

Sandra Buse

# Die Unkündbarkeit im Arbeitsrecht

Neue Akzente durch das AGG



Universität Bremen

bigas

## A. Einleitung

Die Kündigung unkündbarer Arbeitsverhältnisse ist seit der Weimarer Reichsverfassung ein fester Bestandteil der kontrovers geführten Diskussion zwischen Rechtsprechung und Literatur.<sup>1</sup>

Der Begriff der Unkündbarkeit erweckt dabei oftmals die trügerische Vorstellung, als sei eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter keinen Umständen mehr möglich. Tatsächlich gibt es aber eine Unkündbarkeit in diesem wortwörtlichen Sinne nicht. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine terminologisch ungenaue Beschreibung eines Phänomens. Gemeint ist allein der komplette Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit; das Recht zur außerordentlichen Kündigung hingegen ist absolut und unabdingbar: § 626 BGB gewährleistet beiden Vertragsparteien eine zwingende „Exit-Option“, um bei Vorliegen wichtiger Gründe aus dem Dauerschuldverhältnis auszusteigen. Dass in der Tariflandschaft auch „Unkündbarkeitsklauseln“ existieren, die – wie etwa § 55 BAT a.F. – auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung gewissen Beschränkungen unterwerfen, steht dem nicht entgegen. Unabhängig von der Frage, bis zu welcher Grenze solche Beschränkungen noch zulässig sind, bleibt jedenfalls auch hier eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit im Kern zwingend erhalten. Wenn auch eine definitive „Unkündbarkeit“ im eigentlichen Sinne daher nicht existiert, wird nachfolgend dieser Begriff nichtsdestotrotz aufgrund seiner Anschaulichkeit verwendet.

Die aktuellen Zahlen des Arbeitsmarktes, wonach die Arbeitslosenquote von 8,7% rund 3,6 Millionen Menschen in Deutschland betrifft<sup>2</sup>, belegen, dass die Unkündbarkeit für Arbeitnehmer ein kostbares Gut ist.<sup>3</sup> Für den Arbeitgeber bedeutet dies eine – wenn auch selbst eröffnete – Einschränkung seiner Flexibilität, kann er doch bei der unternehmerischen Entscheidung, einen Betrieb stillzulegen oder zu verlagern oder Personal abzubauen, jedenfalls in Bezug auf den unkündbaren Arbeitnehmer nicht mehr so schalten und walten, wie er es bei „sonstigen“ Arbeitnehmern kann. Die Beweggründe für die Einräumung eines solch intensiven Bestandsschutzes sind vielfältig. Einzelvertragliche Kündigungsausschlüsse dienen häufig als besonderes „Incentive“ für Mitarbeiter mit hohem Marktwert, die das Unternehmen halten oder gewinnen möchte.<sup>4</sup> Der beiderseitige Kündigungsausschluss vor Vertragsbeginn, der schätzungsweise über 70% aller Verträge<sup>5</sup> zu finden ist, soll in ähnlicher Weise sichern, dass der frisch rekrutierte Mitarbeiter seine Arbeit antritt und nicht bereits vorher von

---

1 Zur historischen Entwicklung vgl. Pomberg, S. 4ff; Bröhl, S. 9ff.

2 Stand Januar 2008 nach Erhebungen der Bundesanstalt für Arbeit, Nürnberg.

3 Houben, DB 2007, 741 (741).

4 Kania/Kramer, RdA 1995, 287 (287).

5 Hanau/Preis, Forschungsprojektbericht 1992, S. 42.

einem Konkurrenzunternehmen abgeworben wird. In machen Fällen ist der Ausschluss der ordentlichen Kündigung auch bloß „unfallbedingt“, wenn die Parteien etwa bei Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages die explizite Einräumung einer Kündigungsmöglichkeit versäumen.<sup>6</sup>

