

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	19
B. Unkündbarkeit in der Praxis und ihre Reichweite.....	25
C. Die Kündigung im Rahmen der einfachen Unkündbarkeit.....	44
D. Das Sonderproblem der qualifizierten Unkündbarkeit.....	126
E. Die Kündigung gesetzlich unkündbarer Arbeitnehmer.....	132
F. Die Kündigung befristeter Arbeitsverhältnisse	135
G. Formelle Erfordernisse.....	137
H. Unkündbarkeit und Altersdiskriminierung	143
I. Vermeidungsstrategien: Konkretisierung des Ultima-Ratio-Prinzips.....	214
J. Entzug und Modifikation der Unkündbarkeit.....	248
K. 15 Abschließende Thesen zur Unkündbarkeit.....	272

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
B. Unkündbarkeit in der Praxis und ihre Reichweite	25
I. Gesetzliche Kündigungsausschlüsse.....	25
1. Überblick	25
1.1 Absolute Kündigungsverbote.....	25
1.1.1 Wehrdienstleistende/ Kriegsdienstverweigerer	25
1.1.2 Funktionsträger	26
1.1.3 Auszubildende.....	27
1.2 Kündigungsverbote mit Erlaubnisvorbehalt	27
1.2.1 Werdende und junge Mütter	28
1.2.2 Elternzeit	28
1.2.3 Schwerbehinderte und Gleichgestellte.....	29
1.3 Dispositive Kündigungsverbote.....	29
1.3.1 § 15 Abs. 3 TzBfG	30
1.3.2 Exkurs: Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.....	30
2. Relevanz für die Thematik der Unkündbarkeit.....	31
II. Kündigungsausschlüsse in Tarifverträgen	33
1. Überblick über die verschiedenen Gestaltungsvarianten	33
1.1 Lebensalter/Betriebszugehörigkeit	34
1.2 Auflösende Bedingung.....	34
1.3 Zustimmungsvorhalte.....	35
1.4 Beschäftigungs- und Standortsicherung	35
2. Auslegung und Wirksamkeit	35
2.1 Knebelungsverträge	36
2.2 Unabdingbarkeit des § 626 BGB	37
2.3 Negative Koalitionsfreiheit.....	37
2.4 Auslegung	38
III. Kündigungsausschlüsse in Betriebsvereinbarungen.....	38
1. Überblick	38
2. Die Tarifsperrre des § 77 Abs. 3 BetrVG	39
IV. Einzelvertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts	41
1. Sittenwidrige Knebelung nach § 138 BGB?	41
2. Umgehungstatbestände	42

C. Die Kündigung im Rahmen der einfachen Unkündbarkeit.....	44
I. Grundlagen.....	44
1. Dingliche Wirkung des Kündigungsausschlusses.....	44
2. Die qualifizierte Unkündbarkeit.....	45
3. Die einfache Unkündbarkeit.....	46
4. Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	47
4.1 Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers.....	48
4.1.1 Der private Arbeitgeber	48
4.1.2 Schutzmfang.....	48
4.1.3 Der öffentliche Arbeitgeber	49
4.1.4 Der ausländische Arbeitgeber.....	50
4.2 Grundrechtsbindung im Privatrechtsverkehr	51
4.2.1 Arbeitsvertragsparteien	52
4.2.2 Tarifvertragsparteien.....	52
4.2.3 Betriebsparteien	54
4.3 Die Grenze der Bindung	54
4.3.1 Freiwillige Beschränkung der Berufsfreiheit.....	55
a) Zulässigkeit	55
b) Handelsvertreter-Entscheidung	55
4.3.2 Schranken des Grundrechtverzichts.....	56
a) Verbandstarifverträge.....	56
b) Haustarif- /Einzelverträge/Betriebsvereinbarungen.....	57
4.4 § 626 BGB als verfassungsrechtliches Schutzschild	58
5. Wertungswidersprüche	59
5.1 Bezugspunkt für die Unzumutbarkeit	59
5.1.1 Fiktive Kündigungsfrist	60
5.1.2 Tatsächliche Vertragslaufzeit.....	60
5.2 Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen	61
II. Lösungswege in Rechtsprechung und Literatur	62
1. Außerordentliche Kündigung	62
2. Minder wichtiger Grund.....	63
3. Außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist	64
3.1 Einstufige Prüfung	65
3.1.1 Abstellen auf das Vertragsende	66
a) Betriebs- und personenbedingte Gründe.....	66
b) Verhaltensbedingte Gründe.....	67
3.1.2 Interessenabwägung	68
3.1.3 Einhaltung einer notwendigen Auslauffrist	68

