

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Arbeits- und tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen
4. Praktische Durchbrechung der "Unkündbarkeit"
5. Rechtsprechungs-ABC
  - 5.1 Anrechnung von Beschäftigungszeiten
  - 5.2 Auflösungsantrag - 1
  - 5.3 Auflösungsantrag - 2
  - 5.4 Auslauffrist
  - 5.5 Ausnahmefall - 1
  - 5.6 Ausnahmefall - 2
  - 5.7 Ausnahmefall - 3
  - 5.8 Ausnahmefall - 4
  - 5.9 Auswahl-situation
  - 5.10 Betriebsstilllegung
  - 5.11 Betriebsvereinbarung vs. Tarifvertrag
  - 5.12 Darlegungslast
  - 5.13 Erklärungsfrist
  - 5.14 Existenzbedrohende Lage
  - 5.15 Fehlende Beschäftigungsmöglichkeit
  - 5.16 Fortsetzungsmöglichkeit
  - 5.17 Fremdvergabe
  - 5.18 Geltendmachung
  - 5.19 Herabgruppierung
  - 5.20 Insolvenz
  - 5.21 Kollektivrechtlicher Kündigungsschutz
  - 5.22 Mit sozialer Auslauffrist
  - 5.23 Rechtsmissbrauch
  - 5.24 Regelungszweck
  - 5.25 Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld
  - 5.26 Schwerbehinderte Arbeitnehmer
  - 5.27 Vorbeschäftigung
  - 5.28 Wichtiger Grund

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Arbeitsplatz** eines Arbeitnehmers ist **nicht lebenslang garantiert**. Die wechselnden Anforderungen des Arbeitslebens wirken sich positiv oder negativ auf den Beschäftigungsbedarf aus. Das marktwirtschaftliche Prinzip von **Angebot und Nachfrage** schlägt auch auf den Faktor Arbeit durch. Man kann keinen Arbeitgeber zwingen, Arbeitsplätze aufrecht zu halten, für die er **keinen Bedarf mehr** hat.

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) lässt unter anderem Kündigungen zu, die durch **dringende betriebliche Erfordernisse** bedingt sind, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb seines Arbeitgebers entgegenstehen ( § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ). **Ältere Arbeitnehmer**, die zudem über eine längere Betriebszugehörigkeit verfügen, werden vor Kündigungen nicht nur durch die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG vorzunehmende **Sozialauswahl** geschützt. In vielen Branchen gibt es tarifliche Regelungen, die bei ihnen den **Ausschluss der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung** vorsehen. Das heißt jetzt nicht totale "Unkündbarkeit". Die Rechtsprechung erlaubt in diesen Fällen die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist.

## 2. Grundsatz

Das Arbeitsrecht kennt **zwei Grund-Kündigungsarten**:

- die **ordentliche Kündigung** und
- die **außerordentliche Kündigung**.

Der prinzipielle **Unterschied** beider Grund-Kündigungsarten liegt darin, dass

- die ordentliche Kündigung **mit einer Kündigungsfrist** und
- die außerordentliche Kündigung **ohne eine Kündigungsfrist**

ausgesprochen wird.

### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N kommt trotz mehrfacher Abmahnungen wieder zu spät. Will Arbeitgeber A sich nun von N trennen, muss er prüfen, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommt. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls: Reicht es nur für eine ordentliche Kündigung, muss A eine Kündigungsfrist einhalten. Beträgt diese Frist einen Monat zum Monatsende, könnte A beispielsweise noch am 30.06. zum 31.07. kündigen. Erfüllt das Zuspätkommen die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB, könnte A den N sofort außerordentlich kündigen und bräuchte dabei keine Kündigungsfrist einzuhalten.

Der **Arbeitsvertrag** ist ein so genanntes **Dauerschuldverhältnis**. Zivilrechtliche Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil nach § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist **kündigen**. Ein wichtiger Grund liegt nach § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die **Fortsetzung** des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist **nicht zugemutet** werden kann. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht ist bei zivilrechtlichen Dauerschuldverhältnissen unabdingbar - wobei für das **Arbeitsrecht** § 626 BGB die **Spezialnorm** ist.

Nach allgemeiner Auffassung kann auch im speziellen **Dauerschuldverhältnis Arbeitsvertrag** das Recht zur ordentlichen Kündigung eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden. Das **Recht zur außerordentlichen Kündigung** ist dagegen auch hier **unabdingbar** ( BAG, 25.04.2007 - 6 AZR 746/06 ). Die Vertragsparteien müssen eine Möglichkeit haben, sich voneinander zu trennen. Hier ist als **besondere gesetzliche Grundlage** § 626 Abs. 1 BGB zu beachten. Auch er verlangt einen wichtigen Grund (s. dazu die Stichwörter Kündigung - außerordentliche: Allgemeines und Kündigung - außerordentliche: Einzelfall-ABC - Allgemeines ). Für die **Annahme eines wichtigen Grundes** reicht es allerdings nicht aus, dass der Arbeitgeber überhaupt einen Grund für eine Kündigung hat. Ebenso wenig genügt es, einen Grund zu haben, der eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial rechtfertigen würde. Selbst dringende betriebliche Erfordernisse lassen keine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung zu.

### **Beispiel:**

Arbeitgeber A legt seinen Betrieb komplett still, Arbeitgeber B schließt eine Betriebsabteilung. A hat sicherlich ein dringendes betriebliches für eine betriebsbedingte Kündigung. B müsste prüfen, ob er eine

Möglichkeit hat, die von der Schließung der Abteilung betroffenen Arbeitnehmer noch anderweitig einzusetzen. Die vollständige Betriebsschließung wird man bei A sicherlich als wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers ansehen können. Ein sinnvoller Leistungsaustausch ist in Zukunft nicht mehr möglich. Im Fall des B wird es nicht reichen, wenn sein betriebliches Erfordernis "nur" dringend ist. Der betriebliche Kündigungsgrund müsste bei Ausschluss einer ordentlichen Kündigung die Voraussetzungen des wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB erfüllen.

