

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluß in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 107/89

.....

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

.....

Prozeßbevollmächtigte:

.....

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
13. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n , die Richter
Dr. G a g e l und S c h n e i d e r - D a n w i t z sowie die ehrenamtlichen Richter
D e k a r s k i und H a s s
beschlossen:

Der Rechtsstreit wird gemäß Art 100 Abs 1 Satz 1 des Grundgesetzes ausgesetzt und
die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu folgender Frage eingeholt:

Verstößt § 117 Abs 2 und 3 AFG gegen Art 3 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip
(Art 20 GG), soweit er das Ruhen des Arbeitslosengeldes auch für die Fälle vorsieht, in
denen das Arbeitsverhältnis eines nicht mehr ordentlich kündbaren Arbeitnehmers nur



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist außerordentlich gekündigt werden kann?

G r ü n d e :

I

Streitig ist, ob ein Ruhen von Arbeitslosengeld (Alg) nach § 117 Abs 2 und 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) durch den Zeitpunkt begrenzt wird, zu dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis rechtmäßig durch außerordentliche Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt hat.

Die 1925 geborene Klägerin, die seit 1947 Mitglied der IG Metall ist, war seit Oktober 1965 bei der B. U. GmbH (B.) in F. beschäftigt. Nach dem im Betrieb geltenden Manteltarifvertrag für Arbeiter und Angestellte in der Metallindustrie in Südbaden vom 18. Juli 1980 (MTV) war die ordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber zeitlich unbegrenzt ausgeschlossen (§ 4.4 MTV).

Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der B. am 31. August 1983 kündigte der beigeladene Konkursverwalter das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Schreiben vom gleichen Tage unter Einhaltung der für ordentliche Kündigungen geltenden Frist zum 31. März 1984. Zum letztgenannten Zeitpunkt stellte die B. ihren Betrieb ein.

Unter dem 18. April 1984 übermittelte die Beklagte dem Konkursverwalter eine Liste von Arbeitnehmern, die Alg beantragt hatten, und wies ihn auf den Forderungsübergang nach § 117 Abs 4 Satz 2 AFG hin. Die Klägerin war in dieser Liste nicht aufgeführt.

Am 27. April 1984 meldete sich die Klägerin mit Wirkung zum 21. Mai 1984 arbeitslos und beantragte Alg. In der Arbeitsbescheinigung vom 17. Mai 1984 ist die Frage nach einer Abfindung, Entschädigung oder ähnlichen Leistung im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem Fragezeichen und dem ergänzenden Hinweis beantwortet, daß ein Sozialplan noch nicht erstellt sei. Darüber hinaus ist bescheinigt, daß der Klägerin wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsabgeltung bis einschließlich 30. Mai 1984 zustehe. Mit Bescheid vom 29. Mai 1984 bewilligte die Beklagte Alg ab 31. Mai 1984 für 312 Tage.

Aufgrund eines im Januar 1986 aufgestellten Sozialplanes "zur Milderung der mit der Betriebsstillegung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile" wurde jedem der 80 Arbeitnehmer ein Grundbetrag von 3.000,-- DM zuerkannt; der Rest wurde so aufgeteilt, daß die Arbeitnehmer pro Lebensjahr 29,97 DM und pro Jahr der Betriebszugehörigkeit



108,95 DM erhielten. Auf die Klägerin entfiel ein Gesamtbetrag von 8.006,-- DM, der ihr auf Veranlassung des Beigeladenen im März 1986 ausgezahlt wurde.

Nachdem die Beklagte hiervon Kenntnis erlangt hatte, berechnete sie gemäß § 117 Abs 2 und 3 AFG einen (zusätzlichen) Ruhenszeitraum von 31 Kalendertagen und forderte von der Klägerin gemäß § 117 Abs 4 Satz 2 AFG einen Betrag in Höhe von 1.233,90 DM als während des Ruhenszeitraums vom 31. Mai bis 30. Juni 1984 gezahltes Alg zurück (Bescheid vom 4. März 1987, Widerspruchsbescheid vom 11. März 1987).

Durch Urteil vom 13. Mai 1987 hat das Sozialgericht (SG) Reutlingen die angefochtenen Bescheide aufgehoben, weil die Voraussetzungen des § 45 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB X) nicht vorlägen. Die Berufung der Beklagten ist vom Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg zurückgewiesen worden (Urteil vom 27. Juni 1989). Das LSG hat im wesentlichen ausgeführt, ein Erstattungsanspruch der Beklagten gemäß § 117 Abs 4 AFG bestehe nicht, weil der unstreitig gegebene Anspruch der Klägerin auf Alg in der Zeit vom 31. Mai bis 30. Juni 1984 nicht geruht habe. Weder sei die Abfindung "wegen" der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt worden, noch sei das Arbeitsverhältnis "ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist" beendet worden. Mit der Zahlung der Abfindung sei nicht die freiwillige Aufgabe einer Rechtsposition der Klägerin gegen Entgelt verbunden gewesen, wie dies § 117 Abs 2 AFG seiner Grundstruktur nach voraussetze. Die Klägerin habe - ungeachtet der Abfindungszahlung - gar nicht die Möglichkeit gehabt, das Arbeitsverhältnis über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus fortzusetzen. Der Beigeladene sei trotz der Unkündbarkeit der Klägerin nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist von sechs Monaten zum Quartalsende zu kündigen (BAGE 48, 220). Für solche Fälle müsse § 117 Abs 2 Satz 1 und 3 AFG einschränkend dahin interpretiert werden, daß die bei einer zulässigen außerordentlichen Kündigung einzuhaltende Frist der ordentlichen Kündigungsfrist gleichzusetzen sei.

