

## Betriebliche versus tarifliche Unkündbarkeit



Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim

Ältere Arbeitnehmer haben oft tariflichen Sonderkündigungsschutz. Dieser wird in der Praxis gelegentlich durch eine „Jubiläumsunkündbarkeit“ ergänzt. Die gewollte Folge: Alte Arbeitnehmer und solche mit langer Betriebszugehörigkeit (etwa: 25jährige Betriebszugehörigkeit eines vierzigjährigen Arbeitnehmers) fallen als Unkündbare aus der Sozialauswahl heraus. Opfer sind diejenigen Arbeitnehmer, die durch diesen Rost fallen – häufig mit Kindern. Das ist nicht nur praktisch untragbar: es ist auch rechtlich unhaltbar!

### I. Tarifliche Unkündbarkeit für ältere Arbeitnehmer

Betriebsbedingt entlassen werden in diesen Zeiten naturgemäß auch ältere Arbeitnehmer. Der Gesetzgeber erlaubt den Arbeitgebern zu Recht, ihre Altersstruktur zu sichern, so dass sie nicht etwa bedingt durch das Sozialauswahlgebot am Ende eine stark überalterte Belegschaft derjenigen haben, die auf Grund hohen Lebensalters und langer Betriebszugehörigkeit sozial besonders schutzbedürftig sind, schon 1996 bis 1998 und nun wieder mit der „Agenda 2010“, als kündigungsschutzrechtlichem Wiedergänger<sup>1</sup>.

Dem stehen diametral entgegen tarifliche – und eben auch betriebliche – Regeln, die die Kündigung älterer Arbeitnehmer oder/und solcher mit langer Betriebszugehörigkeit einschränken oder ausschließen<sup>2</sup>. Typisch sind Klauseln, die entweder ein bestimmtes Lebensalter oder eine bestimmte Betriebszugehörigkeit oder eine Kombination von beidem verlangen. So ist in den Tarifverträgen der Metallindustrie in allen Tarifgebieten bis auf Thüringen ein entsprechender Sonderschutz vorgesehen, der Arbeitnehmern ab 50 Jahren und spätestens ab 55 Jahren (teils abgestuft: 50, 53, 54) dann Sonderkündigungsschutz gewährt, wenn sie eine bestimmte Betriebszugehörigkeit – von 3 Jahren in Baden-Württemberg über 5 Jahre (Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordwestliches Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Niedersachsen) bis hin zu 10 oder 15 Jahren (mit gestaffelten Zwischenwerten) in Bayern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Osnabrück.

Ob man älteren Arbeitnehmern damit Gutes tut, ist fraglich. Insbesondere bei kurzer Betriebszugehörigkeitszeit wirken solche Regeln abschreckend. Wer etwa wird einen fünfzigjährigen Arbeitnehmer in Baden-Württemberg einstellen, wenn er weiß, dass dieser mit 53 und drei Jahren Betriebszugehörigkeit unkündbar ist? Indiziert sind eher Zuganiserleichterungen für ältere Arbeitnehmer, wie die derzeit an dem Verdikt der Europarechtswidrigkeit faktisch scheiternde Befristung nach § 14 III TzBfG. Dementsprechend kann man unter dem Stichwort „Abschied von Burda – Günstigkeit der Beschäftigungssicherung“ fragen, ob der 50jährige Arbeitnehmer nicht seine Unkündbarkeit abbedingen kann, um Zugang zum Arbeitsmarkt zu finden<sup>3</sup>.

Jedenfalls wirken sich solche Regelungen zu Lasten der Jüngeren aus, weil sie mit der Unkündbarkeit gezielt in die

1) Löwisch, NZA 2003, 689. Weiter zum Erhalt der Altersstruktur als „berechtigtem betrieblichen Bedürfnis“ Etzel, in: KR, 6. Aufl. (2002), § 1 KSchG R.dnr. 678 m. w. Nachw.

2) Schöner Überblick bei Kania/Kramer, RdA 1995, 287.

3) Dazu Rieble, ZfA 2004, H. 1.

