

Der Willkürvorwurf scheidet – über das Bauchgefühl hinaus – in jedem Falle aus, wenn ein „irgendwie einleuchtender Grund“ für die Rechtsausübung vorliegt.¹⁰⁶⁶ Das muss kein arbeitsvertragsbezogener Grund sein. Wenn jedoch ausschließlich ein diskriminierender, nicht mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängender Grund erkennbar ist, liegt ein Fall der Sittenwidrigkeit vor. Kündigungen, welche willkürlich diskriminieren oder auf einem verwerflichen Motiv beruhen sind den §§ 138, 612a BGB zuzuweisen.¹⁰⁶⁷ Auch ein Missbrauchstatbestand (Kündigung langjähriger Vertragsbeziehung wegen minimaler Vertragsstörung ohne vorherige Abmahnung oder Vertragsrüge) kann in Ausnahmefällen zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.¹⁰⁶⁸

IX. Kündigung und Gleichbehandlung

Das Prinzip der Gleichbehandlung wird auch im Kündigungsrecht diskutiert.¹⁰⁶⁹ Im Bereich der **personenbedingten Kündigung** hat es kaum Bedeutung erlangt. Das ist verständlich, denn es werden wohl nur äußerst selten deckungsgleiche Kündigungsgründe einschließlich der erforderlichen erheblichen Auswirkungen auf den Betrieb vorliegen; es fehlt am notwendigen kollektiven Tatbestand.

Eine gleiche Betroffenheit vergleichbarer Arbeitnehmer im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann allerdings bei **betriebsbedingten Kündigungen** vorliegen. Hier ist der Gleichbehandlungsgrundsatz durch § 1 Abs. 3 KSchG konkretisiert. Bei betriebsbedingten Änderungskündigungen zur Kostensenkung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten, der gleichsam ein berechtigtes Interesse bildet, eine individuelle Sozialauswahl auszuschließen.¹⁰⁷⁰ Außerhalb des KSchG kann der Grundsatz Bedeutung gewinnen, wie die Rspr. des 8. Senats des BAG¹⁰⁷¹ zur Kündigung wegen mangelnden Bedarfs nach dem Einigungsvertrag zeigt. Dem kann insoweit gefolgt werden, als § 1 Abs. 3 KSchG nichts anderes als eine gesetzliche Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist.¹⁰⁷² Ist diese Norm nicht anwendbar, bleibt das überpositive Prinzip des Gleichbehandlungsgrundsatzes anwendbar. Schon in Anwendung dieses Grundsatzes darf der Arbeitgeber bei gleicher Ausgangslage vergleichbare Arbeitnehmer nicht willkürlich ungleich behandeln. Dies gilt innerhalb wie außerhalb des KSchG.¹⁰⁷³

Im Bereich der **verhaltensbedingten Kündigung** können einschlägige Fälle häufiger vorkommen. Voraussetzung ist ein gleichgelagerter Kündigungssachverhalt in **sachlicher und in zeitlicher Hinsicht**. Handelt es sich um gleichgelagerte, aber zeitlich nacheinan-

¹⁰⁶⁶ So schon 1987 Preis, Prinzipien (1. Aufl.), S. 400, jetzt in Rn. 943; APS/Preis Grundlagen H Rn. 52; dem jetzt folgend BAG 25.4.2001, NZA 2002, 87 (89); bestätigt durch BAG 24.1.2008, EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 7 = NZA-RR 2008, 405; BAG 5.12.2019, AP BGB § 138 Nr. 74 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 9; BAG 30.3.2023, AP BGB § 612a Nr. 22 = NZA 2023, 898; zu weitgehend ArbG Reutlingen 21.10.1998, EzA BGB § 242 Vertrauensschutz Nr. 1; problematisch auch Kündigung durch Ehemann im Kleinbetrieb wegen laufenden Scheidungsverfahrens: LAG Berlin 9.5.2008, LAGE BGB 2002 § 242 Nr. 4 = NZA-RR 2008, 633.

¹⁰⁶⁷ Preis Prinzipien Rn. 944.

¹⁰⁶⁸ In BAG 23.5.2013, NZA 2013, 172 Rn. 51 wird die Erforderlichkeit einer Abmahnung im Kleinbetrieb generell verneint.

¹⁰⁶⁹ Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist mit dem Wesen des Gestaltungsrechts vereinbar; vgl. dazu Preis Prinzipien Rn. 213; weitergehend auch LAG Thüringen 28.9.1993, LAGE BGB § 620 Gleichbehandlung Nr. 1 zur Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG auf Kündigungen von Funktionsträgern in der ehemaligen DDR; ablehnend bei verhaltensbedingten Gründen LAG Köln 12.5.1995, NZA-RR 1996, 204; s. auch LAG Hessen 25.7.2011, NZA-RR 2012, 76; zur Dogmatik des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus neuerer Zeit s. Hartmann FS Henssler, 2023, 217 ff.

¹⁰⁷⁰ BAG 26.6.2008, EzA KSchG § 2 Nr. 71 = NZA 2008, 1182.

¹⁰⁷¹ Zuletzt BAG 29.8.1996, EzA Einigungsvertrag Art. 20 Soziale Auswahl Nr. 1 = NZA 1997, 604 f.

¹⁰⁷² Ausführlich Preis Prinzipien Rn. 891 ff.; ebenso bereits Buchner RdA 1970, 228; Mayer-Maly AR-Blatt Gleichbehandlung unter G VI; Auffarth/Müller § 1 Rn. 169.