Die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsvertrags verlangt **Tatsachen**, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu seiner vereinbarten Beendigung **nicht zugemutet** werden kann ( § 626 Abs. 1 BGB ). Da der Arbeitgeber das **Betriebsrisiko** trägt, ist eine außerordentliche Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nur in Extremfällen denkbar. Selbst eine völlige **Betriebsschließung ist planbar** und es wird dem Arbeitgeber dabei zugemutet, die zu beachtenden Kündigungsfristen einzuhalten.

### 3. Arbeits- und tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen

In **Theorie und Praxis** wird oft von der so genannten "**Unkündbarkeit**" gesprochen. Das bewirkt bei vielen Arbeitgebern die **falsche Annahme**, ein Arbeitnehmer könne in Fällen dieser Art überhaupt nicht mehr gekündigt werden. Das ist nicht so. Nur die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, nicht das Recht, ein Arbeitsverhältnis außerordentlich zu beenden.

#### **Beispiel:**

Der Branchentarifvertrag sieht folgende Regelung vor: "*Die ordentliche Kündigung von Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, ist nach einer Mindestbetriebszugehörigkeit von zwanzig Jahren ausgeschlossen*". Mitarbeiter M1 begeht mehrere Diebstähle. Arbeitgeber A darf trotz des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung außerordentlich kündigen. Er hat mit den Diebstählen einen wichtigen Grund. Mitarbeiter M2 arbeitet in einer Betriebsabteilung, die A stilllegen möchte. Eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung des M2 ist hier ausgeschlossen. Selbst ein dringendes betriebliches Erfordernis kann nur dann ein wichtiger Grund für eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung sein, wenn es die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer nach § 626 Abs. 1 BGB unzumutbar macht.

**Individualrechtlich** kann das Recht zu ordentlichen Kündigung im **Arbeitsvertrag** ausgeschlossen werden. Das kann beispielsweise durch folgende **Vereinbarung** geschehen: "*Ab Vollendung des 55. Lebensjahres kann dem/der Arbeitnehmer/in nach mindestens 20-jähriger Betriebszugehörigkeit nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden*".

#### **Praxistipp:**

Tarifgebundene Arbeitnehmer müssen den tariflichen Ausschluss ordentlicher Kündigungen wohl oder übel akzeptieren. Wer nicht tarifgebunden ist, sollte es sich sorgfältig überlegen, ob er einem Mitarbeiter den arbeitsvertraglichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung anbietet. Auf der einen Seite gibt er ihm ein Stück Sicherheit und "Beschäftigungsgarantie". Auf der anderen Seite nimmt er sich damit selbst ein Stück seiner unternehmerischen Freiheit und bindet sich an ein Arbeitsverhältnis, das wegen wirtschaftlicher Veränderungen irgendwann mal überflüssig und sinnlos ist.

**Kollektivrechtlich** kann das Recht zur ordentlichen Kündigung ebenfalls ausgeschlossen werden. In den Schranken des § 77 Abs. 3 BetrVG ist zunächst eine **Betriebsvereinbarung** zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat möglich. Üblicher sind dagegen **tarifliche "Unkündbarkeitsregelungen"**. Sie haben von Branche zu Branche recht unterschiedliche Ausgestaltungen. Hier ein paar

#### **Beispiele:**

- **(1) Öffentlicher Dienst (TVöD):**

In § 34 Abs. 2 TVöD steht: *"Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das 40. Lebensjahr vollendet haben und für die die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden, können nach einer Beschäftigungszeit (...) von mehr als 15 Jahren durch den Arbeitgeber nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Soweit Beschäftigte nach den bis zum 30. September 2005 geltenden Tarifregelungen unkündbar waren, verbleibt es dabei".*

- **(2) Öffentlicher Dienst (BAT):**

Die Vorgängerversion der Regelung in § 34 Abs. 2 TVöD sah in § 53 Abs. 3 BAT vor: "Nach einer Beschäftigungszeit (...) von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des vierzigsten Lebensjahres, ist der Angestellte unkündbar". Und § 55 BAT ergänzte in Abs. 1: "Dem unkündbaren Angestellten (§ 53 Abs. 3) kann aus in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden". Wobei § 55 Abs. 2 BAT noch anschloss: *"Andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, berechtigen den Arbeitgeber nicht zur Kündigung".*

**Interessant** ist: Der BAT-O enthielt keine Regelung zur "Unkündbarkeit". Deswegen nimmt § 34 Abs. 2 TVöD auch nur auf das Tarifgebiet West Bezug.

- **(3) Einzelhandel:**

§ 11 Abs. 9 MTV Einzelhandel NW sagt: *"Einem Arbeitnehmer, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Unternehmen mit mehr als 50 vollbeschäftigten Arbeitnehmern mindestens 15 Jahre angehört hat, kann nur noch aus wichtigem Grund oder mit Zustimmung des Betriebsrats gekündigt werden".*

- **(4) Hotel- und Gaststättengewerbe:**

Oder etwas eingeschränkt in § 15 MTV Hotel- und Gaststättengewerbe NW: *"Nach einer Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren und Vollendung des 50. Lebensjahres wird das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber nach Möglichkeit nicht mehr ordentlich gekündigt werden".*

Neben vielen individuellen Besonderheiten kann man in tariflichen Regelungen einige **Gemeinsamkeiten** feststellen. Die "Unkündbarkeit"

- führt nur zum **Ausschluss der ordentlichen Kündigung**,
- setzt eine langjährige **Mindestbetriebszugehörigkeit** voraus und
- verlangt das Erreichen einer bestimmten **Altersgrenze**.