Sozialauswahl eingreifen. Weshalb etwa in Baden-Württemberg der Metallarbeiter mit einem Alter von 53 Jahren und einer Betriebszugehörigkeit von drei Jahren kraft seiner tariflichen Unkündbarkeit Vorrang vor dem Kollegen mit 52 Jahren und 20 Jahren Betriebszugehörigkeit (und vielleicht auch noch Kindern) beanspruchen darf, erschließt sich nicht. Deshalb hält eine starke – und richtige – Meinung solche tariflichen Unkündbarkeitsregeln für einen Verstoß gegen das Gebot der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG, weil das Lebensalter zu Lasten der Betriebszugehörigkeit überbetont wird (insbesondere der abnehmenden Schutzbedürftigkeit in der Nähe des Rentenalters nicht entsprochen wird), weil fixe Grenzen bei Lebensalter und Betriebszugehörigkeit die Abwägung zu Unrecht pauschalisieren und weil schließlich die Unterhaltslasten ganz außer Betracht bleiben. Die Tarifparteien haben mithin nicht das Recht, einem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz auf Kosten eines anderen zu „reservieren“<sup>4</sup>. Sie sind auf Sozialauswahlrichtlinien gem. § 1 IV KSchG beschränkt und dürfen nicht gezielt mit der Unkündbarkeit kraft zweier Sozialauswahlkriterien die Sozialauswahl zu Lasten der Jüngeren steuern.

Die überwiegende Meinung leitet dagegen aus § 1 III KSchG kein „tariffestes“ Gebot der Sozialauswahl ab, sondern sieht die Unkündbarkeit gegenüber der Sozialauswahl als Vorfrage, die über die Herausnahme aus der Sozialauswahl gegenüber den benachteiligten Arbeitnehmern nur eine Reflexwirkung auslöst<sup>5</sup>. Das BAG hat die Frage zunächst offengelassen<sup>6</sup>, geht aber im Rahmen der betriebsbedingten „Orlando-Kündigung“ nach § 626 BGB inzwischen von der Wirksamkeit solcher Tarifbestimmungen aus – und sieht eine soziale Auswahl nur unter den Unkündbaren für geboten an<sup>7</sup>. Das aber zeigt: die tarifliche Unkündbarkeit ist keine Unkündbarkeit, sondern nur eine Vorrangregel: Zuerst sind alle kündbaren Arbeitnehmer zu entlassen und dann die Unkündbaren, jeweils mit eigener „interner“ Sozialauswahl. Als Vorrangregel ist eine solche Tarifregel indes nicht möglich.

Die Tarifautonomie rechtfertigt keine derartigen Vorrangregeln. Hier geht es gerade auch um die Nichtorganisierten, weil solche Auswahlregeln nur als Betriebsnormen denkbar sind. Verfassungsrechtliche Aspekte sprechen mithin gegen die h. M.<sup>8</sup>. Umgekehrt gebietet die staatliche Schutzpflicht aus Art. 12 I GG<sup>9</sup> – bei Betriebsnormen auch nicht durch eine „Belastungseinwilligung kraft Mitgliedschaft“ abgeschwächt – die Kontrolle des Tarifvertrags auf seine Arbeitsplatzverdrängungswirkung.

Das mindeste ist eine Verhältnismäßigkeitprüfung, der der Metalltarif in Baden-Württemberg mit seiner viel zu kurzen Betriebszugehörigkeit von drei Jahren nicht standhält<sup>10</sup>. Freilich sind auch „ausgewogenere“ Regelungen mit Staffelungen von Lebensalter und Betriebszugehörigkeit wie in Niedersachsen nicht zu halten<sup>11</sup>. Wenn dort der 55-jährige Arbeitnehmer nach zehn Jahren Betriebszugehörigkeit unkündbar ist, wird gleichwohl vor allem zu Lasten der Familien mit Kindern (!) – Art. 6 GG – die Unterhaltslast ausgeblendet. Die 50jährige Mutter von vier Kindern mit neun Jahren Betriebszugehörigkeit wird so verdrängt. Mir scheint, § 1 IV KSchG erfüllt die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf treffliche Weise: durch Kollektivvertrag dürfen nur Richtlinien geschaffen werden, die erstens alle drei Sozialauswahlkriterien – und künftig noch die Schwerbehinderung – berücksichtigen und zweitens noch Raum für eine Einzelfallentscheidung lassen<sup>12</sup>.