¹⁰⁷³ So jetzt auch BAG 21.2.2001, EzA BGB § 242 Kündigung Nr. 1 = NZA 2001, 833. Diese Konsequenz zeigt auch v. Hoyningen-Huene Anm. AP Einigungsvertrag Anl. I Kap. XIX Nr. 4, auf, lehnt aber die Auffassung des BAG aus methodischen Gründen ab; krit. auch Löwisch BB 1997, 782 (787 ff.).

der liegende Fälle, zwei Arbeitnehmer kommen 15 Minuten zu spät – im Wiederholungsfall mit Abmahnung –, so liegt schon tatbestandsmäßig kein Fall vor, auf den der Gleichbehandlungsgrundsatz angewandt werden könnte.¹⁰⁷⁴

- 331 Die Rechtsprechung des BAG **verneint** allerdings die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das BAG schließt allerdings nicht aus, dass im Rahmen der **Interessenabwägung** zu berücksichtigen sei, ob die Nachsicht des Arbeitgebers in einem Falle **Auswirkungen auf die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung in einem anderen Falle haben kann** (sog. mittelbare Wirkung). Das Problem stellt sich meist bei der **sog. herausgreifenden Kündigung**. Liegen die Tatbestände völlig gleich, haben also mehrere Arbeitnehmer gleichartige Pflichtverletzungen – auch in zeitlicher Hinsicht – begangen und kündigt der Arbeitgeber dennoch nur das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers, so muss der Arbeitgeber darlegen, warum gerade in diesem Falle die vorgenommene Interessenabwägung dazu geführt hat, allein dieses Arbeitsverhältnis aufzulösen. Kann der Arbeitgeber das nicht, so ist die Kündigung unwirksam, da dann auch die Beschäftigung dieses Arbeitnehmers, wie die der anderen, zumutbar ist.¹⁰⁷⁵
- 332 Die Ergebnisse der Rechtsprechung gewinnt man auch mit der unmittelbaren Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Der Arbeitgeber darf nicht **sachwidrig differenzieren**, andernfalls handelt er willkürlich. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, so ist zur Differenzierung ein **sachlicher Grund** notwendig. Dieser kann im Umfang der Tatbeteiligung liegen oder in der Tatsache, dass bei einem Arbeitnehmer ein Wiederholungstatbestand vorliegt, der eine negative Zukunftsprognose besonders nahe legt. Kein sachlicher Grund kann in einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten gesehen werden. Hier fehlt es am Bezug zum Kündigungssachverhalt.¹⁰⁷⁶
- 333 Greift der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer heraus, der Betriebsratsmitglied ist, dann spricht das dafür, dass der gekündigte Arbeitnehmer wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit gekündigt worden ist.¹⁰⁷⁷

X. Vertragliche Kündigungsbeschränkungen

1. Voraussetzungen und Wirkungen

- 334 Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können sich durch Vereinbarung zur Unterlassung einer ordentlichen Kündigung verpflichten (schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung).¹⁰⁷⁸ Dies kann ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen zu schließen sein. Der Vertrag ist dann nur durch eine außerordentliche Kündigung aufzulösen. Einseitig zulasten des Arbeitnehmers ist dies wegen § 622 Abs. 6 BGB freilich ausgeschlossen; im Übrigen kann über § 624 S. 1 BGB, § 15 Abs. 4 S. 1 TzBfG hinausgehend kein Ausschluss der ordentlichen

¹⁰⁷⁴ Vgl. Preis Prinzipien Rn. 909 mit dem Hinweis, davon könne nur abgewichen werden, sofern der Arbeitgeber eine betrieblich-kollektive Regel aufgestellt habe, nach der solche Fälle gelöst werden.

¹⁰⁷⁵ Vgl. BAG 14.10.1965, AP BetrVG 1952 § 66 Nr. 27 = EzA BetrVG 1952 § 66 Nr. 5; BAG 13.10.1955, AP KSchG § 13 Nr. 13; 21.10.1969, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 41 mit krit. Anm. Rüthers = EzA BGB nF § 626 Nr. 1; BAG 25.3.1976, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 6 = EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 12; BAG 22.2.1979, EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 23 = DB 1979, 1659; ArbG Regensburg 23.4.1990, BB 1990, 1418; LAG Nürnberg 9.1.2007, NZA-RR 2007, 357; zur herausgreifenden Kündigung eines Betriebsratsmitglieds: LAG Hamm 10.4.1996, RzK II 1b Nr. 17.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Preis Prinzipien Rn. 912f.

¹⁰⁷⁷ BAG 22.2.1979, EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 23 = DB 1979, 1659; LAG Hamm 10.4.1996, RzK II 1b Nr. 17.

¹⁰⁷⁸ Einzelheiten Preis/Sagan, Kündigungsvereinbarungen, II K 10 Rn. 24ff.; Kania/Kramer RdA 1995, 287; Pauly AuR 1997, 94ff.; Schwerdtner FS Kissel, 1994, 1077ff.; siehe hierzu auch BAG 22.7.1992, EzA BGB § 626 nF Nr. 141; 7.3.2002, EzA BGB § 626 nF Nr. 196 = NZA 2002, 963. Beschränkungen können auch in Gesellschaftsverträgen enthalten sein, vgl. BAG 28.4.1994, EzA GmbHG § 37 Nr. 1 = NZA 1994, 934.