3.1.4 Elemente der ordentlichen Kündigung	69
3.2 Zweistufige vs. Einstufige Prüfung.....	69
3.3 Anwendung auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe?	71
3.3.1 Strikt fristlose Kündigung.....	71
3.3.2 Modifiziert fristlose Kündigung	72
3.4 Beschränkung auf wirtschaftliche Notlagen?	73
3.5 Risikoübernahme vs. Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	74
3.5.1 § 313 BGB und „Unzumutbarkeitsgrundsatz“.....	74
a) Haustarif-/Einzelvertrag/Betriebsvereinbarung	74
b) Verbandstarifvertrag	75
3.5.2 Risikoübernahme	75
3.5.3 Freiwillige Grundrechtsbeschränkung	76
4. Lösung über die ordentliche Kündigung	77
4.1 Verfassungskonforme Auslegung	78
4.2 Partielle Unwirksamkeit/ geltungserhaltende Reduktion	78
4.3 Begrenzung der Tarifmacht	79
5. Bewertung und eigener Ansatz.....	79
5.1 Strikt fristlose Kündigung.....	79
5.2 Minder wichtiger Grund.....	80
5.3 Anwendung der ordentlichen Kündigung.....	81
5.3.1 Pragmatischer Vorteil	82
5.3.2 Dogmatische Bedenken.....	82
5.4 Außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist.....	84
5.4.1 Sinn und Zweck des § 626 BGB.....	85
5.4.2 Der wichtige Grund als „Schutzschild“	85
a) Wegfall der Geschäftsgrundlage	87
b) Risikoübernahme.....	89
c) Betonung der Selbstbindung des Arbeitgebers	90
(i) Verbandstarifvertraglicher Kündigungsausschluss	90
(ii) Einzelvertraglicher/betrieblicher Kündigungsausschluss.....	92
(iii) Haustarifverträge.....	96
d) Der Ansatz der Rechtsprechung.....	97
e) Zwischenergebnis	97
5.4.3 Bewertungsmaßstab der Zumutbarkeit	98
a) Auswirkung zu Lasten des Unkündbaren?.....	98
b) Angleichung an die ordentliche Kündigung	100
5.5 Keine Anwendung auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe.....	100

5.5.1 Kein realistischer Anwendungsbereich.....	101
5.5.2 Besonders strenger Maßstab	102
5.5.3 Kein „Persilschein“.....	103
5.5.4 Aktuelle Trendwende des BAG?	103
5.6 Anwendung auf personenbedingte Kündigungsgründe.....	104
5.7 Zweistufige Prüfung.....	104
5.7.1 Kein praktischer Vorteil.....	105
a) Betriebsbedingte Gründe.....	106
b) Personenbedingte Gründe	106
c) Verhaltensbedingte Gründe.....	106
5.7.2 Systematische Probleme	107
5.8 Fiktive Kündigungsfrist	108
5.9 Praktikabilitätsfragen	109
5.10 Ergebnis.....	110
III. Einzelheiten des Konzepts	111
1. Betriebsbedingte Gründe	111
1.1 Anforderungen an den wichtigen Grund.....	111
1.1.1 „An sich geeignet“	111
1.1.2 Interessenabwägung	113
a) Bindungsdauer.....	113
b) Freiwillige Beschränkung der Unternehmerfreiheit	115
(i) Verbands-/Flächentarifverträge	115
(ii) Einzelverträge/Betriebsvereinbarungen	115
(iii) Haustarifverträge.....	117
(iv) Qualifizierte Unkündbarkeit	117
1.2 Ultima-Ratio-Prinzip.....	117
1.2.1 Rationalisierungsschutztarifverträge.....	118
1.2.2 Ausschöpfen aller Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.....	118
1.2.3 Einhaltung der „fiktiven Kündigungsfrist“	119
2. Personenbedingte Gründe.....	122
2.1 Anforderungen an den wichtigen Grund.....	122
2.1.1 An sich geeignet.....	122
2.1.2 Interessenabwägung	123
a) Bindungsdauer.....	123
b) Verursachungssphäre	124
2.2 Ultima-Ratio-Prinzip.....	124
3. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe	125