Schafft ein Tarifvertrag eine unverhältnismäßige Unkündbarkeit, müsste an sich der Tarifvertrag selbst unwirksam sein. Die Rechtsprechung ist (zu) großzügig, belässt den Tarifvertrag und versucht, das unabweisbare Kündigungsbedürfnis des Arbeitgebers mit der außerordentlich-ordentli-

chen Orlando-Kündigung aufzufangen<sup>13</sup>. Das hieße: Die tariflich Unkündbaren wären nach § 626 BGB „doch“ kündbar und müssten in eine übergreifende Sozialauswahl mit den ordentlich kündbaren Arbeitnehmern eingestellt werden<sup>14</sup>. Wollte man diesen Weg auch dann gehen, wenn es um den Schutz nicht des Arbeitgebers, sondern der infolge der Unkündbarkeit verdrängten Arbeitnehmer geht, besteht die Gefahr, dass infolge eines unterschiedlichen Kündigungsschutzniveaus die Durchbrechung der tariflichen Unkündbarkeit in der Praxis die Ausnahme bleibt – und die „Normalos mit Kindern“ auf der Strecke bleiben<sup>15</sup>. Der grundrechtlich gebotene effektive Kündigungsschutz setzt mithin voraus, dass die tariflich Unkündbaren wie jeder andere Arbeitnehmer in die betriebsbedingte Kündigung einbezogen werden<sup>16</sup> und dort in der normalen Sozialauswahl das Arbeitslos ziehen. Den Tarifvertrag durch Auslegung mit einem ungeschriebenen Ausnahmetatbestand zu retten, wie das *Oetker* versucht<sup>17</sup>, scheint mir die Grenzen zur – unzulässigen – Tarifauslegung zu überschreiten.

4) *Adam*, NZA 1999, 846 (847 f.); *Bauer*, DB 1994, 274 (277); *Berkowsky*, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Aufl. (2002), § 6 Rdnr. 112; *Ehler*, BB 1994, 2068; *Eich*, DB 1976, 1677 f.; *Frischmann*, ZTR 1996, 344 (346 f.); *Gamillscheg*, Kollektives ArbeitsR I, 1997, S. 690; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Aufl. (2003), § 1 Rdnrn. 456 ff.; *Linck*, Die soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung, 1990, S. 38 ff; *ders.*, Blattei SD 1020.1.2 Rdnrn. 36 ff.; *Löwisch*, KSchG, 8. Aufl. (2000) § 1 Rdnr. 348; *ders.*, DB 1998, 877 (880 f.); *Löwisch/Rieble*, TVG, 1992, § 1 Rdnrn. 565 ff.; *Oetker*, in: Festschr. f. Wiese, 1998, S. 333 (340 ff.); *ders.*, ZfA 2001, 287 (322); *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rdnr. 1033; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 186 ff.; *Tech*, Günstigkeitsprinzip und Günstigkeitsbeurteilung im ArbeitsR., Diss. Kiel 1989, S. 165 f.; ähnlich *Kania/Kramer*, RdA 1995, 287 (288) unter Umgehungs Gesichtspunkten.

5) LAG Brandenburg (29. 10. 1998), NZA-RR 1999, 360 (362) = ZTR 1999, 232; *Ascheid*, RdA 1997, 333 (335); *Bütefish*, Die Sozialauswahl, 2000, S. 139 ff.; *Däubler*, TarifvertragsR, 3. Aufl. (1992), Rdnr. 949; *Däubler/Hensche*, TVG, 2003, § 1 Rdnr. 716; *ErFK/Ascheid*, 3. Aufl. (2003), § 1 KSchG Rdnr. 474; *Färber*, NZA 1985, 175 (179); *Gift*, RdA 1969, 72 (77); *Dorndorf*, in: HK-KSchG, 4. Aufl. (2001), § 1 Rdnr. 1055; *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchG, 5. Aufl. (2001), § 1 KSchG Rdnr. 445; *Etzelt*, in: KR (o. Fußn. 1), § 1 KSchG Rdnrn. 639 f.; *Preis*, DB 1998, 1761 (1762); *Preis/Hamacher*, in: Festschr. zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, 1999, S. 245, 247; *Schaub*, NZA 1987, 211 (223); *Schwerdtner*, in: Festschr. f. Kissel, 1994, S. 1077, 1093; *Stahlhacker/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. (2002), Rdnr. 1074; *Weller*, RdA 1986, 222 (229 ff.); *Wendeling-Schwider*, in: Festschr. f. Kehrman, 1997, S. 321, 323 f.; *Zöllner*, in: Festschr. f. G. Müller, 1981, S. 665, 684 Fußn. 64.