Kündigung erfolgen.¹⁰⁷⁹ Der Arbeitgeber kann sich hingegen wirksam auf Lebenszeit binden.¹⁰⁸⁰ Die Vereinbarung eines besonderen Kündigungsschutzes erfolgt in der Praxis bisweilen in den Fällen, in denen nach §§ 1, 23 KSchG ein Kündigungsschutz noch nicht greift, also in Kleinbetrieben oder während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses.¹⁰⁸¹ Freilich ist eine derartige Vereinbarung außergewöhnlich, sodass ein **eindeutiger Vertragswille** erkennbar sein muss (zu Anrechnungsvereinbarungen → Rn. 970).

Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung liegt aber nicht schon allein in der Bezeichnung einer Stelle als **Dauer- oder Lebensstellung**. Liegt ausdrücklich eine Vereinbarung eines Dienstverhältnisses auf die Lebenszeit einer Person vor, ist zunächst an die Folge des § 624 BGB bzw. § 15 Abs. 5 S. 1 TzBfG zu denken. Im Zweifel entspricht es aber nicht dem Willen der Vertragsparteien, eine lebenslange Bindung einzugehen.¹⁰⁸² Die Zusage einer Lebens- oder Dauerstellung bedeutet in der Regel keine Anstellung auf Lebenszeit iSd § 624 BGB, § 15 Abs. 5 S. 1 TzBfG, doch kann eine entsprechende Zusage unter Umständen Auswirkungen auf die Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers haben. Entscheidend dürfte der Umfang des erzeugten Vertrauensschutzes sein.¹⁰⁸³ In aller Regel wird lediglich ein arbeitgeberseitiger Hinweis anzunehmen sein, dass der Arbeitnehmer von betrieblicher Seite her betrachtet mit einer Beschäftigung auf Lebenszeit rechnen kann, wenn die von ihm geforderten verhaltens- und leistungsbezogenen Voraussetzungen erfüllt werden. Entscheidend für die konkret zu ziehenden Folgerungen ist aber der Parteiwille.¹⁰⁸⁴ Die Vereinbarung einer Dauerstellung kann Bedeutung für den Kündigungsschutz haben. Wird bei der Vertragsverhandlung hervorgehoben, dass es sich um eine Dauerstellung handeln soll, so kann hieraus zu folgern sein, dass der gesetzliche Kündigungsschutz, der erst nach sechs Monaten eingreift, schon zu Beginn der Beschäftigung einsetzen soll.¹⁰⁸⁵ Dies kann jedoch nur bei hinreichend eindeutiger Vereinbarung angenommen werden. Einem Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag ohne entsprechende Sondervereinbarung unterschreibt, wird in der Regel nicht damit durchdringen können, der Arbeitgeber habe mit der mündlichen Zusage einer Dauerstellung einen vorzeitigen Kündigungsschutz einräumen wollen. Der Umstand allein, dass ein Arbeitnehmer aus einer ungekündigten Stelle heraus abgeworben wurde, lässt für sich allein nicht den Schluss zu, die Parteien hätten konkludent die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen.¹⁰⁸⁶ Ausreichend kann aber für die Vereinbarung des sofortigen Kündigungsschutzes sein, dass die Parteien ausdrücklich auf die Vereinbarung einer **Probezeit verzichten**.¹⁰⁸⁷ Von § 1 Abs. 1 KSchG abweichende Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers, wie den Ausschluss oder die Verkürzung der Wartezeit oder über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber, sind ohne weiteres zulässig und können auch konkludent getroffen werden.¹⁰⁸⁸ Nur wenn im Arbeitsvertrag schriftlich die Zusage einer Dauer- oder Lebensstellung erfolgt, können hieraus kündigungsrechtliche Konsequenzen gezogen werden (Ausschluss der Kündigung vor Dienstantritt, sofortiges

335

¹⁰⁷⁹ Preis/Preis, *Kündigungsvereinbarungen*, II K 10 Rn. 28; zu Sinn und Zweck des § 624 BGB: BAG 24.10.1996, EzA GG Art. 12 Nr. 29 = NZA 1997, 597.

¹⁰⁸⁰ BAG 25.3.2004, AP BGB § 138 Nr. 60 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 3; Preis/Hamacher FS 50-jähriges Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, 1999, 245 (253 f.); Kania/Kramer RdA 1995, 285 (292).

¹⁰⁸¹ Preis/Preis, *Kündigungsvereinbarungen*, II K 10 Rn. 32; Preis. NZA 1997, 1256 (1259); bestätigt durch BAG 25.3.2004, AP BGB § 138 Nr. 60.

¹⁰⁸² Erman/Riesenhuber BGB § 624 Rn. 5; Staudinger/Temming, 2022, BGB § 624 Rn. 11 mwN.

¹⁰⁸³ Staudinger/Temming, 2022, BGB § 624 Rn. 14.

¹⁰⁸⁴ BAG 21.10.1971, AP BGB § 611 Gruppenarbeitsverhältnis Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Nr. 23; BAG 8.6.1972, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Nr. 24.

¹⁰⁸⁵ BAG 18.2.1967, AP KSchG § 1 Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Nr. 5; BAG 8.6.1972, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Nr. 24.

¹⁰⁸⁶ LAG Mecklenburg-Vorpommern 24.6.2008 – 5 Sa 52/08.

¹⁰⁸⁷ LAG Köln 15.12.2006, NZA-RR 2007, 293.