D. Das Sonderproblem der qualifizierten Unkündbarkeit	126
I. § 55 Abs. 2 BAT a.F.	126
II. Die Unabdingbarkeit des § 626 BGB	127
III. Rechtsfolgen der qualifizierten Unkündbarkeit.....	129
E. Die Kündigung gesetzlich unkündbarer Arbeitnehmer	132
I. Funktionsträger	132
1. Betriebsübergang	132
2. Abschaffung einer gesamten Führungsebene.....	132
II. Kündigungsverbote mit Zustimmungsvorbehalt	134
F. Die Kündigung befristeter Arbeitsverhältnisse	135
G. Formelle Erfordernisse	137
I. Anforderungen an die Betriebs-/Personalratsbeteiligung.....	137
1. Rechtsprechung des BAG.....	137
2. Individualschutz.....	139
II. Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist, § 626 Abs. 2 BGB	140
1. Wertungswidersprüche	140
2. Dauertatbestand	141
H. Unkündbarkeit und Altersdiskriminierung	143
I. Einführung in das Problem	143
1. Das Verbot der Altersdiskriminierung	144
2. Altersdiskriminierende Unkündbarkeitsklauseln	145
II. Anwendbarkeit des AGG auf Unkündbarkeitsvereinbarungen	147
1. Die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG.....	147
1.1 Kündigung vs. Entlassungsbedingung	149
1.1.1 Begrifflichkeiten	149
1.1.2 Die Streichung des § 10 Nr. 7 a.F. AGG	150
1.2 Europarechtswidrigkeit der Bereichsausnahme.....	151
1.2.1 Europarechtskonformer Kündigungsschutz.....	152
a) Kündigungsschutz	153
b) Sozialauswahl.....	156
c) Abschreckungsfunktion.....	156
d) Darlegungs- und Beweislast.....	158
e) Absenkungsverbot.....	159
f) Transparenzgebot	160
g) Ergebnis.....	160
2. Folge der Europarechtswidrigkeit des § 2 Abs. 4 AGG.....	161

2.1	Richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG	161
2.2	Unmittelbare Anwendung der Richtlinie	162
2.3	Altersdiskriminierung als primärrechtliches Verbot.....	163
2.3.1	Die Mangold-Entscheidung des EuGH.....	163
a)	Der Grundsatz des Anwendungsvorrangs.....	164
b)	Das (ungeschriebene) Primärrecht	166
2.3.2	Die EuGH-Entscheidungen „Bartsch“ und „Heyday“	167
2.3.3	Erste nationale Entscheidungen zu § 2 Abs. 4 AGG	169
2.3.4	Ergebnis.....	173
III.	Die Rechtfertigung von Unkündbarkeitsklauseln.....	173
1.	Rechtfertigung nach § 10 AGG	175
1.1	Legitimes Ziel	177
1.1.1	Konkrete Festlegung	177
1.1.2	Allgemeinwohlinteresse.....	179
1.2	Verhältnismäßigkeit	179
1.2.1	Geeignetheit vs. Kontraproduktivität.....	180
1.2.2	Angemessenheit	182
1.3	Kombination von Lebensalter und Betriebszugehörigkeit	183
1.3.1	Alter als vorrangiges Kriterium	183
1.3.2	Mindestgrenze des Alters.....	184
1.3.3	Betriebszugehörigkeit	185
1.3.4	Ergebnis.....	187
1.4	Vermeidung grober Fehlerhaftigkeit.....	188
1.4.1	Übertragung der Maßstäbe aus § 10 Nr. 7 a.F. AGG	189
1.4.2	Einzelfallbetrachtung vs. abstrakte Eignung	191
1.4.3	Ergänzende Vertragsauslegung.....	193
a)	Tarifklauseln.....	194
b)	Betriebsvereinbarungen.....	197
c)	Individualvertrag	198
2.	Unkündbarkeit als positive Maßnahme nach § 5 AGG	199
3.	Ergebnis	200
IV.	Sozialauswahl.....	200
1.	Bisherige Diskussion	200
1.1	§ 1 Abs. 3 KSchG als zwingendes Gesetzesrecht.....	201
1.2	Einbeziehung Unkündbarer in die Sozialauswahl	201
1.3	Herausnahme aller Unkündbarer aus der Sozialauswahl.....	202
1.4	Vermittelnde Auffassung	204
2.	Neue Tendenzen nach Inkrafttreten des AGG	205