6) BAG (15. 12. 1994), EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 76 = AP Nr. 66 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung (unter B II 2).

7) BAG (17. 9. 1998), NZA 1999, 258 = EZA § 626 Unkündbarkeit Nr. 3 = AP § 626 BGB Nr. 148; BAG (5. 2. 1998), NZA 1998, 771 = EZA § 626 Unkündbarkeit Nr. 2 = AP § 626 BGB Nr. 143.

8) So zunächst *Kiel/Koch*, Die betriebsbedingte Kündigung, 2000, Rdnr. 318 und *Bütefish* (o. Fußn. 5), S. 139 f.

9) Etwa *BVerfG* (27. 1. 1998), *BVerfGE* 97, 169 (178) = NZA 1998, 470; *BVerfG* (24. 4. 1991), *BVerfGE* 84, 133 (147) = NJW 1991, 1667; *Löwisch*, BB 1997, 782 (786).

10) So in der Tat *Koch/Kiel* (o. Fußn. 8) Rdnr. 320.

11) So aber *Koch/Kiel* (o. Fußn. 8) Rdnr. 320.

12) Zur Argumentationskraft des § 1 IV KSchG *Oetker*, ZfA 2001, 286 (321 f.).

13) BAG (5. 2. 1998), NZA 1998, 771 = AP Nr. 143 zu § 626 BGB = EZA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 2 m. instruktiver Anm. *Walker*, mit recht krit. *Bröhl*, in: Festschr. f. Schaub, 1998, S. 55 ff.

14) Vollkommen abseitig die Idee von *Fröhner*, BlStSozArb 1977, 353 (354), am Ende doch die Unkündbarkeit durchschlagen zu lassen, weil das den Arbeitgeber zu weiteren Entlassungen nötigt.

15) S. BAG (13. 6. 2002), NZA 2003, 44 = AP Nr. 97 zu § 615 = EZA § 15 nF KSchG Nr. 55, wonach nur das völlig sinnentleerte Arbeitsverhältnis ohne Umschulungsmöglichkeit über § 626 BGB beendet werden kann. Endarvend ist der zweite Orientierungssatz: Dem Arbeitgeber solle nur Unmögliches oder evident Unzumutbares erspart bleiben; also soll Unzumutbares unterhalb der Evidenzschwelle zugemutet werden.

16) *Berkowsky*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2002), § 139 Rdnr. 104; wohl auch *Bröhl* (o. Fußn. 13), S. 55, 66 f.

17) *Oetker*, ZfA 2001, 286 (326 f.).

## II. Unkündbarkeit in Betriebsvereinbarungen

### 1. Betriebliche Regelbarkeit der Unkündbarkeit?

a) *Praxis*. Tarifliche Unkündbarkeitsregeln sind des Guten nicht genug. Häufig finden sich auf betrieblicher Ebene weitere Unkündbarkeitsvorgaben, vielfach namentlich in „Jubiläums-Regelungen“, die den Arbeitnehmern nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit (und ohne Rücksicht auf das Alter) Unkündbarkeit zusprechen. So kann das „silberne Jubiläum“ mit 25 Jahren Betriebszugehörigkeit zur Unkündbarkeit führen. Wenn nun in der Praxis tarifliche und betriebliche Regeln „zusammenspielen“, verschiebt das die Sozialauswahl dramatisch: Der Tarifvertrag schützt die Alten auch mit weniger Betriebszugehörigkeit, die Betriebsvereinbarung schützt diejenigen mit langer Betriebszugehörigkeit auch wenn sie noch „halbwegs jung“ sind. So kann das „silberne Jubiläum“ bei frühem Eintritt mit 40 Jahren Lebensalter erreicht werden kann.

