar

---

<sup>44</sup> BAG, a. a. O., Bl. 4R

<sup>45</sup> *Bitter/Kiel*, FS Schwerdtner, S. 25; *Walker*, Anm. zu BAG AP Nr. 4 zu § 55 BAT Bl. 6

<sup>46</sup> So auch *Bitter/Kiel*, FS Schwerdtner, S. 25

<sup>47</sup> Eine entsprechende Regelung findet sich für den sehr viel größeren Kreis der „Beschäftigten auf Lebenszeit“ im japanischen Recht – s. *Meinhardt*, RIW 2002, 917, 922; *Nishitani*, AuR 2001, 444, 448.

<sup>48</sup> Oben II 1 b und c

machen, die bei einem kündbaren Arbeitnehmer gar nicht auftreten können, da bei ihm kein über die Kündigungsfristen hinausgehendes „sinnentleertes Arbeitsverhältnis“ entstehen kann. Insoweit stellt die Zuerkennung eines Kündigungsrechts an den Arbeitgeber anders als die „Grenzverschiebung“ im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung keine Benachteiligung des Unkündbaren dar. Eine solche würde allerdings entstehen, wollte man auch die Rechtsfolgen des § 626 BGB eintreten lassen: Bei einer Unternehmensschließung müsste der Unkündbare beispielsweise eine sofortige Beendigung seines Arbeitsverhältnisses hinnehmen, während seine weniger abgesicherten Kollegen in den Genuss der Kündigungsfristen kämen. Auch in anderen Zusammenhängen bietet das Recht der außerordentlichen Kündigung dem Arbeitnehmer weniger Schutz. Dem Betriebsrat steht beispielsweise kein Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 BetrVG (sondern nur das Anhörungsrecht nach § 102 Abs.1 BetrVG) zu, der Personalrat besitzt nach dem Recht einiger Bundesländer nur bei der ordentlichen, nicht aber bei der außerordentlichen Kündigung ein volles Mitbestimmungsrecht. Das BAG hat daraus die berechnete Konsequenz gezogen, die außerordentliche Kündigung in den hier interessierenden Fällen wie eine ordentliche zu behandeln und die Vorschriften über die Kündigungsfristen und die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung entsprechend anzuwenden.<sup>49</sup> Der Sache nach geht es dabei um das Füllen einer Lücke, die die Tarifparteien gelassen haben.<sup>50</sup>

Enthält der Tarifvertrag längere Kündigungsfristen als das Gesetz, so ist diejenige anzuwenden, deren Voraussetzungen der Arbeitnehmer erfüllt. Dies wird typischerweise die längste tarifliche Frist sein. Allerdings ist denkbar und in der

---

<sup>49</sup> BAG NZA 1998, 771

<sup>50</sup> Dem BAG zustimmend Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler § 626 BGB Rn. 50; HaKo-Griebeling, Kündigungsschutzgesetz, 2. Aufl. 2004, § 626 BGB Rn. 41 ff.; einschränkend bei der Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung Bitter/Kiel, FS Schwerdtner S. 31 ff.

Praxis nicht selten, dass der Tarifvertrag eine Rangfolge der Art enthält, dass mit steigendem Alter und steigender Betriebszugehörigkeit auch die Kündigungsfristen länger werden, bis dann - gewissermaßen als Endstufe - die Unkündbarkeit erreicht ist. In solchen Fällen erscheint es angreifbar, den Unkündbaren der längsten ausdrücklich vorgesehenen Frist zu unterstellen. Gäbe es nämlich die Unkündbarkeit nicht, würde er nach dem hypothetischen Willen der Tarifparteien wohl eine noch längere Frist in Anspruch nehmen können. Unterstellt, nach 10 Jahren betrage die Kündigungsfrist neun Monate, nach 15 Jahren 12 Monate und nach 20 Jahren würde die Unkündbarkeit eintreten, so läge es näher, eine Frist von 15 Monaten zugrunde zu legen.

Ein Sonderproblem ergibt sich dann, wenn bei der Stilllegung eines Unternehmens noch einige wenige Arbeitsplätze erhalten bleiben, die Zahl der Unkündbaren jedoch um einiges höher liegt. In diesen Fällen ist in entsprechender Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten zwischen den Unkündbaren vorzunehmen.<sup>51</sup>

Im Verhältnis zu schwerbehinderten Menschen werden vom BAG<sup>52</sup> noch die Vorschriften über die außerordentliche Kündigung angewandt. Dies entbehrt der inneren Rechtfertigung; insoweit sollte genau wie bei den Kündigungsfristen und der Beteiligung der Interessenvertretungen verfahren werden.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> BAG AP Nr. 143 zu § 626 BGB = DB 1998, 1035

<sup>52</sup> NZA 1999, 1267

<sup>53</sup> Ebenso für die Zustimmungsfiktion des § 91 Abs. 3 und die Ermessensrichtlinie des § 91 Abs. 4 SGB IX HaKo-Griebeling § 626 BGB Rn. 43; KR-Fischermeier § 626 BGB Rn. 306