Daneben, das machen die oben wiedergegebenen Beispieltexpte deutlich, gibt es **branchenspezifische Unterschiede**, die nicht verallgemeinerungsfähig sind - aber im Einzelfall natürlich vom kündigenden Arbeitgeber beachtet werden müssen.

**Tarifliche Unkündbarkeitsvereinbarungen** sind grundsätzlich nicht zu beanstanden ( BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 907/06 ). Die gebotene **Grenze** kann aber dort liegen, wo die **Fehlgewichtung bei einer Sozialauswahl** durch den durch die ordentliche Unkündbarkeit eingeschränkten Auswahlpool zu einer grob fehlerhaften Auswahl führen würde ( BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 907/06 ).

#### **4. Praktische Durchbrechung der "Unkündbarkeit"**

Es gibt **Fälle**, in denen es als

- **ungerecht** oder
- **unzumutbar**

angesehen wird, wenn ein Arbeitsverhältnis nicht beendet werden könnte.

### **Beispiel:**

Arbeitgeber A trifft die unternehmerische Entscheidung, die X-Abteilung zu schließen. Er kündigt einigen Mitarbeitern mit geringen Sozialdaten, andere versetzt er in andere Abteilungen. Mitarbeiter M wird zum Problemfall. Seine ordentliche Kündigung ist tariflich ausgeschlossen. M wurde in den letzten Jahren schon von A mit "durchgezogen". Nun ist der Zeitpunkt erreicht, wo es in A's Betrieb überhaupt keine sinnvolle Arbeit mehr für M gibt. M ist nach seinem physischen und psychischen Leistungsvermögen auch nicht mehr in der Lage, Fertigkeiten und Qualifikationen zu erwerben, die er bei A verwerten könnte. "Und zum Hof Fegen", sagt A, "brauche ich keinen". A ist nicht verpflichtet, für M einen Arbeitsplatz zu schaffen. Aber was ist die Alternative? Muss A den M nun so lange bezahlen, bis das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der Altersgrenze endet? Darf M bis dahin zu Hause bleiben, weil A keine Arbeit mehr für ihn hat? Das kann es auch nicht sein. Deswegen: Es muss eine Möglichkeit geben, sich von ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern zu trennen.

Der besondere Kündigungsschutz greift in der Regel ab dem **Zeitpunkt**, in dem die Kündigungserklärung zugeht.

### **Beispiel:**

M aus dem vorausgehenden Beispiel erfüllt die Voraussetzungen des besonderen Kündigungsschutzes. Sein Kollege K bekommt ebenfalls eine Kündigung. K würde innerhalb der sechsmonatigen Kündigungsfrist die Voraussetzungen der "Unkündbarkeit" - Mindestalter: 50 Jahre, Mindestbetriebszugehörigkeit: 20 Jahre - noch erfüllen. Das reicht aber nicht. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung. In diesem Zeitpunkt wird K von der tariflichen Kündigungsschutzregelung noch nicht erfasst: nicht alt genug, keine Mindestbetriebszugehörigkeit.

Eine arbeits- oder tarifvertraglich vereinbarte "Unkündbarkeit" schließt eine ordentliche, das heißt fristgemäße Kündigung aus. Nun kann es aber Fälle geben, in denen es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, einen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Trotzdem darf die **außerordentliche Kündigung** hier **nicht als "fristlose" Kündigung** verstanden werden.

### **Beispiel:**

Könnte Arbeitgeber A dem M aus den vorausgehenden Beispielen ordentlich kündigen, müsste er dabei eine Kündigungsfrist einhalten. Ist M 45 Jahre oder älter und seit mindestens 20 Jahren bei A beschäftigt, würde seine BGB -Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats betragen. Da die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, darf A dem M nur außerordentlich kündigen. Soll das nun heißen, er darf M von heute auf morgen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auf die Straße setzen?

Die fristlose außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers würde **Sinn und Zweck der Regelungen** zuwiderlaufen. Ein Mitarbeiter, der fristgemäß nicht mehr gekündigt werden kann, darf **nicht von einem Tag auf den anderen** freigesetzt werden. Die Rechtsprechung hilft hier mit einem **Trick** weiter: Sie räumt Arbeitnehmern eine **notwendige Auslauffrist** ein. Sie verlangt zwar als Kündigungsgrund einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB . Gleichzeitig erlaubt sie dem Arbeitgeber aber, das ordentlich nicht mehr kündbare Arbeitsverhältnis mit einer Auslauffrist zu beenden, die ihrer Länge nach der sonst einzuhaltenden - fiktiven - **Frist für die ordentliche Kündigung** entspricht (= notwendige Auslauffrist).

### **Beispiel:**

Arbeitgeber A aus den Beispielen oben hat überhaupt keine Möglichkeit mehr, den M noch sinnvoll zu beschäftigen. Er müsste ihm bis zum altersbedingten Ausscheiden Lohn zahlen, ohne dafür von ihm jemals eine brauchbare Gegenleistung zu erhalten. So ein Beschäftigungsverhältnis ist sinnentleert. Es

findet kein zweiseitiger Leistungsaustausch mehr statt. Platt gesagt: A muss zahlen und M bleibt zu Hause. Deswegen darf A nun aus wichtigem Grund außerordentlich kündigen, muss dabei aber eine notwendige Auslaufzeit einhalten. Wäre M 45 oder älter und mindestens 20 Jahre bei A tätig, könnte A ihn mit siebenmonatiger Auslaufzeit zum Monatsende - § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB - kündigen. Diese Frist wird nun die notwendige Auslaufzeit der außerordentlichen Kündigung.