¹⁰⁸⁸ BAG 20.2.2014, NZA 2014, 1083 Rn. 44.

Eingreifen des KSchG).¹⁰⁸⁹ Die – zum Teil ältere – Rechtsprechung ist hierzu nur noch bedingt aussagekräftig.¹⁰⁹⁰

- 336 Im Allgemeinen wird man nur bei Vorliegen besonderer Umstände annehmen können, dass bei einem auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis ein Ausschluss oder eine Beschränkung des Kündigungsrechts stillschweigend vereinbart ist. Zu verlangen ist von den Parteien, dass entsprechende Zusagen eindeutig getroffen werden. Prinzipiell ist der Arbeitnehmer nicht von dem Risiko befreit, das mit dem Neuantritt einer Stelle verbunden ist.¹⁰⁹¹ Viel spricht jedoch dafür, dass eine vertrauenserzeugende Zusage nicht sanktionslos bleibt, insbesondere wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der ersten sechs Monate trotz Bewährung grundlos kündigt. Im Anwendungsbereich materieller Kündigungsgründe (§ 1 KSchG, § 626 BGB) kann die Zusage unter Umständen bei der Gewichtung des Kündigungsgrundes Berücksichtigung finden.¹⁰⁹² Verletzt der Arbeitgeber durch eine Kündigung nach vorangegangener Zusage einer Daueranstellung schuldhaft das schutzwürdige Vertrauen des Arbeitnehmers, dass eine grundlose Kündigung unterbleibt, kann ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 iVm § 241 Abs. 2 iVm § 280 Abs. 1, § 249 BGB) gerechtfertigt sein.¹⁰⁹³
- 337 Haben die Parteien des Arbeitsvertrages ein **befristetes Arbeitsverhältnis** vereinbart, so ist damit die **ordentliche Kündigung ausgeschlossen**. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können sich nur durch eine außerordentliche Kündigung wieder voneinander trennen. Etwas anderes gilt, wenn dies vereinbart worden ist (**§ 15 Abs. 4 TzBfG**).¹⁰⁹⁴ Die Befristung des Vertrages spricht grundsätzlich für den Ausschluss der ordentlichen Kündigung. Soll die Befristung im Sinne einer Höchstdauer verstanden werden, dh der Vertrag nach Zeitablauf ohne Kündigung enden und zwischenzeitlich wie jeder andere Arbeitsvertrag auch noch ordentlich gekündigt werden können, so muss der dahin gehende Wille der Parteien eindeutig erkennbar sein.¹⁰⁹⁵
- 338 Hat der Arbeitgeber in einem befristeten Vertrag eine ordentliche Kündigung ausgesprochen, so ist diese wegen der vertraglichen Beschränkung des Kündigungsrechts unwirksam. Vielfach wird nun versucht, die erklärte Kündigung in eine außerordentliche Kündigung umzudeuten, die ja auch im befristeten Vertrag zulässig bleibt und die auch mit einer Auslauffrist erklärt werden kann (sog. außerordentliche befristete Kündigung, dazu → Rn. 616). Dies kann nicht zum Erfolg führen, denn ob eine ordentliche Kündigung erklärt worden ist oder eine außerordentliche, ist Tatfrage. Wer eine Kündigung mit der dem Vertrag entsprechenden ordentlichen Frist erklärt, muss dem Erklärungsempfänger gegenüber zum Ausdruck bringen, es handele sich um eine außerordentliche befristete Kündigung. Im späteren Auslegungstreit dürfen nur solche Umstände berücksichtigt werden, die dem Kündigungsempfänger erkennbar waren. Die Tatsache, dass im Vertrag die ordentliche Kündigung ausgeschlossen worden ist, kann nicht zu der Annahme führen, der Arbeitgeber habe trotz der Einhaltung der üblichen Frist in Wirklichkeit eine außerordentliche Kündigung erklärt.¹⁰⁹⁶ Die Umdeutung einer unwirksamen ordentlichen Kündi-

¹⁰⁸⁹ Hierzu Preis/Sagan, Kündigungsvereinbarungen, II K 10 Rn. 35.

¹⁰⁹⁰ RAG 16.12.1936, ARS 28, 332; 15.9.1937, ARS 31, 78; BAG 12.10.1954, AP Regelungsg § 52 Nr. 1; 7.11.1968, AP HGB § 66 Nr. 3 = EzA HGB § 66 Nr. 2; BAG 26.1.1967, AP BGB § 611 Vertragsschluss Nr. 2.

¹⁰⁹¹ Näher Staudinger/Temming, 2022, BGB § 624 Rn. 16 mwN.

¹⁰⁹² Vgl. auch BAG 21.10.1971, AP BGB § 611 Gruppenarbeitsverhältnis Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Nr. 23.

¹⁰⁹³ Vgl. KR/Krumbiegel BGB § 624 Rn. 19ff.; Staudinger/Temming, 2022, BGB § 624 Rn. 17; vgl. auch BAG 12.12.1957, AP BGB § 276 Verschulden bei Vertragsabschluss Nr. 2 = EzA BGB § 276 Nr. 1; LAG Nürnberg 25.7.1994, LAGE BGB § 276 Verschulden bei Vertragsabschluss Nr. 3.

¹⁰⁹⁴ Hierbei reicht auch das Ankreuzen einer entsprechenden Option in einem Formulararbeitsvertrag aus, vgl. BAG 4.8.2011, AP TzBfG § 15 Nr. 6.