Das Hauptanliegen – zumeist tariflicher – Unkündbarkeitsvereinbarungen liegt jedoch in der sozialen Absicherung älterer und/oder „altgedienter“ Arbeitnehmer, die wegen altersbedingt schlechter Chancen auf dem Arbeitsmarkt in besonderer Weise vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes geschützt werden sollen. Bereits die Beschäftigungsquote in der Altersgruppe der 55-59jährigen Männer lag im Jahre 2004 bei unter 50%.<sup>7</sup> Aktuell beschäftigen schätzungsweise 60% der deutschen Unternehmen faktisch keine Arbeitnehmer mehr über 50 Jahre.<sup>8</sup> Geht es gar um die Wiederbesetzung von freigewordenen Arbeitsplätzen, stellen Betriebe vorzugsweise jüngere Arbeitssuchende ein.<sup>9</sup> Die Gründe hierfür sind vielfältig. In einer Studie des IAB wurden Personalverantwortliche zu ihren Einschätzungen der Vor- und Nachteile älterer Arbeitnehmer gegenüber jüngeren Arbeitnehmern befragt.<sup>10</sup> Die Ergebnisse zeigten, dass älteren Arbeitnehmern neben dem Plus an Erfahrungswissen zwar eine höhere Loyalität und eine bessere Arbeitsmoral zugeschrieben wird, ihnen jedoch gleichzeitig niedrigere Flexibilität bei der betrieblichen Einsetzbarkeit, geringere körperliche Belastbarkeit und geringere Lernfähigkeit und –Bereitschaft attestiert wird – ungeachtet der Tatsache, dass diese Stereotypen durch die moderne Gerontologie mittlerweile widerlegt sein dürften.<sup>11</sup> Zudem seien Qualifikationen oft veraltet und eine Einarbeitung wird wegen der geringeren Amortisationszeit als nicht mehr lohnend bezeichnet. Kündigungsverbote setzen angesichts dieser Motivation einen Schritt vorher an und sollen verhindern, dass ältere Arbeitnehmer überhaupt erst in die Situation kommen, sich einen neuen Arbeitsplatz suchen zu müssen.

---

6 Kania/Kramer, RdA 1995, 287 (287). Allerdings folgt daraus nicht, dass der Kündigungsausschluss bei unwirksamer Befristung auch auf das nach § 16 TzBfG „entfristete“ Arbeitsverhältnis durchschlägt. Scheitert die Wirksamkeit der Befristung an der in § 14 Abs. 4 TzBfG vorgesehenen Schriftform, erlangt der Arbeitgeber von Anfang an sein Kündigungsrecht zurück. Beruht der Mangel hingegen auf einem fehlenden Sachgrund, kann das Arbeitsverhältnis zumindest nach Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Frist in gleicher Weise wie ein von Anfang an unbefristetes Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden; vgl. im Detail K/D/Z-Däubler, § 16 TzBfG, Rn. 3, mwN.

7 IAB-Kurzbericht Nr. 25/2007, S. 6.

8 Körner, NZA 2008, 497 (497).

9 Bookmann/Zwick, ZAF 2004, 53 (58).

10 Vgl. hierzu: Bookmann/Zwick, ZAF 2004, 53 (58).

11 Körner, NZA 2008, 497 (497).

Nicht verkannt werden darf allerdings, dass der Unkündbarkeit als Kehrseite der Medaille auch eine gewisse kontraproduktive Wirkung zukommt.<sup>12</sup> Insbesondere Klauseln, nach denen der Unkündbarkeitsstatus von älteren Personen bereits nach kurzer Betriebszugehörigkeit erlangt wird, kann eine tendenziell abschreckende Wirkung nicht per se abgesprochen werden. So muss man sich die berechnete Frage stellen, ob Unternehmen nicht vielleicht gerade deshalb vor der Einstellung eines 53jährigen zurückschrecken, weil dieser etwa schon nach 3 Jahren nicht mehr ordentlich gekündigt werden kann. Rieble<sup>13</sup> hat vor diesem Hintergrund sogar schon einmal die – hier nicht zu vertiefende – Frage aufgeworfen, ob der Arbeitnehmer deshalb trotz Tarifbindung gegenüber dem Arbeitgeber auf seine Unkündbarkeit verzichten kann, um auf dem Arbeitsmarkt nicht automatisch durch das Raster zu fallen, bzw. dem potentiellen Einstellungs Hindernis entgegenzuwirken. Ein solcher kontraproduktiver Effekt wird auch für die gesetzlichen statusbezogenen Kündigungsschutzklauseln diskutiert, wonach gerade den Sondernormen für Schwerbehinderte und werdende/erziehende Mütter trotz und gerade wegen der dahinterstehenden berechtigten Schutzintention eine eher beschäftigungshindernde als beschäftigungsfördernde Tendenz zukommen soll.<sup>14</sup> Auch das BVerfG hat etwa in den Mutterschaftskosten des Arbeitgebers nach § 14 Abs. 1 MuSchG das Risiko eines Beschäftigungshindernisses erkannt.<sup>15</sup> Unabhängig davon liegen die rechtlichen Probleme von Unkündbarkeitsklauseln aber tatsächlich eher in der Frage, ob, bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitgeber einem arbeitsvertraglich, betrieblich oder tarifvertraglich unkündbaren Arbeitnehmer kündigen kann, wenn der Beschäftigungsbedarf für diesen wegfällt. Bedenkt man, dass die außerordentliche Kündigung – wie ausgeführt – stets und daher auch bei „unkündbaren“ Arbeitnehmern immer möglich bleibt, scheint die Antwort klar auf der Hand zu liegen.