Auch wenn § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB den Arbeitgeber zwingt, innerhalb von **zwei Wochen** nach **Kenntniserlangung** der für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen zu kündigen: betriebsbedingte Kündigungsgründe sind ein **Dauertatbestand**. Mit jedem Tag der sinnlosen Weiterbeschäftigung verwirklicht sich der Kündigungstatbestand aufs Neue - und kann aufs Neue zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung genommen werden. Vorsicht ist dagegen bei in sich abgeschlossenen Sachverhalten angesagt: Hier sollte man dann doch auf die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB achten.

Wird **trotz** eines tariflichen **Kündigungsverbots** eine ordentliche Kündigung ausgesprochen, ist diese **Kündigung** nach § 4 Abs. 1 TVG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam.

## 5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema betriebsbedingte Kündigung und Unkündbarkeit **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### 5.1 Anrechnung von Beschäftigungszeiten

§ 34 Abs. 1 TV-L sieht besondere Kündigungsfristen vor, die sich nach der Beschäftigungszeit richten. § 34 Abs. 2 TV-L regelt zudem einen **besonderen Kündigungsschutz**. Ab dem 40. Lebensjahr können Arbeitnehmer nach 15 Beschäftigungsjahren nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. § 34 Abs. 3 TV-L sagt: "Beschäftigungszeit ist die Zeit, die bei demselben Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis zurückgelegt wurde, auch wenn sie unterbrochen ist. (...). Wechseln Beschäftigte zwischen Arbeitgebern, die vom Geltungsbereich dieses Tarifvertrages erfasst werden, werden die Zeiten bei dem anderen Arbeitgeber als Beschäftigungszeit anerkannt. Satz 3 gilt entsprechend bei einem Wechsel von einem anderen öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber." Vorausgehende Tätigkeiten in einem Beamtenverhältnis werden von § 37 Abs. 3 TV-L dagegen nicht erfasst (BAG, 29.06.2017 - 6 AZR 364/16) .

### 5.2 Auflösungsantrag - 1

Der Arbeitgeber kann nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG einen so genannten Auflösungsantrag stellen, wenn "Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche **weitere Zusammenarbeit** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen". Kann ein Arbeitnehmer nach dem einschlägigen Tarifvertrag nicht mehr ordentlich, sondern **nur noch außerordentlich gekündigt** werden, ist der Arbeitgeber im Fall der Unwirksamkeit der erklärten außerordentlichen Kündigung **mit einer sozialen Auslaufzeit** mit einem Auflösungsantrag ausgeschlossen. Eine analoge Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG scheidet aber mangels Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke aus ( LAG Baden-Württemberg, 30.07.2007 - 15 Sa 29/07 ).

### 5.3 Auflösungsantrag - 2

§ 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG sieht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses **bei einer außerordentlichen Kündigung** ausdrücklich nur auf **Antrag des Arbeitnehmers** vor. Die gesetzliche Regelung ist eindeutig. Der Arbeitgeber hat hier kein Antragsrecht. "Der Ausschluss des Antragsrechts gilt auch im Zusammenhang mit einer für unwirksam erkannten außerordentlichen Kündigung, die unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigung entsprechenden Auslaufzeit ausgesprochen worden ist". Auch wenn die Rechtsfolge - Kündigung mit Auslaufzeit - weitgehend der ordentlichen Kündigung angenähert ist: Die außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit unterliegt den Regeln des § 626 BGB ( BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 160/09 - zu § 4 MTV Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden in der Fassung vom 14.06.2005).

### 5.4 Auslaufzeit

Will der Arbeitgeber betriebsbedingt **außerordentlich kündigen**, kann er das allenfalls tun, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist. Weiter vorausgesetzt, der **Ausschluss der ordentlichen Kündigung** führt dazu, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter ohne Kündigung noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass ihm eine entsprechende Arbeitsleistung zukommt. Darüber hinaus ist so eine Kündigung nur unter Einhaltung einer Auslauffrist zulässig, die ihrer Länge nach der sonst einzuhaltenden ordentlichen Kündigungsfrist entspricht. "Es kann dem Arbeitgeber unzumutbar sein, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über solche Zeiträume hinweg allein durch Gehaltszahlungen ohne adäquate Gegenleistung aufrechtzuerhalten" ( BAG, 23.01.2014 - 2 AZR 372/13 - mit Hinweis auf BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12 ).

### 5.5 Ausnahmefall - 1

Im Anwendungsbereich des § 55 BAT kann eine Kündigungsmöglichkeit **wegen dringender betrieblicher Erfordernisse** nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Dafür reicht nicht jede Umorganisation oder Schließung einer Teileinrichtung mit dem **Wegfall von Arbeitsplätzen**. "Ein wichtiger Grund an sich i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB , §§ 55 , 54 BAT für eine außerordentliche Änderungskündigung mit notwendiger Auslauffrist zur Reduzierung des Entgelts eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers kann jedenfalls dann vorliegen, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen das Ziel hat, der konkreten Gefahr einer Betriebsschließung wegen Insolvenz zu begegnen" ( BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 580/05 Leitsatz).

### 5.6 Ausnahmefall - 2

Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB mit notwendiger Auslauffrist kommt in Betracht, wenn der wichtige Grund für diese Kündigung gerade darin zu sehen ist, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung notfalls bis zum **Erreichen der Pensionsgrenze** weiterbeschäftigen müsste und ihm gerade das unzumutbar ist. So eine außerordentliche Kündigung mit einer Auslauffrist, die die tariflich ausgeschlossene ordentliche Kündigung ersetzt, kommt allerdings nur in Ausnahmefällen in Betracht. Hier geht es dann im Wesentlichen darum zu vermeiden, dass der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber **Unmögliches oder evident Unzumutbares** aufbürdet ( BAG, 10.05.2007 - 2 AZR 626/05 ).