Mit der zugelassenen Revision rügt die Beklagte eine Verletzung der §§ 117 Abs 4 Satz 2, Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG und 45 SGB X. Entgegen der Auffassung des LSG habe der Anspruch der Klägerin auf Alg im streitigen Zeitraum geruht. Die Klägerin habe infolge ihres fortgeschrittenen Lebensalters und ihrer langjährigen Betriebszugehörigkeit den arbeitsrechtlichen Status der "Unkündbarkeit" innegehabt. Diese Position habe sie aufgrund der Insolvenz ihres Arbeitgebers verloren. Die von ihr erworbene Sozialplanforderung habe dem Ausgleich für das bis zum Erreichen der Altersgrenze entgangene Arbeitsentgelt gedient und sei daher unzweifelhaft "wegen" der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt worden.



Die Beklagte beantragt,

die Urteile des SG Reutlingen vom 13. Mai 1987 und des LSG Baden-Württemberg vom 27. Juni 1989 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Ob "wegen" der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung gezahlt worden sei, sei keine Rechts- sondern eine Tatfrage, an deren Beurteilung das Revisionsgericht mangels zulässiger und begründeter Verfahrensrügen gebunden sei. Abgesehen davon sei die Vermutung unzutreffend, daß auch bei rechtmäßig entlassenen "Unkündbaren" die Abfindung eine Entschädigung für eine nicht eingehaltene Kündigungsfrist enthalte. Im Falle der Betriebsstillegung könne auch der "Unkündbare" über die korrekte Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus gegen seinen Arbeitgeber keine Lohnansprüche - auch nicht als Schadensersatz - bis zum Erreichen des Rentenalters geltend machen.

Der Beigeladene hat sich nicht geäußert.

II

Nach Art 100 des Grundgesetzes (GG) war das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) dazu einzuholen, ob § 117 AFG insoweit verfassungswidrig ist, als er das Ruhen des Alg nicht auf den Zeitpunkt begrenzt, zu dem der Arbeitgeber aus wichtigem Grund unter Einhaltung einer Kündigungsfrist hätte kündigen können. Die vom Senat zu treffende Entscheidung hängt davon ab, ob § 117 AFG in diesem Umfang verfassungswidrig ist (nachfolgend 1.); der § 117 AFG verstößt insoweit gegen Art 3 GG iVm Art 20 GG (2.); eine verfassungskonforme Auslegung ist nicht möglich (3.).

1. Bei Verfassungswidrigkeit des § 117 AFG im aufgezeigten Umfang wäre die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Bei Verfassungsmäßigkeit wäre auf die Revision der Beklagten die Klage abzuweisen.

Nach § 117 Abs 2 AFG ruht der Anspruch auf Alg, wenn der Arbeitslose wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung "erhalten oder zu beanspruchen" hat, in dem dort näher bestimmten Umfang. Die Klägerin hat eine Abfindung von 8.006,-- DM erhalten. Ob ihr nach dem Sozialplan eine Abfindung in Höhe dieses Betrages zustand, der unter Zugrundelegung einer Betriebszugehörigkeit von 30 Jahren berechnet wurde, während die Klägerin bei Eröffnung des Konkurses auf-



grund der Beschäftigung seit Oktober 1965 nur eine Betriebszugehörigkeit von 17 Jahren aufwies, ist rechtlich ohne Bedeutung.

Wenn - wie hier - der Arbeitslose diese Abfindung jedoch nicht vor oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhält, sondern erst später, ist die Bundesanstalt für Arbeit (BA) gemäß § 117 Abs 4 AFG verpflichtet, das Alg auch in der Zeit zu gewähren, in der es wegen des Anspruchs auf Abfindung ruht. Zum Ausgleich der Aufwendungen geht gemäß § 115 SGB X der Anspruch auf die Abfindung in gleicher Höhe auf die BA über; denn der Klammerzusatz in § 117 Abs 4 Satz 1 AFG stellt insoweit die Abfindung sonstigen Arbeitsentgeltansprüchen für die Dauer des Arbeitsverhältnisses gleich. Damit wird die BA im Regelfall darauf verwiesen, ihre Ansprüche zivilrechtlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen (vgl auch Urteil des erkennenden Senats vom 13. März 1990 - 11 RA 125/89 -). Nur für den Fall, daß der Arbeitgeber mit befreiender Wirkung an den Arbeitslosen gezahlt hat, ist der BA das Recht eröffnet, das Alg durch Verwaltungsakt zurückzufordern in Höhe des Anspruchs, der auf sie übergegangen ist und vom Arbeitgeber durch seine befreiende Zahlung an den Arbeitslosen erfüllt wurde (§ 117 Abs 4 Satz 2 AFG).