¹⁰⁹⁵ BAG 19.6.1980, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 55 = EzA BGB § 620 Nr. 47; 29.6.1989, EzA BGB § 174 Nr. 6 = NZA 1990, 6.

¹⁰⁹⁶ Vgl. hierzu LAG Düsseldorf/Köln 30.10.1973, EzA BGB nF § 626 Nr. 32 und auch BAG 12.9.1974, AP TV AL II § 44 Nr. 1 = EzA TVG § 1 Auslegung Nr. 3; vgl. ferner BAG 19.6.1980, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 55 = EzA BGB § 620 Nr. 47.

gung in eine außerordentliche Kündigung ist nicht mit Hilfe von § 140 BGB möglich, denn das Ersatzgeschäft darf keine weitergehenden Wirkungen haben als das ursprüngliche Rechtsgeschäft.¹⁰⁹⁷

Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Kündigung hat nicht nur schuldrechtliche 339 Wirkungen dergestalt, dass die Kündigung zwar wirksam ist, aber Schadensersatzfolgen auslösen kann.¹⁰⁹⁸ Vielmehr ist eine dennoch ausgesprochene Kündigung auch unwirksam. Die Verpflichtung zur Unterlassung der Kündigung bedeutet eine Verfügung über das Gestaltungsrecht, sie hat also dingliche Wirkung. Der dennoch ausgesprochenen Kündigung bleibt der bezweckte Rechterfolg versagt.¹⁰⁹⁹ Verstößt eine Kündigung in einem befristeten Arbeitsvertrag gegen das Kündigungsverbot des § 15 Abs. 4 TzBfG, muss der Arbeitnehmer zur Geltendmachung des Unwirksamkeitsgrundes die **Klagefrist** des § 4 KSchG einhalten.¹¹⁰⁰ In diesem Zusammenhang ist die Frage zu beantworten, ob der vertragliche Ausschluss der Kündigung im Einzelarbeitsvertrag im Verhältnis zu den tariflichen Fristen über die Kündigung des Arbeitsvertrages gegen das Unabdingbarkeitsprinzip verstößt. Das ist zu verneinen.

2. Kündigungsbeschränkungen in Tarifverträgen

In Tarifverträgen werden häufig Bestimmungen vereinbart, die das Kündigungsrecht des 340 Arbeitgebers für ordentliche Kündigungen beschränken.¹¹⁰¹ Vielfach tritt nach einer bestimmten Zeit (zB § 34 Abs. 2 TVöD, Tarifverträge im Metallbereich) Unkündbarkeit ein.¹¹⁰²

In den sog. Rationalisierungsschutzabkommen finden sich **Einschränkungen der 341 Kündigungsbefugnis**, sei es, dass die Zustimmung des Betriebsrats vereinbart worden ist oder Beschränkungen bei der Auswahl der zu Kündigenden statuiert worden sind. Tarifverträge können auch temporäre Verbote von Kündigungen aus dringenden betrieblichen Gründen enthalten.¹¹⁰³ Denkbar ist auch, dass die Tarifparteien besondere Diskriminierungsverbote oder anlassbezogene Kündigungsverbote regeln.¹¹⁰⁴ Verstößt eine Kündigung gegen solche tariflichen Bestimmungen, so ist sie nach § 4 TVG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam.¹¹⁰⁵ Deshalb gehören sowohl der tarifvertragliche als auch der arbeitsvertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu den **Unwirksamkeitsgründen** einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen ordentlichen Kündigung, die gemäß **§§ 4, 6 KSchG rechtzeitig prozessual geltend gemacht werden müssen**.¹¹⁰⁶ Entscheidend ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. In diesem Zeitpunkt müssen die Voraussetzungen für die Unkündbarkeitsregelung vorliegen (Lebensalter und notwendige Dauer der Be-

¹⁰⁹⁷ BAG 12.9.1974, AP TV AL II § 44 Nr. 1 = EzA TVG § 1 Auslegung Nr. 3.

¹⁰⁹⁸ So offenbar BAG 8.10.1959, AP BGB § 620 Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung Nr. 1 = NJW 1960, 67.

¹⁰⁹⁹ Zutreffend Herschel DB 1960, 1215; KR/Treber/Rennpferdt § 13 Rn. 114 ff.; BAG 6.9.1979 – 2 AZR 532/77, BeckRS 1979, 00266.

¹¹⁰⁰ BAG 22.7.2012, NZA 2010, 1142.

¹¹⁰¹ S. zB BAG 6.7.2006, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 133 = NZA 2007, 167.

¹¹⁰² Beispiele: BAG 21.3.1996, EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 10 = NZA 1996, 871 – Metall; 13.3.1997, EzA BeschFG 1985 § 2 Nr. 52 = NZA 1997, 842 – BAT; 5.2.1998, EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 2 = NZA 1998, 771 – Wohnungswirtschaft; 17.9.1998, EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3 = NZA 1999, 258 – Lufthansa. Bei einzelvertraglicher Vereinbarung des alten BAT soll nach LAG Berlin 21.4.1997, NZA-RR 1998, 144 § 53 Abs. 3 BAT nicht gelten, zweifelhaft; ausf. Löwisch DB 1998, 877; zu Unkündbarkeitsklauseln unter altersdiskriminierungsrechtlichen Aspekten s. Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 138 ff., 529 ff.