### 5.7 Ausnahmefall - 3

§ 55 Abs. 2 BAT schließt die außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen nach § 626 Abs. 1 BGB nicht für jeden denkbaren Fall aus - auch wenn eine **außerordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen** gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer tariflich grundsätzlich ausgeschlossen ist. Es sind extreme Ausnahmefälle denkbar, in denen im Rahmen des § 55 BAT eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung **mit notwendiger Auslauffrist** nach § 626 BGB in Betracht kommt. Zum Beispiel dann, wenn das Arbeitsverhältnis als **Austauschverhältnis auf Dauer sinnentleert** ist, weil keine Arbeit mehr geleistet werden kann und deshalb auf unzumutbar lange Zeit eine Vergütung ohne Gegenleistung gezahlt werden müsste ( BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 17/07 ).

### 5.8 Ausnahmefall - 4

Auch wenn die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers ausgeschlossen ist, führt das **nicht automatisch** zur Zulässigkeit einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslauffrist. Der Arbeitgeber ist nämlich gerade in diesem Fall "Unkündbarkeit" besonders verpflichtet, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch andere geeignete Maßnahmen zu vermeiden. Hat er irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis noch sinnvoll fortzusetzen, muss er den Arbeitnehmer entsprechend einsetzen. "Erst wenn alle denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen" ( BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12 ).

### 5.9 Auswahl-situation

Sieht ein Tarifvertrag für Mitarbeiter, die **das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet** haben, und dem Betrieb **mindestens drei Jahre angehören**, vor, dass sie nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden können, kann das bei Kündigungen möglicherweise zu einer **Altersdiskriminierung** führen. "1. Tarifliche Regelungen über den Ausschluss ordentlicher Kündigungen erweisen sich in Auswahl-situationen nur dann als angemessen und gesetzeskonform i.S.v. § 10 Satz 1 AGG bzw. § 1 Abs. 3 KSchG , wenn sei

zumindest grobe Auswahlfehler vermeiden. 2. Die Auslegung der einschlägigen Tarifbestimmung kann ergeben, dass der Ausschluss ordentlicher Kündigungen nicht gilt, falls er bei der Sozialauswahl zu einem grob fehlerhaften Auswahlergebnis führen würde" ( BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 295/12 Leitsätze 1. und 2.).

## 5.10 Betriebsstilllegung

§ 2 des „Tarifvertrag zur Sicherung älterer Arbeitnehmer (Arbeiter)“ vom 23. Mai 1974 **in der westfälischen Textilindustrie** sieht vor: „1. Einem gewerblichen Arbeitnehmer kann **nach Vollendung des 55. Lebensjahres** und einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit von mindestens 10 Jahren bis zur Bewilligung des Altersruhegeldes, längstens jedoch bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres, das Beschäftigungsverhältnis nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Bei Betriebsstilllegung ist die ordentliche Kündigung **erst zum Zeitpunkt der endgültigen Produktionseinstellung** zulässig. 2. Wenn der Betriebsrat nicht widerspricht, kann von Ziffer 1 abgewichen werden: a) bei Stilllegung wesentlicher Betriebsteile b) in anderen sachlich begründeten Fällen. Erhebt der Betriebsrat Widerspruch, so hat er diesen sachlich zu begründen. Kommt zwischen Geschäftsleitung und Betriebsrat keine Einigung zustande, so werden die Tarifparteien angerufen. Bleiben auch deren Einigungsbemühungen erfolglos, so steht der Rechtsweg offen.“

Weder Wortlaut noch Sinn und Zweck des § 2 lassen die Annahme zu, dass mit dieser Regelung "abweichend vom Gesetz .. die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung 'bei Stilllegung wesentlicher Betriebsteile' **[nur] auf solche - älteren - Arbeitnehmer beschränkt** [sein soll], die im Kündigungszeitpunkt in dem betreffenden Betriebsteil tätig " sind. Die westfälischen Tarifvertragsparteien haben in § 2 "die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen, an Maßnahmen des Arbeitgebers gebunden, die in Unternehmen mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern **mitbestimmungspflichtige Betriebsänderungen** i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG darstellen ... [es folgt ein Hinweis auf eine Entscheidung zum Tarifvertrag des Landesteils Nordrhein, BAG, 08.08.1985 - 2 AZR 464/84] . Die in dieser Regelung enthaltene **Einschränkung des besonderen Kündigungsschutzes** "dient erkennbar dem Zweck, ältere Arbeitnehmer innerhalb der betrieblichen Solidargemeinschaft dann nicht zu bevorzugen, wenn bestimmte kollektiv bedeutsame Tatbestände eintreten, die typischerweise die Belegschaft als Ganzes oder doch wesentliche Teile von ihr betreffen." Damit haben die westfälischen Tarifpartner die Kündigung älterer Arbeitnehmer ohne Beschränkung auf die betroffenen Betriebsteile zugelassen ( BAG, 05.06.2014 - 2 AZR 418/13 ).

## 5.11 Betriebsvereinbarung vs. Tarifvertrag

Grundsätzlich kann die so genannte "**Unkündbarkeit**" **älterer, langjährige beschäftigter Arbeitnehmer** auch in einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geregelt werden. Das ist nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG allerdings nur möglich, wenn die Arbeitsbedingung "Unkündbarkeit" nicht bereits "durch Tarifvertrag geregelt" ist "oder üblicherweise geregelt" wird. Es sei denn, der Tarifvertrag sieht eine **Öffnungsklausel** für betriebliche Regelungen vor ( § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ). Enthält ein Tarifvertrag **keine Öffnungsklausel** und sieht er gegenüber einer Betriebsvereinbarung weniger günstige Voraussetzungen für die "Unkündbarkeit" vor, bleibt der Tarifvertrag anwendbar - die Betriebsvereinbarung ist nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam ( LAG Düsseldorf, 30.10.2013 - TaBV 56/13 ).