Zutreffend hat die Beklagte die Klägerin als Schuldnerin einer etwaigen Rückzahlungsforderung in Anspruch genommen. Denn der Beigeladene, der mit Konkurseröffnung gemäß § 6 der Konkursordnung (KO) in die Arbeitgeberposition eingetreten ist (vgl BAG - Großer Senat - BAGE 31, 176, 186 = AP Nr 6 zu § 112 BetrVG 1972), hat den Betrag von 8.006,- DM mit befreiender Wirkung (§§ 412, 407 des Bürgerlichen Gesetzbuches -BGB) an die Klägerin geleistet. Nach den unangegriffenen und daher für den Senat bindenden Feststellungen des LSG hat er die Abfindung in Unkenntnis des Alg-Bezuges - und damit eines möglichen gesetzlichen Forderungsüberganges - an die Klägerin ausgezahlt.

Entgegen der Auffassung des SG entfällt der Erstattungsanspruch auch nicht schon deshalb, weil die Voraussetzungen der §§ 45 oder 48 SGB X nicht vorliegen; denn die Rückforderung beruht nicht auf einem unrechtmäßigen Bezug von Alg. Die Alg-Zahlung an die Klägerin ab 31. Mai 1984 war rechtmäßig. Nach den Feststellungen des LSG, an die der erkennende Senat gebunden ist (§ 163 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-), lagen alle Voraussetzungen des Anspruchs auf Alg (§ 100 AFG) vor. Sofern die Voraussetzungen für ein Ruhen nach § 117 Abs 2 AFG gegeben waren, war die Beklagte gemäß § 117 Abs 4 Satz 1 AFG verpflichtet, diese Leistung dennoch auszuzahlen (Gleichwohlgewährung), weil die Arbeitslose in dieser Zeit die Abfindung noch nicht erhalten hatte. Durch die spätere Auszahlung der Abfindung wurde die Gewährung von Alg nicht nachträglich rechtswidrig. Der Arbeitslose erhält gemäß § 117 Abs 4 Satz 1 AFG das ihm aufgrund seiner Anwartschaft zustehende Alg in der Zeit, für die er die ihm zustehende Abfindung (Leistungen nach § 117 Abs 1 bis 2 AFG) nicht erlangt, vorweg. Dieses Alg wird nicht vorbehaltlich der Arbeitsentgeltzahlung, sondern endgültig gewährt. Die Zahlung des Arbeitgebers wirkt nicht auf die Zeit der Gleichwohlgewährung von Alg zu-



rück (BSG, DBIR Nr 2360a zu § 152 AFG; BSGE 60, 168, 172 BSG SozR 4100 § 117 Nrn 19, 20, 21). § 117 Abs 4 Satz 2 AFG ist gegenüber den §§ 45 und 48 SGB X eine Sondervorschrift (Masuch GK-AFG, § 117 RdNr 86), die eine Rückforderung trotz rechtmäßiger Gewährung vorsieht und deshalb auch eine Aufhebung des Bewilligungsbescheides nicht erfordert.

Auch die materiellen Voraussetzungen für das Ruhen von Alg sind gegeben. Die Klägerin hat die Abfindung "wegen" der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses erhalten. Wegen der Beendigung wird eine Abfindung gewährt, wenn zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Abfindung ein ursächlicher Zusammenhang besteht (BSG SozR 4100 § 117 Nrn 5 und 13; BSG, Urteil vom 17. Februar 1981 - 7 RAr 90/79 - in SozR 4100 § 119 Nr 14 insoweit nicht abgedruckt; BSG, Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 42/86 -). Nach den Feststellungen des LSG handelt es sich um eine Leistung aus einem Sozialplan, der wegen einer Betriebsstillegung aufgestellt wurde. Nach § 112 Abs 1 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) dient der Sozialplan zum Ausgleich oder zur Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung - hier also die Betriebsstillegung - und den damit verbundenen Verlust des Arbeitsplatzes entstehen.

Die Einhaltung einer rechnerisch der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Frist schließt entgegen dem insoweit etwas mißverständlichen Wortlaut des § 117 Abs 2 Satz 1 AFG das Ruhen nicht aus, wenn das Arbeitsverhältnis nur aus wichtigem Grund kündbar war. Dies folgt aus § 117 Abs 2 Satz 3 AFG, der für nur noch außerordentlich kündbare Arbeitnehmer die Einhaltung besonderer Fristen vorsieht. § 117 Abs 2 Satz 1 AFG kann deshalb nur auf Arbeitnehmer Anwendung finden, deren Arbeitsverhältnis ordentlich kündbar ist; nur für diese ist ein Ruhen des Alg wegen der Abfindung ausgeschlossen, wenn eine der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechende Frist eingehalten wird.