Das *ArbG Lörrach* – Außenkammern Radolfzell – hat einen solchen Fall jüngst entschieden und gemeint, die betriebliche Regelung sei auf die tarifliche aufzusatteln<sup>18</sup>. Im konkreten Fall war die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Kündigung 52 Jahre alt – konnte also noch nicht an der hier einschlägigen tariflichen Unkündbarkeit Metall Baden-Württemberg ab 53 teilhaben. Sie war mit 18 Jahren in den Betrieb eingetreten und konnte mithin im Alter von 43 die betriebliche Unkündbarkeit kraft 25-jähriger Betriebszugehörigkeit beanspruchen.

Die Entscheidung problematisiert nicht, ob solche betrieblichen Unkündbarkeiten vor dem Hintergrund des § 1 III KSchG überhaupt zulässig sind und ob das Zusammenspiel von Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag zu unerträglichen Ergebnissen führt. Die Grundfrage, ob eine Betriebsvereinbarung vor dem Hintergrund des Tarifvertrags überhaupt möglich ist, wird wie folgt angesprochen:

„9. Es kann dahinstehen, ob die Betriebsvereinbarung ... gegen § 77 III BetrVG verstößt und damit rechtsunwirksam ist ... Die Beklagte hat das nicht gerügt.“

Dieser Entscheidungsgrund verblüfft selbst den skurrile Urteile gewohnten Arbeitsrechtler: Die Frage, ob eine Betriebsvereinbarung unwirksam ist, ist eine Rechtsfrage. Die Rechtsanwendung ist in Deutschland nicht von einem Parteibegehren abhängig (*iura novit curia*). Das Gericht hat hier eindeutig den Pfad des Rechtsstaatsprinzips verlassen. Außerdem ist die Tarifautonomie gefährdet, wenn die Anwendung der schützenden Norm des § 77 III BetrVG in das Ermessen des Richters gestellt wird.

b) *Regelungskompetenz des Betriebsrats*. Bevor es um das Verhältnis zum Tarifvertrag geht, muss sich jede Betriebsvereinbarung, die solchen Sonderkündigungsschutz postuliert, vor staatlichem Recht bewähren. Weil die Unkündbarkeit eine Arbeitsbedingung ist, sind Betriebsvereinbarungen nach der Rechtsprechung des BAG über sie zu nächst grundsätzlich möglich, wie der allgemein aus § 77 III BetrVG gezogene Schluss auf die Regelungskompetenz für „alle“ Arbeitsbedingungen ergibt<sup>19</sup>. Doch gilt diese umfassende Regelungsbefugnis mit Blick auf § 88 BetrVG grundsätzlich nur für soziale Angelegenheiten. Eine umfassende Regelungsbefugnis der Betriebsvereinbarung auch für personelle oder gar wirtschaftliche Angelegenheiten ist dem BetrVG nicht zu entnehmen<sup>20</sup>.

Das Grundprinzip hat das BAG gerade in der Entscheidung „vorsorglicher Sozialplan“ bestätigt: Die umfassende Regelungskompetenz der Betriebsparteien ist auf die sozialen Angelegenheiten beschränkt<sup>21</sup>. Dort hat das BAG zwar gemeint, die Gliederung des BetrVG sei insofern nicht maßgebend, weshalb die Abfindung eines freiwilligen und vorsorglichen Sozialplans noch als „soziale Angelegenheit

zu begreifen sei. Das ist zwar fragwürdig, weil ein freiwilliger Sozialplan so gezielt Betriebsänderungen verteuern und unmöglich machen kann. Auch die Altersgrenze soll – so ein obiter dictum des *Großen Senats* – eine „soziale Angelegenheit“ in diesem Sinne sein<sup>22</sup>. Auch kommt es in diesen Fällen keinesfalls darauf an, ob der Arbeitgeber freiwillig zugestimmt hat: nicht er ist vor sich selbst zu schützen, sondern die Arbeitnehmer und ihre Arbeitsvertragsfreiheit vor der Kompetenzüberschreitung durch den Betriebsrat. Sowenig § 77 BetrVG (richtigerweise) den Interessenausgleich in Form einer durchsetzbaren Betriebsvereinbarung erlaubt, sowenig hat der Betriebsrat mithin eine generelle Abschlusskompetenz für Betriebsvereinbarungen in personellen Angelegenheiten.