## 5.12 Darlegungslast

Der mit einem Besitzverlust verbundene **Wegfall der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** ist in der Regel kein wichtiger Grund, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Selbst dringende betriebliche Erfordernisse rechtfertigen grundsätzlich nur eine ordentliche Kündigung, wobei dem Arbeitgeber bei diesem Kündigungsgrund die **Einhaltung der Kündigungsfrist** zumutbar ist. Für die Ausnahme des Ausschlusses oder der erheblichen Beschränkung der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung muss der **Arbeitgeber** vortragen, wenn sie auch aus sonstigen Umständen nicht zu erkennen ist ( BAG, 31.01.2008 - 8 AZR 5/07 ).

## 5.13 Erklärungsfrist

Die außerordentliche Kündigung muss nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt in dem **Zeitpunkt**, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt ( § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB ). Die Zwei-Wochen-Frist ist bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung gewahrt, weil es sich beim Wegfall der



Beschäftigungsmöglichkeit eines "unkündbaren" Arbeitnehmers um einen **Dauertatbestand** handelt ( BAG, 06.10.2005 - 2 AZR 362/04 ).

#### 5.14 Existenzbedrohende Lage

Ist die ordentliche Kündigung in einem Arbeitsverhältnis ausgeschlossen, geht der Arbeitgeber damit ein **hohes Risiko** ein. Er muss dieser speziellen Bindung bei Beantwortung der Frage, welche Vertragsänderung er seinem Mitarbeiter zumuten kann, Rechnung tragen. Ein wichtiger Grund i.S.d. § 616 Abs. 1 BGB liegt hier daher nur vor, wenn der Arbeitgeber mit Änderung der Arbeitsbedingungen das Ziel verfolgt, seiner konkreten **Insolvenzgefahr** aus dem Weg zu gehen. "In einer existenzbedrohenden Lage kann der Arbeitgeber grundsätzlich auch von seinen ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern einen **Sanierungsbeitrag** verlangen und im Wege der außerordentlichen Änderungskündigung durchsetzen. Allerdings muss er hierfür darlegen, dass die Sanierung mit den Eingriffen in die Arbeitsverträge steht und fällt und alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausgeschöpft sind" (BAG, 20.10.2017 - 2 AZR 783/16(F) - mit Hinweis auf BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 580/05 ).

#### 5.15 Fehlende Beschäftigungsmöglichkeit

Der Arbeitgeber muss **vor einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung** selbst in Fällen, in denen der Verlust des Arbeitsplatzes auf dem Widerspruch des ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses beruht, **alle zumutbaren**, eine Weiterbeschäftigung ermöglichenden **Mittel ausschöpfen**. Die tariflich verankerte Unkündbarkeit wird durch den "voraussetzungslos zulässigen Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht gemindert" (es folgt ein Hinweis auf BAG, 29.03.2007 - 8 AZR 538/06 und BAG, 17.09.1998 - 2 AZR 419/97 ). Und ganz wichtig: "Ein Arbeitgeber, der keine eigenen Arbeitnehmer mehr beschäftigen will, ist zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht verpflichtet, die Möglichkeit einer 'Gestellung' des betreffenden Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zu sondieren" ( BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 562/14 - 3. Leitsatz).

#### 5.16 Fortsetzungsmöglichkeit

In Extremfällen ist es denkbar, dass auch ein tariflich unkündbarer Angestellter des öffentlichen Dienstes nach § 626 BGB unter **Gewährung einer notwendigen Auslauffrist** außerordentlich betriebsbedingt gekündigt werden kann. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist unabdingbar. Die Anforderungen an so eine außerordentliche Kündigung sind jedoch erheblich. Es geht darum zu verhindern, dass ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über einen langen Zeitraum hinweg **allein noch durch Gehaltszahlungen** aufrechterhalten wird und dadurch der öffentliche Arbeitgeber in erhebliche, vor allem finanzielle Schwierigkeiten gerät. Besteht noch irgendeine Möglichkeit, die **Weiterführung eines völlig sinnentleerten Arbeitsverhältnisses** zu vermeiden, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, diese andere Möglichkeit zu wählen ( BAG, 25.04.2007 - 6 AZR 746/06 ).

#### 5.17 Fremdvergabe

Auch wenn sich der Arbeitgeber entschließt, **Reinigungsarbeiten** zukünftig fremd zu vergeben, rechtfertigt das nicht in jedem Fall die außerordentliche Kündigung nach dem einschlägigen Tarifvertrag ordentlich **nicht mehr kündbarer Reinigungskräfte**. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, sich - wie bei anderen Verträgen - so ohne Weiteres von seiner vertraglichen Bindung an die Arbeitnehmer loszusagen. Er muss der ordentlichen Unkündbarkeit seiner Reinigungskräfte bereits bei der **Erstellung des unternehmerischen Konzepts** Rechnung tragen ( LAG Berlin-Brandenburg, 07.02.2012 - 7 Sa 2164/11 ).

#### 5.18 Geltendmachung

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass seine Kündigung sozial nicht gerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er **innerhalb von drei Wochen** nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist ( § 4 Satz 1 KSchG ). Ist eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitsvertrag oder einen Tarifvertrag ausgeschlossen, zählt dieser Ausschluss zu den Unwirksamkeitsgründen, die nach

§ 4 Satz 1 KSchG ebenfalls **rechtzeitig** geltend gemacht werden müssen.