Die Klägerin dieses Verfahrens war nicht mehr ordentlich kündbar. Das Arbeitsverhältnis unterlag dem MTV für Arbeiter und Angestellte in der Metallindustrie in Südbaden vom 18. Juli 1980, so daß dessen Kündigungsrecht Anwendung findet. Dies folgt aus der - vom LSG unangegriffen festgestellten - Anwendung dieses Tarifvertrages im Betrieb der B. .

Nach § 4.4 MTV kann einem Arbeitnehmer, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens drei Jahre angehört, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden (zum Verständnis derartiger Bestimmungen vgl Güntner, RdA 1974, 153, 160). Die Klägerin, die zum Zeitpunkt der Kündigung 58 Jahre alt war und dem Betrieb fast 18 Jahre angehörte, unterlag damit diesem Kündigungs-



schutz. Ihr Arbeitsverhältnis konnte dementsprechend - wie das LSG entschieden hat - nicht mehr im Wege einer ordentlichen Kündigung beendet werden.

Da die Klägerin somit nicht ordentlich kündbar war, war auch das Ruhen wegen einer ihr gezahlten Abfindung gemäß § 117 Abs 2 Satz 3 AFG grundsätzlich nur dann ausgeschlossen, wenn eine Frist von 18 Monaten eingehalten worden ist. Das ist hier nicht geschehen. Das Ruhen der Abfindung wird nach dem Wortlaut des Gesetzes in solchen Fällen lediglich begrenzt durch den Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Befristung geendet hätte (§ 117 Abs 3 Satz 2 Nr 2 AFG) - dieser Fall liegt hier nicht vor - und wenn der Arbeitgeber ein Recht zur fristlosen Kündigung hatte (§ 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG) - ein solches Recht stand dem Arbeitgeber der Klägerin nicht zu.

Nach gefestigter Rechtsprechung kann allerdings eine Betriebsstillegung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn eine ordentliche Kündigung durch Tarifvertrag ausgeschlossen ist. Das ist dann anzunehmen, wenn für den Arbeitnehmer praktisch keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. In einem solchen Fall kann die Unkündbarkeit zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers werden, wenn dieser die Dienste nicht mehr in Anspruch zu nehmen in der Lage ist, andererseits aber über Jahre hinweg zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bliebe (vgl BAGE 2, 214 = AP Nr 4 zu § 626 BGB; BAG AP Nr 15 zu § 626 BGB; BAGE 5, 20, 25 f = AP Nr 16 zu § 626 BGB; BAGE 48, 220, 226 = AP Nr 26 zu § 626 BGB; BGH WM 1975, 761). Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht des Arbeitgebers hat das LSG - unter Hinweis auf die Unzumutbarkeit einer Lohnfortzahlung ohne Gegenleistung in der Konkurrenzsituation - mit zutreffender Begründung angenommen.

Sowohl nach arbeits- als auch nach sozialgerichtlicher Rechtsprechung ist es dem Arbeitgeber in einem solchen Fall jedoch verwehrt, fristlos zu kündigen; vielmehr ist die gesetzliche oder tarifvertragliche Kündigungsfrist einzuhalten, die gelten würde, wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre. Andernfalls würde der dem Arbeitnehmer zugedachte Schutz der Unkündbarkeit sich als Nachteil erweisen und der kündigungsgeschützte Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz zu einem früheren Zeitpunkt verlieren als ein noch ordentlich kündbarer Arbeitnehmer, der auch im Fall der Betriebsstillegung grundsätzlich eine Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verlangen kann (BAGE 48, 220, 227 f = AP aaO; BSG SozR 4100 § 117 Nr 14 mwN; vgl auch Hillebrecht in Gemeinschaftskommentar zum KSchG, § 626 BGB Rz 207; Weng DB 1977, 676, 678; Güntner aaO S 160). Diese Frist beträgt hier nach § 4.5.2 MTV für den Arbeitgeber gegenüber Arbeitern und Angestellten nach einer Betriebszugehörigkeit von 12 Jahren (und mehr) mindestens 6 Monate jeweils zum Schluß eines Kalendervierteljahres. Mit der im August 1983 zum 31. März 1984 ausgesprochenen Kündigung hat die B. diese Frist eingehalten.