Während man nun die Regelung von Kündigungsfristen noch als soziale Angelegenheit auffassen kann<sup>23</sup>, gehört die Unkündbarkeit nach Betriebszugehörigkeit oder Lebensalter (theoretisch auch: nach Kinderzahl) zu den personellen Angelegenheiten, jedenfalls soweit es um die betriebsbedingte Kündigung geht. Das folgt aus § 95 I, II BetrVG, aber auch daraus, dass solche Regelungen die betriebsbedingte Kündigung bei Betriebseinschränkung gerade nicht verhindern, sondern nur einen Entlassungsvorrang begründen können. Als personelle Angelegenheit ist die Unkündbarkeit mithin betrieblich überhaupt nicht regelbar (und nicht nur nicht im Falle eines sperrenden Tarifvertrags).

§ 102 VI BetrVG rechtfertigt nur scheinbar einen Erst-Recht-Schluss dahin, dass der Betriebsrat über die Betriebsvereinbarung seine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung „generell“ verweigern könne. Das Gegenteil ist richtig: Erstens erlaubt § 102 VI BetrVG nur formal ein Mitbestimmungsrecht und keineswegs materiell ein Kündigungsverbot. Zweitens muss der Betriebsrat durch die Zustimmungsverweigerung in jedem Einzelfall dann die Kündigungsverantwortung tragen – insbesondere dafür, dass sein Zustimmungsverhalten den einen Arbeitnehmer begünstigt und den anderen belastet. Drittens und vor allem führt der Weg des § 102 VI BetrVG zwingend zur Einigungsstelle<sup>24</sup>, die dann die Zustimmung ersetzen kann, ohne von einem generellen Kündigungsverbot behindert zu sein.

c) *Grenzen aus dem Kündigungsschutz*. Wer die grundsätzliche Regelungskompetenz der Betriebsparteien bejaht, muss sich einem zweiten Problem stellen: Wie beim Tarifvertrag stößt auch die Unkündbarkeits-Betriebsvereinbarung an materielle Grenzen. Man kann einfach-rechtlich wiederum auf das Gebot der Sozialauswahl abstellen, das seit jeher von der Betriebsvereinbarung nur in den Grenzen des § 1 IV KSchG geändert werden kann. Wem das nicht genügt, bemüht die Verfassung: Die Schutzpflicht aus Art. 12 I GG – mit Blick auf die Unterhaltslast aber auch aus Art. 6 GG – verpflichtet die Arbeitsgerichte zugunsten der Arbeitnehmer zu einem effektiven Arbeitsplatzschutz nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern auch gegenüber dem Betriebsrat. Dass mit Hilfe von Jubiläumsgaben gezielt 40jährige von der

18) Urt. v. 30. 6. 2003 – 3 Ca 32/03 n. rkr.

19) S. statt aller *Kreutz*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 77 Rdnrn. 83 ff. m. w. Nachw. zur Diskussion. Krit. vor allem *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998, S. 207 ff., 265 ff.

20) Richtig *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. FuBn. 19), § 88 Rdnr. 10; anders freilich *Matthes*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), § 327 Rdnrn. 31 f., der erstlich die freiwillige Betriebsvereinbarung „in jeder Angelegenheit“ für möglich hält und dies nur vom Belieben des Arbeitgebers abhängig machen will.

21) BAG (26. 8. 1997), NZA 1998 216 = AP Nr. 117 zu § 112 BetrVG 1972 = EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 96.

22) BAG (GS) (7. 11. 1989), NZA 1990, 816 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34; mit Recht krit. *Veit* (o. FuBn. 19) S. 284 f.

23) *Wiese*, in: GK-BetrVG (o. FuBn. 20), § 88 Rdnr. 11.

24) S. schon *Rieble*, AuR 1993, 39 (44 f.).

Sozialauswahl ausgenommen werden, ist nur schwer begreifbar zu machen. Also: Was gegen den Unkündbarkeits-Tarifvertrag spricht, spricht erst recht gegen die Betriebsvereinbarung. Im tarifgebundenen Betrieb ist zudem die Kumulationseffekt von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung am Maßstab von Art. 12 I, 6 GG zu messen.