Zu beachten ist dabei aber auch § 6 Satz 1 KSchG : "Hat ein Arbeitnehmer innerhalb der drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klagewege geltend gemacht, dass eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliege, so kann er sich in diesem Verfahren bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung auch auf innerhalb der Klagefrist **nicht geltend gemachte Gründe** berufen" ( BAG, 08.11.2007 - 2 AZR 314/06 ).

### 5.19 Herabgruppierung

Nach § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT konnte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich zum "Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe kündigen, wenn der Angestellte **dauernd außer Stande** ist, diejenigen Arbeitsleistungen zu erfüllen, für die er eingestellt ist und die die Voraussetzung für seine Eingruppierung in die bisherige Vergütungsgruppe bilden, und ihm andere Arbeiten, die die Tätigkeitsmerkmale seiner bisherigen Vergütungsgruppe erfüllen, nicht übertragen werden können". Die hier noch vorgesehene **Beschränkung** auf maximal eine Gehaltsgruppe wurde vom jetzt geltenden § 34 Abs. 2 TVöD nicht übernommen. Das heißt: eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung ist möglich, wenn die Veränderung der Tätigkeit auf Grund der unternehmerischen Entscheidung unabweisbar ist ( BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 757/07 ).

### 5.20 Insolvenz

"Nach § 113 Satz 3 InsO ist der durch die vorzeitige Kündigung des Insolvenzverwalters nach § 113 Satz 1 und 2 InsO entstandene **Schaden** zu ersetzen. Im Falle einer vereinbarten Unkündbarkeit ist dieser Schadensersatzanspruch als Verfrühungsschaden auf die ohne die vereinbarte Unkündbarkeit maßgebliche längste ordentliche Kündigungsfrist beschränkt" ( BAG, 16.05.2007 - 8 AZR 772/06 - Leitsatz - mit dem Hinweis, dass § 113 Satz 1 InsO von Gesetzes wegen selbst die ordentliche Kündigung bei tariflicher Unkündbarkeit erlaubt).

### 5.21 Kollektivrechtlicher Kündigungsschutz

Der vereinfachte Fall: Bei Arbeitgeber G gab es eine erstmals 1969 und letztmalig 2009 abgeschlossene **Betriebsvereinbarung**, die mit "Mitarbeiter/-innen, die mehr als 20 Jahre ununterbrochen in der Bank tätig gewesen sind, können nur aus einem in ihrer Person liegenden wichtigen Grund gekündigt werden." einen **besonderen Kündigungsschutz** vorsah. Parallel dazu gab es einen 1975 abgeschlossenen **Tarifvertrag** mit der Regelung "Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb mindestens 15 Jahre angehören, sind nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und bei Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG kündbar." Arbeitnehmerin N bekam eine Kündigung - und berief sich auf die für sie günstigere Regelung in der Betriebsvereinbarung.

"Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die **durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden**", können nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG " nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein." Ausnahme: Der maßgebliche Tarifvertrag lässt "den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarung ausdrücklich" zu ( § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ). Betriebsvereinbarungen, die gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßen, sind von Anfang an unwirksam. Und wichtig: "Die **Regelungssperre** wirkt auch, wenn entsprechende Tarifbestimmungen erst später in Kraft treten. Die betriebliche Regelung wird dann - ex nunc - unwirksam" (s. dazu BAG, 21.01.2003 - 1 ABR 9/02 ). Sonstige Arbeitsbedingungen i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sind "alle Regelungen, die als Gegenstand tarifvertraglicher Inhaltsnormen nach § 1 TVG den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen" - also **auch ein besonderer Kündigungsschutz** ( BAG, 26.01.2017 - 2 AZR 405/16 - mit dem Ergebnis, dass sich die Gekündigte hier nicht auf den günstigeren besonderen Kündigungsschutz nach der Betriebsvereinbarung berufen konnte).

### 5.22 Mit sozialer Auslaufrist

Es gibt Arbeitnehmer, die ordentlich "unkündbar" sind. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sie einen tariflichen Kündigungsschutz haben, der ihre Kündigung **ab einem gewissen Alter** und **nach einer längeren Betriebszugehörigkeit** nur noch aus wichtigem Grund zulässt. Hier kommt dann eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist in Betracht, bei der die Auslaufrist **von der Länge her** der Frist für die -

eigentlich ausgeschlossene - ordentliche Kündigung entspricht. Des Weiteren muss der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dazu führen, "dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde" ( BAG, 21.04.2016 - 2 AZR 609/15 - mit Hinweis auf BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 288/13 und BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 562/14 ).

### 5.23 Rechtsmissbrauch

§ 17 Nr. 6.2 des Manteltarifvertrags für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden der **Eisen- und Stahlindustrie Ost** (MTV Stahl Ost) vom 25. März 1991 sieht vor: "Einem Arbeitnehmer, der das **50. Lebensjahr vollendet** hat und dem **Betrieb oder Unternehmen mindestens 15 Jahre angehört**, kann nur noch aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegendem wichtigen Grund oder bei Vorliegen eines Sozialplans oder bei Zustimmung der Tarifvertragsparteien gekündigt werden." In einem Fall, in dem der Arbeitgeber Aufgaben einer ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmerin fremdvergeben hat, bedeutet das: "1. § 17 Nr. 6.2 MTV Stahl Ost schließt das Recht zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit aus betrieblichen Gründen weder komplett aus, noch bindet er es an das Vorliegen eines Sozialplans oder an die Zustimmung der Tarifvertragsparteien. 2. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich auch dann nicht von einem 'Outsourcing' absehen, wenn dadurch einem Arbeitsverhältnis die Grundlage entzogen wird, das ordentlich nicht mehr kündbar ist. Die Vergabe der Aufgaben (nur) eines einzelnen - ordentlich unkündbaren - Arbeitnehmers an ein Drittunternehmen ist nicht schon per se rechtsmissbräuchlich" ( BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 480/14 Leitsätze).