An den einzuhaltenden Fristen hat sich auch durch die Konkursöffnung nichts geändert. Gemäß § 22 Abs 1 Satz 2 KO ist die gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten, wenn nicht vertraglich eine kürzere Frist bedungen war. Nach der Entscheidung des BAG vom 7. Juni 1984 (BAGE 46, 206 = AP Nr 5 zu § 22 KO) sind auch tarifvertragliche Kündigungsfristen gesetzliche Kündigungsfristen iS dieser Bestimmung (zum davon abweichenden Meinungsstand im Schrifttum vgl die Übersicht bei Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, 10. Aufl § 22 RdNr 11). Dies ergibt sich aus § 2 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung (EGKO), wonach Gesetz iS der Konkursordnung nicht nur ein formelles Gesetz, sondern jede Rechtsnorm ist. Soweit Tarifverträge Regelungen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen treffen, enthalten sie Rechtsnormen iS von § 1 Abs 1 TVG (BAGE 46, 206, 210, 213 = AP aaO).

Die in § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG für den Tatbestand eines Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist vorgesehene Begrenzung des Ruhenszeitraums ist auf den Tatbestand eines Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund mit Frist weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden (BSG Urteile vom 12. Dezember 1984 - 7 RAr 16/84 -, SozR 4100 § 117 Nr 14, 25. Juli 1985 - 7 RAr 108/83 -, 8. Dezember 1987 - 7 RAr 42/86 - und 11. Januar 1990 - 7 RAr 130/88 -), auch nicht unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung, worauf noch einzugehen ist.

Die Beklagte hat aufgrund des ausgezahlten Betrages den Ruhenszeitraum auch zutreffend berechnet.

Der Teil der Abfindung, der danach zum Ruhen führt, wäre mit der Zahlung von Alg in dessen Höhe auf die Bundesanstalt übergegangen (§ 115 SGB X iVm § 117 Abs 4 Satz 1 - Klammerzusatz - AFG). Durch die Zahlung mit befreiender Wirkung an die Klägerin ist aber dieser gegen den Arbeitgeber bestehende Anspruch untergegangen. An seine Stelle tritt der Erstattungsanspruch gegen die Klägerin nach § 117 Abs 4 Satz 2 AFG. Der Bescheid der Beklagten wäre rechtlich nicht zu beanstanden, wenn § 117 AFG im aufgezeigten Umfang verfassungsgemäß wäre.

Ist indes § 117 AFG insoweit verfassungswidrig, so hätte der Anspruch auf Alg nicht geruht und der Rückforderungsbescheid wäre rechtswidrig.

2. Der § 117 AFG ist, soweit er das Ruhen des Alg bei einem Recht des Arbeitgebers zur Kündigung aus wichtigem Grund mit Frist nicht auf die Zeit bis zum Wirksamwerden einer solchen Kündigung begrenzt, systemwidrig und verstößt insoweit gegen Art 3 GG iVm Art 20 GG.



a) Die durch das 4. Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes (4. AFG-ÄndG) vom 12. Dezember 1977 (BGBl I 2557) getroffene Neufassung des § 117 AFG ist allerdings vom BVerfG durch einen Beschluß des Dreierausschusses als verfassungsgemäß bezeichnet worden (Beschluß vom 14. Dezember 1981 - 1 BvR 1011/81 - SozR 4100 § 117 Nr 8). Dabei wurde ausgeführt, die Regelung trage der unterschiedlichen sozialen Situation von Arbeitnehmern dadurch Rechnung, daß sie den Teil der Abfindung, der dem Arbeitnehmer verbleibt, in dem Maße erhöht, in dem der Arbeitnehmer sich durch längere Betriebszugehörigkeit einen höheren sozialen Besitzstand erdient hat oder infolge höheren Alters durch ein Ausscheiden aus dem Betrieb stärker belastet wird. In dieser Entscheidung hatte es das BVerfG jedoch nicht mit einem Fall zu tun, in dem das Arbeitsverhältnis außerordentlich, aber nur unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt werden konnte. Ebenso wenig ergibt sich aus der weiteren Entscheidung eines Dreierausschusses des BVerfG (Beschluß vom 15. Juli 1982 - 2 BvR 620/81 - SozR 4100 § 117 Nr 10), daß das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift in dem nunmehr vorgelegten Umfang geprüft hat.

b) Der Senat sieht es als gleichheitswidrig an, daß das Alg bei einem Arbeitnehmer, der ordentlich zu einem bestimmten Tag gekündigt werden kann, nur bis zu diesem Tage ruht, während bei einem Arbeitnehmer, der zu diesem Tage aus wichtigem Grund mit Frist gekündigt werden darf, das Alg auch über diesen Tag hinaus ruhen kann. Der durch Unkündbarkeit bewirkte höhere soziale Besitzstand führt insoweit dazu, daß die Entschädigung dem Arbeitslosen in einem geringeren Umfang verbleibt, als sie ihm im Falle der Kündbarkeit verbleiben würde. Dies widerspricht insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zur früheren Fassung des § 117 AFG dem Gleichheitssatz. Das BVerfG hat es in seinem Beschluß zur Verfassungswidrigkeit der ursprünglichen Fassung des § 117 AFG vom 12. Mai 1976 - 1 BvL 31/73 - (SozR 4100 § 117 Nr 1 = BVerfGE 42, 176) als Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG iVm Art 20 GG bezeichnet, daß sich das Ruhen des Alg wegen der Abfindung bei Arbeitnehmern mit längeren Kündigungsfristen stärker auswirkte als bei Arbeitnehmern mit kurzen Kündigungsfristen, obwohl gerade durch die längeren Kündigungsfristen ein stärkeres soziales Schutzbedürfnis deutlich wird, als bei Arbeitnehmern mit kurzen Kündigungsfristen. Die Regelung führe also dazu, daß der Arbeitnehmer, der sozial stärker geschützt werden sollte, mehr belastet werde, als der Arbeitnehmer, der sozial weniger geschützt werden sollte.