¹¹⁰³ Vgl. BAG 6.7.2006, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 133 = NZA 2007, 167 zu § 8 Tarifvertrag Beschäftigungsbrücke für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen vom 28.3.2000; vgl. ferner § 5 des Tarifvertrages für die Volkswagen AG 1.1.1994, NZA 1994, 111.

¹¹⁰⁴ BAG 5.2.1998, EzA EntgeltfortzG § 8 Nr. 1 = NZA 1998, 644 (Kündigungsverbot aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit).

¹¹⁰⁵ BAG 26.3.2009, NZA 2009, 679.

¹¹⁰⁶ BAG 8.11.2007, EzA KSchG § 4 nF Nr. 81 = NZA 2008, 936.

triebszugehörigkeit).¹¹⁰⁷ Eine objektive funktionswidrige Umgehung der tariflichen Normen über die Unkündbarkeit liegt dann vor, wenn kurz vor ihrem Eintritt ordentlich gekündigt wird, aber nicht zum nächstmöglichen, sondern zu einem späteren Termin. Diese Kündigung ist tarifwidrig und damit unwirksam.¹¹⁰⁸

- 342 Besteht ein tarifliches Kündigungsverbot für ordentliche Kündigungen, so erfasst es auch die ordentliche **Änderungskündigung**.¹¹⁰⁹ Tarifliche Kündigungsbeschränkungen sind jedoch auf Kündigungen, die vor Beginn des zeitlichen Geltungsbereichs des einschlägigen Tarifvertrages ausgesprochen worden sind, jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn sich aus dem Tarifvertrag nicht eindeutig der Wille der Tarifpartner ergibt, die Neuregelung auch rückwirkend eingreifen zu lassen.¹¹¹⁰
- 343 Tarifverträge sehen häufig vor, dass **älteren Arbeitnehmern nach einer bestimmten Beschäftigungszeit** nicht mehr gekündigt werden kann. Grundsätzliche Bedenken hiergegen bestehen nicht, wenn sie rechtskonform vereinbart werden.¹¹¹¹ Das BAG hat dies sogar für solche Mitarbeiter gebilligt, die im Kündigungszeitpunkt noch keine sechs Monate beschäftigt waren.¹¹¹² Soweit *Löwisch* erwägt, Tarifverträge könnten im Hinblick darauf rechtlichen Bedenken begegnen, dass Wartezeit und Kleinbetriebsklausel (§ 1 Abs. 1 KSchG, § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) dem Arbeitgeber zwingend eine von der Geltendmachung von Kündigungsgründen unabhängige Kündigungsfreiheit gewährleisten wollen,¹¹¹³ ist dem nicht zu folgen. Das KSchG stellt einseitig zwingendes Recht zugunsten des Arbeitnehmers dar, dh es gewährt einen gesetzlichen Mindestschutz.¹¹¹⁴ Wenn aber Einzelvertragsparteien eine entsprechende Vereinbarung auf der Basis der Vertragsfreiheit regeln dürfen,¹¹¹⁵ wäre es eine verfassungswidrige Beschränkung der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie, den Tarifvertragsparteien eine derartige Regelungsmöglichkeit zu verweigern. Die Tarifnorm darf aber ihrerseits nicht gegen Grundrechte verstoßen, insbesondere nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.¹¹¹⁶ Wird die Zulässigkeit tarifvertraglicher Kündigungsschutzregelungen als günstigere Regelung bejaht, hat dies zwingend zur Folge, dass die geschützten Arbeitnehmer im Falle betriebsbedingter Kündigung nicht dem Regelungsbereich des § 1 KSchG unterfallen; sie können dann auch nicht in die Sozialauswahl einbezogen werden (vgl. noch → Rn. 1187 ff.).¹¹¹⁷
- 344 Unkündbarkeitsklauseln, die an das Lebensalter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit gekoppelt sind, wurden bisher als zulässig angesehen.¹¹¹⁸ Diese Auffassung ist im Lichte des AGG problematisch geworden. Tarifliche Unkündbarkeitsklauseln unterliegen dem Benachteiligungsverbot des § 7 AGG und sind entsprechend an §§ 1, 3 AGG zu messen.¹¹¹⁹ Betroffen ist hier das **Diskriminierungsmerkmal Alter**. Es handelt sich um ein

¹¹⁰⁷ Hierzu BAG 26.4.1990, RzK I 3e Nr. 11.

¹¹⁰⁸ BAG 16.10.1987, EzA BGB § 626 nF Unkündbarkeit Nr. 1 = NZA 1988, 887; BAG 20.7.1989, RzK I 8f Nr. 8; 20.11.1997, EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 52 = NZA 1998, 323; siehe hierzu auch BAG 12.12.1996, EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 41.

¹¹⁰⁹ BAG 28.10.2010, NZA-RR 2011, 155; 10.3.1982, AP KSchG § 2 Nr. 2 = EzA KSchG § 2 Nr. 3; BAG 27.9.2001, EzA TVG § 1 Nr. 44; 22.4.2010, NZA-RR 2011, 75.

¹¹¹⁰ BAG 1.12.1977, DB 1978, 701; 21.7.1988, RzK I 8f Nr. 5.

¹¹¹¹ Vgl. BAG 9.9.1992, EzA BGB nF § 626 Nr. 142 = NZA 1993, 598 und 14.2.1993, EzA BGB § 626 nF Nr. 144; zu § 1 Abs. 3 KSchG noch hier unter → Rn. 1065f.