## 2. Probleme der sozialen Auswahl

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>54</sup> versagt die Unkündbarkeit, wenn es zu einer sozialen Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG kommt. Dieser habe zwingenden Charakter und stehe deshalb der Herausnahme einer bestimmten Gruppe von Beschäftigten entgegen.<sup>55</sup> So zu entscheiden, würde jedoch bedeuten, dass man dem Arbeitgeber auch die Möglichkeit zu einem arbeitsvertraglichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung abschneiden müsste, was als generelle Regel schwerlich plausibel erscheint.<sup>56</sup> Außerdem ist § 1 Abs. 3 KSchG insofern „offen“, als er nicht dagegen schützt, dass der Arbeitgeber durch organisatorische oder personelle Maßnahmen wie z. B. Beförderungen den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer deutlich einengt: Warum dies, nicht aber eine entsprechende (kollektiv-)vertragliche Regelung möglich sein soll, ist nicht ersichtlich. § 1 Abs. 3 KSchG enthält keine Aussage darüber, welche Arbeitnehmer als „vergleichbar“ einzuordnen sind, und schreibt erst recht keinen „Status“ fest. Dass die Unkündbarkeit älterer Arbeitnehmer rechtlich unbedenklich ist, wurde im übrigen auch vom BAG<sup>57</sup> stillschweigend bejaht.<sup>58</sup> Die Rechtsprechung der Instanzgerichte steht überwiegend auf demselben Standpunkt.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Löwisch/Rieble, Tarifvertragsrecht, 1992, § 1 Rn. 568; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 186 ff.

<sup>55</sup> So zuletzt Gragert, FS Schwerdtner, S. 60

<sup>56</sup> Wie hier mit Recht LAG Sachsen LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 18, das nur dann eine Ausnahme zulassen will, wenn der Arbeitgeber ohne sachlichen Grund angesichts einer bevorstehenden Betriebsänderung bestimmten Personen „Unkündbarkeit“ einräumt.

<sup>57</sup> NZA 1993, 598 und BB 1997, 1638

<sup>58</sup> Die Bedenken von Löwisch (FS Schwerdtner, S. 772 ff.) im Hinblick auf das EG-rechtliche Verbot der Diskriminierung wegen Alters sind wegen der Verlängerung der Umsetzungsfrist für die Gleichbehandlungsrichtlinie verfrüht; auch überzeugt die These nicht, dass nur der Gesetzgeber von den in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen Gebrauch machen kann; anders wurde jedenfalls im Bereich des § 611a Abs.1 S.2 BGB (Geschlecht als unabdingbare Voraussetzung) verfahren. Dies schließt nicht aus, dass man mit Löwisch Richterrecht nicht genügen lässt.

<sup>59</sup> LAG Brandenburg ZTR 1999, 232 = LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 29; LAG Sachsen, a. a. O.; anders nur ArbG Cottbus DB 2000, 1817. In der Literatur wie hier ErfK-Ascheid § 1 KSchG Rn. 474; Bitter/Kiel, FS Schwerdtner, S. 27; Hensche, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 2003,

Auch beim Betriebsübergang ergibt sich keine abweichende Beurteilung. Widerspricht der Unkündbare dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB, so behält er seine bisherige Absicherung; das BAG hat es ausdrücklich abgelehnt, diese irgendwie zu relativieren.<sup>60</sup> Ob er widersprechen wolle, liege allein in seiner Beurteilung, insoweit sei auch kein „sachlicher Grund“ zu verlangen. Kommt es im verbleibenden Betriebsteil zu einem Personalabbau, so ist der Unkündbare auch hier aus der sozialen Auswahl ausgenommen; die Auseinandersetzung darüber, welchen Stellenwert der Widerspruchsgrund hat<sup>61</sup>, braucht ihn daher nicht zu interessieren.

### **3. Entzug der Unkündbarkeit**

Wer aufgrund Tarifvertrags den Status der Unkündbarkeit einmal erreicht hat, kann darauf vertrauen, ihn auch in Zukunft zu behalten. In diesem Sinne hat das BAG bereits 1962 im sog. Hamburger Hochbahn-Fall entschieden<sup>62</sup> und das Ergebnis 1995 in einem Fall aus dem Bereich der Deutschen Lufthansa bestätigt.<sup>63</sup> In dieser zweiten Entscheidung wurde lediglich eine Präzisierung des im Tarifvertrag vorgesehenen Ausnahmetatbestands zugelassen, wonach die Übernahme einer bestimmten Zusatzaufgabe nicht in den Bestandsschutz einbezogen war. In der Literatur wird diese Auffassung im Wesentlichen gebilligt.<sup>64</sup> Wie mit Anwartschaften auf die Unkündbarkeit zu verfahren ist, soll hier nicht weiter vertieft werden.<sup>65</sup>

---

§ 1 Rn. 715 f.; *Kania/Kramer RdA* 1995, 289; *KR-Etzel* § 1 KSchG Rn. 639

<sup>60</sup> BAG AP Nr. 148 zu § 626 BGB Bl. 4R, 6

<sup>61</sup> Dazu *ErfK-Preis* § 613a Rn. 102 ff. m. w. N.