c) Der Gesamtregelung des § 117 Abs 1 bis 3 AFG ist folgendes Ordnungssystem zu entnehmen: § 117 Abs 1 AFG betrifft das Ruhen von Alg für die Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses; § 117 Abs 2 und 3 AFG betrifft das Ruhen des Alg für die Zeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses (vgl dazu BSG SozR 4100 § 117 Nr 7). Abs 1 regelt das Ruhen wegen der Zahlung oder des Anspruchs auf Arbeitsentgelt mit der Wirkung, daß das Arbeitsentgelt in vollem Umfang (bis zur Höhe des Alg) zum Ruhen führt, wenn



beide Ansprüche sich zeitlich decken. Abs 2 und 3 regeln das Ruhen wegen der Zahlung oder des Anspruchs auf eine Abfindung mit der Wirkung, daß die Abfindung teilweise zum Ruhen von Alg führt. Es wird davon ausgegangen, daß ein Teil der Abfindung als Ausgleich für Arbeitsentgeltansprüche gezahlt wird, die andernfalls bestanden hätten, und der andere Teil der Entschädigung für den Verlust eines sozialen Besitzstands dient. Nur der erstgenannte Teil soll ein Ruhen von Alg zur Folge haben. Dafür wird ein Stufensystem vorgesehen, das daran orientiert ist, in welchem Umfang in der Abfindung einerseits ein Ersatz für entgangenes Arbeitsentgelt vermutet wird, andererseits dem Arbeitnehmer wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes eine angemessene Entschädigung belassen werden muß. Für den Umfang dieser Entschädigung knüpft Abs 3 pauschalierend an das Alter des Arbeitnehmers und die Dauer der Betriebszugehörigkeit an. Mit den Fristen von 6 Monaten, einem Jahr und 18 Monaten werden demgegenüber (ebenfalls pauschalierend) die Möglichkeiten des Arbeitgebers zur einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Bestimmung des zu vermutenden Entgeltersatzes berücksichtigt. Kann der Arbeitgeber hingegen im konkreten Fall das Arbeitsverhältnis einseitig ohne Zahlung einer Abfindung zu einem bestimmten Zeitpunkt beenden oder findet das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt ohnehin sein Ende, so kommt für nachfolgende Zeiten ein Lohnanspruch und damit auch ein Ruhen des Alg nicht in Betracht. Dieses einschränkende Prinzip, daß ein Ruhen ausscheidet, soweit ein Lohnanspruch von vornherein ausgeschlossen ist, wird in den Gesetzesmaterialien allerdings nur zum Tatbestand der fristlosen Kündigung angesprochen. Eine Ausnahme soll hiernach (BT-Drucks 8/857 S 9 Nr 8 rechte Spalte) "allein dann gelten, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos hätte kündigen können, weil in diesen Fällen eine etwa gezahlte Abfindung allein der Entschädigung für den Verlust des sozialen Besitzstandes dient (Abs 3 Satz 2 Nr 3)". Die im Gesetz selbst getroffenen Regelungen, daß der Anspruch auf Alg jedenfalls nicht über den Zeitpunkt ruht, zu dem das Arbeitsverhältnis durch eine Befristung geendet hätte oder durch eine ordentliche Kündigung des Arbeitgebers hätte beendet werden können, folgen jedoch ersichtlich ebenfalls diesem Grundgedanken.

In keinem anderen Fall ruht das Alg wegen einer gezahlten Abfindung, wenn der Arbeitgeber berechtigt war, das Arbeitsverhältnis von sich aus zu beenden (ordentliche Kündigung, Befristung, Recht zur fristlosen Kündigung). In allen Fällen, in denen die Abfindung zum Ruhen führt, handelt es sich um vorzeitige Beendigungen, die die Vermutung rechtfertigen, daß die Abfindung teilweise zur Entschädigung für entgangenes Arbeitsentgelt gezahlt wird; dies gilt auch für die in § 117 Abs 2 Satz 4 AFG genannten tariflichen Kündigungsklauseln.