### 5.24 Regelungszweck

Die **Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmersvertrauens** auf den einmal erreichten Status der ordentlichen Unkündbarkeit wird vor allem aus dem Sinn und Zweck der tariflichen Regelung über den Ausschluss der ordentlichen Kündigung hergeleitet. Diese **Tarifregelung** soll den Arbeitnehmer im Hinblick auf die langjährig von ihm geleisteten Dienste so sichern, dass er gegen den Verlust seines Arbeitsplatzes durch eine ordentliche Kündigung für alle Zukunft gesichert sein solle. Aber: "Das Vertrauen des Arbeitnehmers, der die tariflichen Voraussetzungen für den Sonderkündigungsschutz (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter) bereits erreicht hat, in die Aufrechterhaltung seines Sonderkündigungsschutzes im bisherigen Umfang steht einer [...] Modifizierung der tariflichen Regelung nicht entgegen" ( BAG, 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 ).

### 5.25 Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld

Der vereinfachte Fall: Raumpflegerin R. war **wegen ihres Lebensalters und ihrer Betriebszugehörigkeit** ordentlich unkündbar. Arbeitgeber A. hatte den Beschluss gefasst, die Reinigungsarbeiten fremdzuvergeben. Er kündigte R betriebsbedingt mit der tariflichen Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quartalsende. Im **Kündigungsschutzprozess** haben sich R und A auf eine Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung von 20.000 EUR geeinigt - was die **Bundesagentur für Arbeit** zum Anlass nahm, das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld wegen Erhalts einer Abfindung nach § 143a SGB III a.F. (= § 158 SGB III n.F.) anzuordnen. Im Ergebnis jedoch ohne Erfolg.

R's Arbeitsverhältnis endete **nicht vorzeitig** i.S.d. § 143a SGB III a.F. Der Arbeitgeber hat die für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuwendende **6-monatige Kündigungsfrist** eingehalten. Diese Frist ist maßgebend, weil die Voraussetzungen für eine "fristgebundene Kündigung aus wichtigem Grund vorlagen" (§ 143 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 SGB III a.F.)." Der Arbeitgeber war in diesem Fall berechtigt, **das sinnlos gewordene Arbeitsverhältnis** außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit zu beenden. In diesem Fall ist zu Lasten des gekündigten Mitarbeiters nicht von einer fiktiven 18-monatigen Kündigungsfrist auszugehen, wie § 143a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB III a.F. sie vorsieht ( BSG, 17.12.2013 - B 11 AL 13/12 R ).

### 5.26 Schwerbehinderte Arbeitnehmer

§ 91 SGB IX regelt das **Zustimmungsverfahren des Integrationsamts** für die außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer. Während in der Literatur streitig ist, ob die **Zustimmungsfiktion** des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX auch für eine außerordentliche Kündigung von tariflich ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer mit sozialer Auslaufzeit gilt, sagt das BAG nun klar: "Der Wortsinn des § 91 SGB IX ist eindeutig. Die Norm spricht **ohne weitere Differenzierung** von außerordentlichen Kündigungen. Das umschließt solche mit notwendiger Auslaufzeit. Die Gesetzesfassung ist in Bezug auf derartige Kündigungen

auch nicht gleichheitswidrig überschießend. Der Gesetzgeber, dem die Rechtsprechung des Senats zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung des § 21 SchwbG bekannt gewesen sein muss ... [es folgt ein Hinweis auf VG Düsseldorf, 10.06.2013 - 13 K 6670/12] , hat bei der Verabschiedung des SGB IX im Jahr 2001 (...) die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit aus guten Gründen nicht aus dem Anwendungsbereich des § 91 SGB IX herausgenommen" (BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 381/14) .

### 5.27 Vorbeschäftigung

Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst haben einen **besonderen Kündigungsschutz** ( § 34 TVöD ). Dieser besondere Kündigungsschutz sieht einmal verlängerte Kündigungsfristen ( § 34 Abs. 1 Satz 2 TVöD ) und eine gewisse **"Unkündbarkeit"** vor ( § 34 Abs. 2 TVöD ) vor. Das bedeutet für Vorbeschäftigungszeiten: "Bei der Berechnung der für die Kündigungsfrist und den Ausschluss einer ordentlichen Kündigung maßgeblichen Beschäftigungszeit nach § 34 Abs. 1 Satz 2 , § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD werden vorherige Beschäftigungszeiten bei anderen, vom **Geltungsbereich** des TVöD erfassten Arbeitgebern nicht berücksichtigt" ( BAG, 22.02.2018 - 6 AZR 137/17 - Leitsatz).

### 5.28 Wichtiger Grund

Es gibt Tarifverträge , die vorsehen, dass Arbeitnehmer nach Erreichen einer gewissen Altersgrenze und/oder einer bestimmten Betriebszugehörigkeit ordentlich nicht mehr gekündigt werden können - **nur noch außerordentlich** aus wichtigem Grund. So ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB liegt bei auch bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern (nur) dann vor, "wenn es dem Arbeitgeber **unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls** nach einem insoweit anzulegenden objektiven Maßstab **nicht zuzumuten** ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der (fiktiven) ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen." In Fällen dieser Art wäre die außerordentliche Kündigung nämlich auch dann gerechtfertigt, "wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre" ( BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 - mit Hinweis auf BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 531/14 ).