<sup>62</sup> BAG AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip

<sup>63</sup> BAG AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa

<sup>64</sup> *Deinert*, in: *Däubler (Hrsg.)*, TVG, § 4 Rn. 62; *MünchArbR-Löwisch/Rieble* § 259 Rn. 74; *Schaub*, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 10. Aufl. 2002, § 199 Rn. 35

<sup>65</sup> Dazu *Deinert*, a. a. O., § 4 Rn. 63

Das Bestandsschutzinteresse ist in gleicher Weise schutzwürdig, wenn es nicht um die Ablösung eines Tarifvertrags durch einen anderen geht, sondern ein Betriebsübergang „dazwischengeschaltet“ ist. Geht das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber über, so wird die „Unkündbarkeitsklausel“ wie andere Tarifnormen zum Bestandteil des Arbeitsvertrags und besitzt ein Jahr lang zwingenden, anschließend dispositiven Charakter. Gerät das Arbeitsverhältnis nun in den Anwendungsbereich eines anderen Tarifvertrags, so geht dieser an sich nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB den „transformierten“ Tarifregeln vor. Davon ist aber in Bezug auf die Unkündbarkeit eine Ausnahme zu machen, da wertungsmäßig kein Unterschied zum bloßen verschlechternden Tarifvertrag besteht. Gleiche Grundsätze gelten, wenn die Unkündbarkeit unter Beachtung des § 77 Abs.3 BetrVG durch Betriebsvereinbarung festgeschrieben wurde. War sie von vorne herein Inhalt des Arbeitsvertrags, kommt eine Aufhebung nur im Wege eines frei ausgehandelten Vertrages in Betracht; in anderen Fällen läge die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs.1 BGB nahe.<sup>66</sup>

#### **IV. Gesellschaftspolitische Einschätzung**

Die Unkündbarkeit ist dem ersten Anschein nach die starrste Form der Beschäftigungssicherung.<sup>67</sup> Dennoch hört man in der öffentlichen Diskussion insoweit sehr viel weniger Klagen als in Bezug auf den allgemeinen Kündigungsschutz. Dies mag damit zusammenhängen, dass gegenüber älteren Arbeitnehmern, die den größten Teil der „Unkündbaren“ ausmachen, andere Mittel eingesetzt werden, um sie zu einem Ausscheiden aus dem

---

<sup>66</sup> Einzelheiten zu AGB-Kontrolle von Einzelverträgen bei *Däubler/Dorndorf*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305 - 310 BGB, 2004, § 305b Rn. 5 ff.

<sup>67</sup> Vgl. Hanau/Thüsing, in: Thüsing (Hrsg.) Tarifautonomie, S. 7

Arbeitsprozess vor dem 65. Lebensjahr zu veranlassen.<sup>68</sup> Verbreiteter Einschätzung nach sind in vielen Firmen Arbeitnehmer mit über 55 Jahren eher eine Seltenheit; wer über 60 ist, riskiert, je nach Standpunkt als „Urgestein“ oder als „Fossil“ qualifiziert zu werden.

Was also bringt die Unkündbarkeit? Wo sie wie im öffentlichen Dienst relativ frühzeitig wirksam wird, vermittelt sie weitgehende Arbeitsplatzsicherheit. Auch wenn sie – wie in der gewerblichen Wirtschaft – später eintritt, veranlasst sie die Arbeitgeberseite zu einer langfristigen Personalplanung und zum Einsatz von Mitteln, die wie Altersteilzeit und Aufhebungsverträge den Arbeitnehmern sehr viel mehr entgegenkommen als eine traditionelle betriebsbedingte Kündigung. Dies ist kein Nachteil, sondern ein Stück praktizierter Sozialstaatlichkeit. Selbst dort, wo die Unkündbarkeit wörtlich genommen und jede betriebsbedingte Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses definitiv unmöglich ist, d. h. im Beamtenrecht, werden Umstrukturierungen nicht blockiert, sondern lediglich in ihren Konditionen verändert – bis hin zu präterlegalen Beteiligungen der Arbeitnehmerseite an den anstehenden Entscheidungen.<sup>69</sup> Derartiges lässt sich sicherlich nicht verallgemeinern, doch wird dies auch von niemandem versucht: Gerät das Unternehmen in schwere wirtschaftliche Turbulenzen, gibt der Rückgriff auf § 626 BGB ausreichende Möglichkeiten, um den Heizer auf der E-Lok zu vermeiden. Die Integration der Unkündbarkeit in das arbeitsrechtliche System ist in fast allen Punkten erfolgreich bewältigt worden.

---

<sup>68</sup> Dazu bereits *Dohse/Jürgens/Russig* (Hrsg.), *Ältere Arbeitnehmer zwischen Unternehmensinteressen und Sozialpolitik*, 1982.

<sup>69</sup> Eingehend dazu *Blanke*, *Verwaltungsmodernisierung*, 1998, insbes. S. 97 ff.