In den Materialien dazu heißt es (aaO zu Buchst b Doppelbuchst bb):

"Arbeitnehmern, denen nur bei Zahlung einer Abfindung ordentlich gekündigt werden darf, wird eine fiktive Kündigungsfrist von einem Jahr zugeordnet. Diese Regelung berücksich-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



tigt, daß der Kündigungsschutz dieser Arbeitnehmer geringer ist als bei Arbeitnehmern, denen in keinem Fall ordentlich gekündigt werden kann, jedoch stärker als bei Arbeitnehmern, denen auch ohne Zahlung einer Abfindung ordentlich gekündigt werden kann".

§ 117 Abs 2 Satz 4 AFG bezieht sich schon seinem Wortlaut nach deutlich nur auf ordentliche Kündigungen. Der Gesetzgeber denkt dabei entsprechend der Vorgabe des BVerfG für die Erfüllung des Sozialstaatsgebots an eine nach der Festigkeit des Kündigungsschutzes gestufte unterschiedliche Ruhensfolge:

- a) Arbeitnehmer, denen nicht ordentlich gekündigt werden kann (18 Monate),
- b) Arbeitnehmer, denen nur mit Abfindung ordentlich gekündigt werden kann (ein Jahr),
- c) Arbeitnehmer, denen nach allgemeinen Grundsätzen ordentlich gekündigt werden kann (ordentliche Kündigungsfrist).

Wieso der Gesetzgeber den Fall der tariflich vorgesehen ordentlichen Kündigung sonst ordentlich nicht kündbarer Arbeitnehmer bei Zahlung einer Abfindung als eine vorzeitige Beendigung ansieht, die vermuten läßt, daß die Abfindung Arbeitsentgelt enthält, läßt zwar die Gesetzesbegründung nicht erkennen. Es ist jedoch auch ohne besonderen Hinweis augenfällig, daß der Gesetzgeber für diese Fälle ein Ruhen des Alg vorgesehen hat, weil statt auf einzelvertraglicher Ebene hier auf tarifvertraglicher Ebene die Lösung eines an sich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitsverhältnisses durch Zahlung einer Abfindung eröffnet wird und er darin (ebenso) die Vermutung gerechtfertigt sieht, daß hier die Tarifvertragsparteien die Abfindung nicht nur als Ausgleich für den Verlust eines sozialen Besitzstandes vorgesehen haben, sondern auch als Ausgleich für die untergehenden Arbeitsentgeltansprüche.

Auch die weiteren Änderungen und die dazu gegebenen Begründungen bestätigen, daß durch § 117 Abs 2 und 3 AFG nur Abfindungen erfaßt werden sollen, bei denen vermutet werden kann, daß sie einen Arbeitsentgeltanteil enthalten. In § 117 Abs 2 Satz 3 AFG wurde die einzuhaltende Kündigungsfrist bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Personen, die nicht mehr ordentlich kündbar sind, auf 18 Monate erweitert. In der Begründung (BT-Drucks 9/846 S 44 zu Nr 35 zu Buchst b Doppelbuchst aa) heißt es, die Frist sei doppelt so lang bemessen worden wie die im Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission für ein Arbeitsgesetzbuch vorgesehene längste gesetzliche Kündigungsfrist. Es werde berücksichtigt, daß diese Arbeitnehmer einen außergewöhnlich starken Kündigungsschutz haben und deshalb der in der Abfindung enthaltene Arbeitsentgeltteil besonders groß sei. Damit bringt der Gesetzgeber erneut zum Ausdruck, daß das Ruhen nach dieser Vorschrift nur dann gerechtfertigt ist, wenn ein solcher starker Kündigungsschutz, der dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gibt, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den beabsichtigten Zeitpunkt der Beendigung hinaus zu erzwingen, rechtlich besteht.



Die Ausdehnung der Ruhensbegrenzung in § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG auf außerordentliche Kündigungen, bei denen eine Frist einzuhalten ist, würde auch nicht zu systematischen Brüchen führen. Es ergäbe sich folgende überzeugend abgestufte Systematik:

- a) Bei befristeten Arbeitsverhältnissen endet der Ruhenszeitraum spätestens mit dem Ende der Frist (§ 117 Abs 3 Satz 1 Nr 2 AFG).
- b) Beim Bestehen eines Rechts zur fristlosen Kündigung kommt ein Ruhen von diesem Zeitpunkt ab nicht in Betracht (§ 117 Abs 3 Satz 1 Nr 3 AFG).
- c) Bei einem Recht zur außerordentlichen Kündigung mit Frist (das sind vor allem die Fälle der Betriebseinstellung) würde das gleiche gelten wie zu b) mit dem Unterschied, daß ein Ruhen erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr in Betracht kommt.
- d) Bei nur vorübergehend nicht ordentlich kündbaren Arbeitnehmern (Betriebsräten usw), bei denen in diesem Zeitpunkt auch kein Recht zur fristlosen Kündigung besteht, ruht das Alg nicht bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist (§ 117 Abs 2 Satz 3 2. Alternative AFG).
- e) Bei Arbeitnehmern, denen (meist aufgrund tariflicher Regelung) nur mit Abfindung ordentlich gekündigt werden kann (diese Regeln dienen vor allem der Erleichterung betrieblicher Umstrukturierung), ist das Ruhen ausgeschlossen, wenn eine Frist von einem Jahr eingehalten wird.
- f) Für die übrigen, im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder ordentlich noch außerordentlich mit Frist noch fristlos kündbaren Arbeitnehmer gilt eine Frist von 18 Monaten (§ 117 Abs 2 Satz 3 1. Alternative AFG). Das Schwergewicht dieser Regelung liegt bei betrieblichen Umstrukturierungen in Betrieben, für die eine Regelung wie unter e) nicht gilt (und das ist vermutlich die weitaus größte Zahl).