¹¹¹² Vgl. BAG 13.6.1996, EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 2 = NZA 1996, 1168.

¹¹¹³ Löwisch BB 1997, 782 (790); LSSW/Schlünder KSchG § 1 Rn. 52.

¹¹¹⁴ Ausf. KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 36ff.; vgl. ferner Preis NZA 1997, 1256 (1259).

¹¹¹⁵ LSSW/Löwisch Vorbemerkungen zu KSchG § 1 Rn. 115.

¹¹¹⁶ Zur Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter: BAG 13.3.1997, EzA BeschFG 1985 § 2 Nr. 52 = NZA 1997, 842.

¹¹¹⁷ DDZ/Däubler Einleitung Rn. 206.

¹¹¹⁸ So wird zB noch in den Entscheidungen BAG 21.3.1996, EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 10 = NZA 1996, 871; BAG 10.5.2007, EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 15 = NZA 2007, 1278 und BAG 2.2.2006, EzA TVG § 1 Rückwirkung Nr. 7 = NZA 2006, 868 die Zulässigkeit solcher tariflichen Unkündbarkeitsklauseln überhaupt nicht problematisiert.

¹¹¹⁹ BAG 20.6.2013, AP BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3 = NZA 2014, 208; ausf. Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 138 ff., 529 ff.

ambivalentes Merkmal. Eine Diskriminierung kann in beide Richtungen stattfinden; sowohl jüngere als auch ältere Arbeitnehmer können diskriminiert werden. Durch Unkündbarkeitsklauseln, die an das Lebensalter und/oder die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, werden jüngere Arbeitnehmer gegenüber Älteren benachteiligt. Jüngere Arbeitnehmer werden aufgrund der Unkündbarkeitsklauseln stärker von Kündigungen betroffen. Nach diesseitiger Auffassung sind Unkündbarkeitsklauseln, die auch an das Lebensalter anknüpfen nicht zu rechtfertigen und daher altersdiskriminierend.¹¹²⁰ Die Rechtsprechung des BAG hält hingegen ältere Arbeitnehmer schützende Unkündbarkeitsklauseln prinzipiell für gerechtfertigt, schränkt ihre Reichweite aber wenigstens uU ein.¹¹²¹ Das BAG hat zu § 4.4 MTV Metallindustrie, der nach dreijähriger Betriebszugehörigkeit ab dem 53. Lebensjahr die Unkündbarkeit vermittelt, erkannt, dass durch eine solche Schutzklausel in Extremfällen nicht nur die Wertungen des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG „auf den Kopf gestellt“ werden können, sondern auch der etwas jüngere, aber wegen langer Betriebszugehörigkeit und hohen Unterhaltspflichten viel schutzwürdigere Arbeitnehmer wegen des Alters diskriminiert werden könnte. Für solche Fälle erwägt das BAG, entsprechende Regelungen verfassungs- und unionsrechtskonform einzuschränken.¹¹²² Die gebotene Grenze liege dort, wo die Fehlgewichtung durch den durch die ordentliche Unkündbarkeit eingeschränkten Auswahlpool zu einer grob fehlerhaften Auswahl führen würde.¹¹²³ Im Grundsatz ist nach Auffassung des BAG zu berücksichtigen, dass die Unkündbarkeitsregelungen ein legitimes Ziel iSd Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78 verfolgen. Das BAG hat § 4.4 S. 1 MTV unter Berücksichtigung seines Zwecks unionsrechtskonform dahin ausgelegt, dass der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dann nicht gilt, wenn die damit verbundene Begünstigung des geschützten Personenkreises im Einzelfall zu einem iSv § 1 Abs. 4 KSchG grob fehlerhaften Auswahlergebnis führen würde.¹¹²⁴

Einschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers über den gesetzlichen Kündigungsschutz hinaus sind im Bereich der ordentlichen Kündigung grundsätzlich anzuerkennen und heute in Rationalisierungsschutzabkommen verbreitete Praxis.¹¹²⁵ Zum Nachteil des Arbeitnehmers darf der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz jedoch nicht verändert werden. Es kommt nur die Konkretisierung von Gesichtspunkten in Betracht, die im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.¹¹²⁶

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist **zwingendes Recht** (→ Rn. 887). Es kann niemand veranlasst werden, ein Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten, dessen Fortsetzung für ihn unzumutbar geworden ist. Das gilt auch für Tarifverträge.¹¹²⁷ Im Falle der Betriebsstilllegung (→ Rn. 824) oder dauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers¹¹²⁸ soll trotz des besonderen tariflichen Kündigungsschutzes eine außerordentliche Kündigung möglich sein, bei der aber dann die längste Kündigungsfrist einzuhalten ist, die gelten

¹¹²⁰ Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 619f. (insbesondere bzgl. § 4.4 MTV Metallindustrie und § 34 Abs. 2 TVöD).

¹¹²¹ BAG 20.6.2013, AP BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3 = NZA 2014, 208.

¹¹²² BAG 5.6.2008, EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 81 = NZA 2008, 1120; APS/Kiel KSchG § 1 Rn. 736; Brühl BB 2006, 1050.

¹¹²³ Vgl. BAG 20.6.2013, AP BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3 = NZA 2014, 208; MüKoBGB/Thüsing AGG § 10 Rn. 43ff.; Bauer AGG § 10 Rn. 46ff.

¹¹²⁴ BAG 20.6.2013, AP BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3 = NZA 2014, 208 Rn. 51.