## 2. Verhältnis zum Tarifvertrag

a) *Tarifsperre nach § 77 III BetrVG.* Die Frage, ob Unkündbarkeitsregeln in einer Betriebsvereinbarung an § 77 III BetrVG scheitern, stellt sich in der Tat. Mit *Kania* und *Kramer* ist grundsätzlich jeder tariflichen Unkündbarkeitsregelung eine entsprechende Sperre beizumessen. Das gilt unbestreitbar, wenn der Tarifvertrag selbst auf die Betriebszugehörigkeit abstellt, sei es isoliert, sei es zusammen mit dem Lebensalter<sup>25</sup>. Richtigerweise gilt das auch dann, wenn der Tarifvertrag nur auf das Lebensalter abstellt, weil hohes Lebensalter und lange Betriebszugehörigkeit typischerweise zusammenfallen. Dagegen können Tarifnormen über Kündigungsfristen und -termine grundsätzlich keine derartige Sperre auslösen. Das heißt dann für die Metallindustrie praktisch: Außerhalb von Thüringen ist die Unkündbarkeits-Betriebsvereinbarung generell gesperrt.

Ganz Findige werden nun auf die Idee verfallen, dem Tarifvertrag entsprechend dem oben unter I gesagten die Wirksamkeit zu bestreiten, um so der Tarifsperre auszuweichen. Zwar kann in der Tat nur eine zulässige Tarifregelung die Sperre auslösen. Scheitert der Tarifvertrag aber an § 1 IV KSchG oder an den Grundrechten, dann scheitert die Betriebsvereinbarung erst recht (oben 1 c).

Die Vorrangtheorie des BAG, die die Tarifsperre (oder den Tarifvorbehalt) weichen lässt, wo erzwingbare Mitbestimmung greift, hilft der Betriebsvereinbarung nicht weiter. Erstens ist diese Theorie vom BAG bislang auf die Mitbestimmungsrechte des § 87 I BetrVG ausgerichtet und wird gezielt mit dem Eingangssatz der Norm begründet<sup>26</sup>. Selbst wenn man aber mit dieser Theorie den Weg zu den personellen Angelegenheiten beschritte, etwa mit dem Gedanken, die Betriebsvereinbarung dürfe dort nicht scheitern, wo ein Mitbestimmungsrecht den Schutz der Belegschaft anordnet, weil der Tarifvertrag sonst mittelbar die Mitbestimmung zurückdrängen könnte (oder die Betriebsvereinbarung als Instrument der Mitbestimmung) helfe § 95 I und 2 BetrVG nicht weiter. Denn die Mitbestimmung über Auswahlrichtlinien deckt keine Unkündbarkeitsregelung. Sie ist schon keine Richtlinie mehr.

b) *Tarifvorrang.* Neben der Tarifsperre ist der Tarifvorrang, also der normative Vorrang des Tarifvertrags vor der Betriebsvereinbarung aus § 4 I TVG – den § 87 I Eingangssatz BetrVG aufnimmt) zu beachten<sup>27</sup>. Gerade bei Unkündbarkeitsregeln führt das zu einem – verblüffenden – Ergebnis. Denn jede vom Tarifvertrag (seiner Wirksamkeit hier unterstellt) abweichende Unkündbarkeitsregelung verstößt gegen ihn. Das liegt daran, dass die Unkündbarkeit keine individuelle Arbeitsbedingung ist – und mit Blick auf die Verdrängung der Nichtorganisierten auch gar nicht sein darf, sondern als Betriebsnorm notwendig für die ganze Belegschaft gilt<sup>28</sup>. Als Betriebsnorm zielt die tarifliche Unkündbarkeit mithin nicht auf das Einzelarbeitsverhältnis, sondern auf das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Belegschaft. Das ist auch konsequent, weil jede derartige kollektivvertragliche Unkündbarkeit kraft Alter oder/und Betriebszugehörigkeit letztlich die Sozialauswahl regelt.