So einfach, wie es auch auf den ersten Blick scheint, so komplex zeigt sich bereits die Rechtslage, wenn man einen ersten Schritt in eine genauere Betrachtung wagt. Was hat etwa zu gelten, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb schließt und der Beschäftigungsbedarf für den Unkündbaren (wie für alle anderen Mitarbeiter auch) aus betriebsbedingten Gründen wegfällt? Der Verweis auf die nach wie vor bestehende Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung scheint hier zunächst nicht so richtig weiterzuhelfen, ist doch für betriebsbedingte Kündigungen anerkannt, dass diese jedenfalls keine fristlose außerordentliche Kündigung rechtfertigen, sondern der Arbeitgeber zumindest die ordentliche Kündigungsfrist einhalten muss. Diese wiederum existiert bei Unkündbaren aber nicht, weil ja gerade die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist.

---

12 Rieble, NZA 2003, 1243; Preis, NZA 1997, 1256 (1260).

13 Rieble, ZfA 2004, 1 (28).

14 Preis, NZA 1997, 1256 (1260); Franz, ZfA 1994, 439 (453ff).

15 BVerfG 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – NJW 2004, 146.

Bedeutet dies für den Arbeitgeber nun, dass er das Arbeitsverhältnis mit den Unkündbaren auf „Ewigkeit“, d.h. bis zu dessen Renteneintritt oder schlimmstenfalls sogar bis zu dessen Tod, unter Fortzahlung der Bezüge aufrechterhalten muss, ohne eine Beschäftigungsmöglichkeit zu haben? Oder ergibt sich aus dieser Vorstellung vielleicht gerade der Ansatzpunkt, um derartige Unkündbarkeitsklauseln wegen Verstoßes gegen die über Art. 12 GG geschützte unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers für verfassungswidrig und damit für nichtig zu erklären? Oder aber ist es nicht sachgerechter, ausnahmsweise bei Unkündbaren auch eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung zuzulassen?

Exakt an dem letztgenannten Punkt materialisiert sich aber wiederum das „dichte Feld von Wertungswidersprüchen“<sup>16</sup>, das in der folgenden Arbeit immer wieder den Kern der zu lösenden Probleme darstellen wird: Würde man bei dem unkündbaren Arbeitnehmer eine außerordentliche Kündigung zulassen, obwohl der Sachverhalt bei einem vergleichbaren kündbaren Arbeitnehmer nur eine ordentliche Kündigung begründet, könnte dem besonders geschützten Arbeitnehmer fristlos gekündigt werden, während die Arbeitnehmer ohne besonderen Schutz zumindest noch in den Genuss einer ordentlichen Kündigung kämen. Der besondere Schutzzweck der Unkündbarkeitsklauseln würde sich damit in sein komplettes Gegenteil verkehren.

Wertungswidersprüche ergeben sich etwa auch hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen: scheidet nun der Anspruch auf eine Weiterbeschäftigung bei Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung aus, weil § 102 Abs. 5 BetrVG nur auf ordentliche, nicht aber auf außerordentliche Kündigungen Anwendung findet?

Wertungswidersprüche stellen sich auch auf Seiten des Arbeitgebers ein: § 626 Abs. 2 BGB setzt für eine außerordentliche Kündigung die Einhaltung der zweiwöchigen Ausschlussfrist voraus. Ist der Arbeitgeber nun gezwungen, innerhalb von 2 Wochen seine Entscheidung treffen, ob ein bestimmter Sachverhalt eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen kann und die Kündigung auszusprechen? Allein dieser kursorische und wilde Ritt durch die Problemfelder, die mit dem Ausschluss der ordentlichen Kündigung zusammenhängen, zeigt, wie komplex das Thema der Unkündbarkeit sich systematisch darstellt.