3. Sozialauswahl unter Beachtung des AGG.....	206
3.1 Variante 1: Herausnahme und Abwägung	206
3.1.1 Schritt 1: Sozialauswahl allein unter den Kündbaren.....	207
3.1.2 Schritt 2: Sozialauswahl allein unter den Unkündbaren.....	207
3.1.3 Schritt 3: Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit	207
3.2 Variante 2: virtuelle Einbeziehung der Unkündbaren	208
3.3 Rechtsfolge.....	210
3.3.1 Beschränkung der Wirksamkeit des Kündigungsverbots	210
3.3.2 Angleichung nach oben/ Außerordentliche Kündigung	211
3.3.3 Geltendmachung der grob fehlerhaften Sozialauswahl	212
I. Vermeidungsstrategien:	
Konkretisierung des Ultima-Ratio-Prinzips.....	214
I. Vertragliche Kündigungsverbote	214
1. Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz.....	215
1.1 Versetzung/Umsetzung	215
1.2 Umschulung- und Qualifizierungsmaßnahmen	215
1.3 Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers	216
1.3.1 Erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	216
1.3.2 Exkurs: Widerspruch bei Betriebsübergang	217
1.4 Änderungskündigung mit Entgeltreduzierung.....	218
1.4.1 Zuzahlungspflicht.....	218
1.4.2 Exkurs: Streichung von Sondervergütungen	219
2. Unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigung	220
2.1 Grundsatz: unternehmensbezogener Kündigungsschutz	221
2.1.1 Ausnahme: Gemeinschaftsbetrieb	221
2.1.2 (Ausnahme): Konzernarbeitsverhältnis	221
2.1.3 Ausnahme: Konzernbeschäftigung	222
a) Durchsetzbare Übernahmeverpflichtung	222
b) Selbstbindung durch Vertrauenstatbestand.....	223
c) Übertragbarkeit auf unkündbare Arbeitsverhältnisse	224
(i) Einfache Unkündbarkeit	224
(ii) Qualifizierte Unkündbarkeit	225
2.1.4 Betriebsübergang und Personalgestellung	226
3. „Freimachen“ besetzter Arbeitsplätze	227
3.1 Meinungsstand in Schriftum und Instanzrechtsprechung.....	228
3.1.1 Vergleich mit § 15 Abs. 5 KSchG	228
3.1.2 Eingriff in die Rechte drittbetroffener Arbeitnehmer	229
3.1.3 Instanzgerichtliche Urteile	229

3.2	Rechtsprechung des BAG	230
3.3	Eigener Ansatz	231
3.3.1	Abgrenzung Sozialauswahl/Freikündigung	231
3.3.2	Kein Vergleich mit § 15 Abs. 5 KSchG	232
3.3.3	Fehlen eines betrieblichen Grundes	234
3.3.4	Praktikabilitätserwägungen	235
3.3.5	Arbeitnehmer außerhalb des KSchG	236
3.3.6	Ergebnis	237
4.	Organisatorische Maßnahmen	238
4.1	Verzicht auf unternehmerische Maßnahmen	238
4.2	Trennung von Leiharbeitnehmern	241
5.	Betriebliches Eingliederungsmanagement	244
6.	Darlegungs- und Beweislast	245
II.	Gesetzliche Kündigungsverbote	246
J.	Entzug und Modifikation der Unkündbarkeit	248
I.	Rückwirkender Eingriff zu Lasten des Arbeitnehmers	248
1.	Echte Rückwirkung	249
1.1	Grundsätzliche Unzulässigkeit	250
1.2	Ausnahme: kein schützenswertes Interesse	250
1.3	Ausnahme: Zwingende Gründe des Gemeinwohls	251
1.4	Praxisrelevanz	252
2.	Unechte Rückwirkung	252
2.1	Das BAG-Urteil vom 2.2.2006	253
2.1.1	Sachverhalt	253
2.1.2	Begründung des BAG	254
2.1.3	Eingriff oder bloße „Modifikation“?	254
2.2	Das BAG-Urteil vom 17.10.2007	255
2.3	Kollektivistisches Vertrauen?	257
2.4	Eingriff in die Unkündbarkeit während der Wartezeit	258
2.4.1	Vergleich mit Versorgungsanwartschaften	259
2.4.2	Versuch einer Begriffsbestimmung des Vertrauens	260
II.	Rückwirkender Eingriff zu Lasten des Arbeitgebers	264
III.	Ablösung des § 55 Abs. 2 BAT a.F. durch den TVöD	265
1.	Reichweite und Hintergrund des § 55 Abs. 2 BAT a.F.	265
2.	Ablösung durch den TVöD?	266
2.1	Wortlaut des § 34 TVöD: „dabei“	267
2.2	Andere Formulierung	268
2.3	Besitzstand aus dem BMT-G	268

2.4	Protokollnotiz zum TVÜ.....	269
2.5	Ergebnis.....	269
3.	Entzug geschützter Rechtspositionen?	269
3.1	Erheblicher Eingriff in die Unkündbarkeit	270
3.2	Zulässigkeit der rückwirkenden Verschlechterung.....	271
K.	15 Abschließende Thesen zur Unkündbarkeit	272