¹¹²⁵ Hierzu DDZ/Däubler Einleitung Rn. 202ff.; zu den Grenzen vgl. Koller ZfA 1978, 45ff. und Reuter ZfA 1978, 1ff. Ferner Beck AuR 1981, 333ff.

¹¹²⁶ BAG 3.5.1978, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 5 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8 = NJW 1978, 2525; BAG 11.3.1976, EzA BetrVG § 95 Nr. 1 mAnm Gamillscheg. Gegen eine Erweiterung des Kündigungsschutzes durch freiwillige Betriebsvereinbarung bestehen keine Bedenken, vgl. auch DDZ/Däubler Einleitung Rn. 232ff.; BAG 17.3.2005, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 71 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 58 verlangt eine klare Regelung.

¹¹²⁷ Zöllner, Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgenklauseln nach Arbeitskämpfen, 1977, S. 32.

¹¹²⁸ BAG 4.2.1993, EzA BGB nF § 626 Nr. 144; 12.7.1995, EzA BGB § 626 nF Nr. 156 = NZA 1995, 1100.

würde, wenn die ordentliche Kündigungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen wäre (soziale Auslauffrist). Einzelheiten → Rn. 824f.

- 347 Umstritten ist, ob es zulässig ist, im Tarifvertrag einen besonderen Kündigungsschutz für **gewerkschaftliche Vertrauensleute** zu vereinbaren. Instanzgerichtlich ist diese Frage bejaht worden. Die Frage ist literarisch umstritten.¹¹²⁹

XI. Darlegungs- und Beweislast

- 348 Für die rechtsvernichtende Einwendung der Nichtigkeit einer Kündigung trägt prinzipiell der Arbeitnehmer die Beweislast.¹¹³⁰ Abweichende Regelungen bedürfen einer besonderen Norm. Problematisch ist die Beweislastverteilung insbesondere im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 612a, 138 und 242 BGB). Selten wird ein Arbeitgeber seine (diskriminierende) Motivation offenbaren. Da der Grundrechtsschutz auch im Verfahrensrecht Bedeutung erlangen kann, hat die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast besondere Bedeutung.¹¹³¹ Auch wenn es keine allgemeinen Grundsätze gibt, lässt sich jedoch typisierend Folgendes festhalten.

1. Vorrang gesetzlicher Beweislastregelungen

- 349 Hinsichtlich der Anforderungen an die (Darlegungs- und) Beweislast sind die vorrangigen Grundentscheidungen des Gesetzgebers zu beachten. Das gilt einmal angesichts der bewussten Verteilung der Beweislast innerhalb des KSchG (vgl. § 1 Abs. 2 S. 4, § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG). Auch außerhalb des KSchG hat der Gesetzgeber bisweilen Sonderregelungen geschaffen. Hinzuweisen ist insbesondere auf § 22 AGG, § 2 Abs. 2 S. 3 ArbPISchG, § 2 Abs. 2 S. 3 EignungsÜG oder § 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG. Praxisrelevant ist § 22 AGG. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Diese wichtige Norm ist unglücklich formuliert und sollte folgendermaßen verstanden werden: Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin muss beweisen, dass die Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe (lediglich) überwiegend wahrscheinlich ist. Damit gilt nicht das höhere Beweismaß wie beim Vollbeweis (und damit ein Grad der Gewissheit, der Zweifel Schweigen gebietet), sondern nur das **abgesenkte Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit**, wie es bspw. bei der Glaubhaftmachung iSd § 294 ZPO einschlägig ist.¹¹³² § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen nur im Hinblick auf den Ursachenzusammenhang (Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG aufgeführten Merkmals) eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Greifen die Tatbestandsbestandsvoraussetzungen des § 22 AGG, legt diese Norm dem Arbeitgeber den Vollbeweis dafür auf, dass er den Arbeitnehmer nicht unmittelbar aufgrund einer der in § 1 AGG genannten Gründe benachteiligt hat oder ggf. diese Benachteiligung gerechtfertigt werden kann. Er muss das Gericht also davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht auf dem Diskriminierungsmerkmal beruht hat. Damit muss er Tatsachen und Umstände vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich

¹¹²⁹ ArbG Kassel 5.8.1976, DB 1976, 1675 = EzA GG Art. 9 Nr. 16; LAG Düsseldorf 25.8.1995, LAGE GG Art. 9 Nr. 11; zustimmend Zachert BB 1976, 517; ArbG Bamberg 12.1.1989, AiB 1989, 158 mAnm Zachert; Wlotzke RdA 1976, 80; Herschel AuR 1977, 137; Fitting BetrVG § 2 Rn. 90; Schaub RdA 1981, 373; aA Blomeyer DB 1977, 101; Bulla BB 1975, 889; Kraft ZfA 1976, 243; Böttcher RdA 1978, 133.

¹¹³⁰ Bspw. LAG Thüringen 21.6.2023 – 4 Sa 184/21, BeckRS 2023, 50040 Rn. 29ff.

¹¹³¹ BVerfG 27.1.1998, NZA 1998, 470 (472) unter Bezugnahme auf Preis NZA 1997, 1256 (1269).

¹¹³² Vgl. nur BAG 16.2.2023, AP EntgTranspG § 3 Nr. 2 = NZA 2023, 958; s. auch BeckOK ArbR/Roloff § 22 AGG Rn. 4ff.; KR/Treber/Plum AGG § 22 Rn. 11.