Auch für tarifliche Betriebsnormen gilt das Günstigkeitsprinzip<sup>29</sup>. Das lässt aber individuelle Günstigkeit nur dann zu, wenn die Betriebsnorm keine Ausgleichsfunktion innerhalb der Belegschaft hat, sondern (nur) notwendig einheitliche Individualarbeitsbedingungen vorsieht. Sobald aber – wie meist – die Betriebsnorm eine Ausgleichsfunktion unter

verschiedenen Arbeitnehmern wahrnimmt, ist es mit der individuellen Günstigkeit vorbei: Der Raucher kann sich nicht zu eigenen Gunsten über das betriebliche Rauchverbot hinwegsetzen, die Mutter nicht den einheitlichen Schichtbeginn zu Lasten anderer Arbeitnehmer in Frage stellen. Und so liegt es hier: Die Unkündbarkeit ist keine ausschließlich individuelle Arbeitsbedingung, die nur als Reflex auf die anderen Arbeitnehmer durchschlüge. Sie ist – jedenfalls in Ansehung der betriebsbedingten Kündigung – eine Arbeitsverteilungsnorm mit Ausgleichsfunktion.

Damit sich vor dem Hintergrund der zwingenden Wirkung einer tariflichen Betriebsnorm mit Ausgleichsfunktion eine Betriebsvereinbarung durchsetzen kann, genügt es nicht, dass sie für einzelne Arbeitnehmer günstiger ist, wie für die Arbeitnehmerin, die kraft Jubiläumsbetriebsvereinbarung zusätzlich unkündbar gestellt wird. Die Günstigkeit muss in solchen Fällen auf betrieblicher Ebene – also für die Belegschaft insgesamt – vorliegen<sup>30</sup>. Das kann man aber für eine „Jubiläums-Unkündbarkeit“ gerade nicht sagen. Der Günstigkeitsvergleich fällt auf kollektiver Ebene allenfalls neutral aus. Für die Belegschaft insgesamt ist es nicht günstiger, wenn bei der Sozialauswahl einzelne Arbeitnehmer mit langer Betriebszugehörigkeit herausgenommen werden.

Also setzt sich aber der Tarifvertrag gegenüber der Betriebsvereinbarung durch. Der Betriebsvereinbarung fehlt also nicht nur die Kompetenz, im tarifgebundenen Betrieb verstößt sie sogar gegen den Tarifvertrag.

## 3. Keine Umdeutung

Eine Umdeutung der unwirksamen Unkündbarkeitsbetriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage (einzelvertragliche Unkündbarkeit) kommt nicht in Betracht. Schon das BAG lässt diese Umdeutung im Falle des Verstoßes gegen § 77 III BetrVG nur ausnahmsweise dann zu, „wenn und soweit besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber habe sich unabhängig von den Regelungen der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten wollen“<sup>31</sup>. Solche besonderen Umstände fehlen in aller Regel.

## III. Ergebnis

Betriebsvereinbarungen über die Unkündbarkeit – insbesondere nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit (Jubiläum!) scheitern:

1. Generell an der fehlenden normativen Regelungskompetenz des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten.
2. An der inhaltlichen Regelungsgrenze des § 1 IV KSchG, jedenfalls an der Kontrolle nach § 75 BetrVG in Verbindung mit der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 12 I, 6 GG.
3. Wenn ein einschlägiger Tarifvertrag einen Sonderkündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer enthält, an § 77 III BetrVG.
4. Im tarifgebundenen Betrieb zudem am Tarifvorrang, weil eine betriebliche Unkündbarkeitsregelung für die Belegschaft als ganzes nicht günstiger ist.

25) *Kania/Kramer*, RdA 1995, 290.

26) BAG (24. 2. 1987), NZA 1987, 639 = AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972; BAG (24. 11. 1987), NZA 1988, 405 = AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung; BAG (10. 2. 1988), NZA 1988, 479 = AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG (GS) (3. 12. 1991), NZA 1992, 749 = AP Nr. 21 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.

27) Zum Verhältnis von Tarifvorrang und Tarifvorbehalt (= Tarifsperre) eingehend Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, insb. S. 225 ff.

28) *Gamillscheg* (o. FuBn. 4), S. 594; *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, TVG, § 1 Rdnr. 580.

29) *Löwisch*, DB 1989, 1185 (1186 f.); *Zöllner*, DB 1989, 2121 (2124 f.); *Gamillscheg* (o. FuBn. 4), S. 851. *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (erscheint 2004), § 4 Rdnrn. 206 f.

30) *Löwisch/Rieble* (o. FuBn. 29), § 4 Rdnrn. 206 f.

31) BAG (5. 3. 1997), NZA 1997, 951 = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 58 = AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.