Mit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes – AGG – hat die Thematik zu all ihrer Schwierigkeit neue Rechtsfragen hinzubekommen. Da Unkündbarkeitsklauseln in der Regel – wenn auch nicht immer - altersabhängig ausgestaltet sind, taucht nunmehr die spannende Frage auf, inwieweit derartige Kündigungsverbote als altersdiskriminierende Regelungen gegen das AGG verstoßen und damit nichtig sind. In diesem Rahmen erlangt z.B. auch die oben be-

---

16 Höland, Anmerkung zu BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97 – AP BGB § 626 Nr. 143.

reits angeschnittene Vorstellung, dass Arbeitgeber angesichts des starken Bestandsschutzes, welcher den Unkündbarkeitsregelungen immanent ist, lieber auf die Einstellung gerade älterer Arbeitnehmer verzichten, eine neue Bedeutung. Altersabhängige Regelungen, die dem „beschäftigungspolitischen Ziel zur Förderung der Eingliederung älterer Erwerbsloser in den Arbeitsmarkt“ dienen, sind nach den europarechtlichen Vorgaben nicht diskriminierend.

Nach Auffassung einiger Autoren steht dem aber gerade der „beschäftigungshindernde“ Effekt der Wirksamkeit von Unkündbarkeitsklauseln nach dem AGG entgegen.<sup>17</sup>

Die vorliegende Arbeit versucht, all diesen Fragen und noch weiteren anhand der in der Rechtsprechung und der Literatur ergangenen Diskussion nachzugehen und schließlich einer dogmatisch sinnvollen und in der Praxis handhabbaren Lösung zuzuführen.

Nach einem Überblick über die in der Praxis vorkommenden verschiedenen Gestaltungsformen der Unkündbarkeit, der auch die gesetzlichen Kündigungsverbote umfasst, konzentrieren sich die Ausführungen im Wesentlichen auf die arbeitsvertraglich, betrieblich und tarifvertraglich vereinbarten Kündigungsverbote. Dabei wird zunächst die sogenannte „einfache Unkündbarkeit“ behandelt, mithin der reine Ausschluss der ordentlichen Kündigung. Schwerpunkt des Kapitels ist die Darstellung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Konzepte und Lösungsansätze bei der Kündigung unkündbarer Arbeitnehmer, die anhand einer umfassenden Analyse und Bewertung zu einem eigenen Lösungsvorschlag geführt wird. Hierbei wird versucht, den Fokus insbesondere auf die verfassungsrechtliche Rechtslage zu setzen, um so einen gerechten Ausgleich zwischen einer übermäßigen „Ewigkeitsbindung“ des Arbeitgebers einerseits und dem Umstand, dass der Arbeitgeber sich selbstbestimmt die Beschränkungen in seinem Kündigungsrecht gesetzt hat, andererseits zu finden. Im Anschluss daran wird die Rechtslage der „qualifizierten Unkündbarkeit“, also derjenigen, bei der auch die außerordentliche Kündigung gewissen Beschränkungen unterliegen soll, dargestellt.

Nach einem kurzen Ausflug zu den gesetzlichen Unkündbarkeitsbestimmungen und der Situation bei befristeten Arbeitsverhältnissen und einem Überblick über die formellen Anforderungen an die Kündigung Unkündbarer, folgt dann eine umfassende Darstellung zur Vereinbarkeit von Unkündbarkeitsklauseln mit dem neu eingeführten Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. In diesem Rahmen werden insbesondere auch Lösungsvorschläge unterbreitet, wie eine Sozialauswahl zwischen Unkündbaren und Kündbaren künftig in Einklang mit den Vorschriften des AGG gebracht werden kann.

---

17 Siehe im Einzelnen hierzu unter Kapitel H III 1.2.1.

Ist damit die Rechtsgrundlage und Rechtswirksamkeit von Unkündbarkeitsvereinbarungen unter allen Gesichtspunkten umfassend ausgeführt, folgt in einem nächsten Kapitel ein Abriss über die Vermeidungsstrategien, die der Arbeitgeber bei der Kündigung eines Unkündbaren im Sinne des Ultima-Ratio-Prinzips zu beachten hat.

Zu guter Letzt widmet sich die Arbeit der Frage, inwieweit eine einmal zugesagte Unkündbarkeit nachträglich wieder entzogen oder aber modifiziert werden kann. Den Schluss der Arbeit bilden die Abschlussthesen, die die wesentlichen Ergebnisse der Dissertation noch einmal pointiert zusammenfassen sollen.