Allerdings können sich bei einer Betriebsstillegung Überschneidungen von § 117 Abs 2 Satz 4 AFG (ordentliche Kündigung nur bei Zahlung einer Abfindung) und dem Recht zur außerordentlichen Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist ergeben. Wenn ein Tarifvertrag besteht, der die ordentliche Kündigung gegen Abfindung zuläßt, gibt es aber arbeitsrechtlich kein Bedürfnis, eine außerordentliche Kündigung zuzulassen. Das würde zur Folge haben, daß die Abfindung zum Ruhen von Alg führt, obwohl der Arbeitgeber ohne eine solche Tarifklausel das Recht zur außerordentlichen Kündigung gehabt hätte. Dieses Problem löst sich teilweise dadurch, daß zwischen der ordentlichen Kündigung mit Abfindung nach Tarifvertrag und der außerordentlichen Kündigung mit ordentlicher Kündigungsfrist ein wesentlicher Unterschied besteht:

Die ordentliche Kündigung setzt voraus, daß die Abfindung gleichzeitig oder vorher festgesetzt wird, sei es durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag, weil ohne dies diese besondere Form der ordentlichen Kündigung gar nicht zulässig ist. Die außerordentliche Kündigung ist hingegen zulässig ohne Festsetzung einer Abfindung. Sie kommt in den Fällen in Betracht, in denen die Abfindung erst durch einen noch auszuhan-



delnden Sozialplan festgesetzt wird. Im übrigen ist dieses Problem durch teleologische Reduktion des § 117 Abs 2 Satz 4 AFG dahin zu lösen, daß dieser nicht gilt, wenn anderenfalls ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bestanden hätte, besser noch durch Auslegung der Tarifiklauseln dahin, daß diese nur subsidiär gelten, wenn dem Arbeitgeber nicht aus anderen Gründen ein Kündigungsrecht zusteht.

d) Der Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG ist verletzt, wenn der Gesetzgeber versäumt, tatsächliche Gleichheiten oder Ungleichheiten der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, daß sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen (BVerfGE 54, 11, 25 f). Der Gesetzgeber hat insoweit, wie das BVerfG betont hat, allerdings eine weitgehende Gestaltungsfreiheit; sein Spielraum ist erst dann überschritten, wenn er "Differenzierungen vornimmt, für die sachlich einleuchtende Gründe nicht vorhanden sind" (BVerfGE aaO). Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß Art 3 Abs 1 GG im Rahmen der Sozialversicherung entscheidend durch das Sozialstaatsprinzip geprägt wird und deshalb Differenzierungen, die diesem Prinzip zuwiderlaufen, besonderer schwerwiegender Gründe bedürfen (BVerfGE 38, 187, 198; BVerfGE 39, 316, 327).

aa) Die Gestaltungsfreiheit ist hier überschritten, weil ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung

- der nur noch außerordentlich kündbare, der dadurch sozial besonders geschützt werden soll, schlechter gestellt würde als der ordentlich kündbare Arbeitnehmer;
- er außerdem - weil eine Vermutung, daß mit der Abfindung auch Arbeitsentgeltansprüche abgefunden werden, in der Regel nicht besteht - gegenüber sonstigen Arbeitnehmern, bei denen diese Vermutung auch nicht besteht, benachteiligt ist;
- er die gleichen Nachteile (Ruhe von Alg) hinnehmen muß wie außerordentlich nicht kündbare Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis ohne einen wichtigen Grund aufgelöst worden ist, obwohl bei diesen die Vermutung gerechtfertigt ist, daß die Abfindung teilweise zur Abgeltung untergegangener Arbeitsentgeltansprüche dient, während dies bei berechtigter außerordentlicher Kündigung mit ordentlicher Frist nicht der Fall ist;
- schließlich der dauerhaft nur außerordentlich kündbare Arbeitnehmer schlechter gestellt wird als der Arbeitnehmer, bei dem die ordentliche Kündigung nur zeitlich begrenzt ausgeschlossen ist, obwohl die Stärke des Kündigungsschutzes in dem Zeitpunkt, in dem ein Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht, in beiden Fällen gleich ist.

bb) Für diese unterschiedlichen Belastungen sind Gründe, die diese Regelung als erforderlich, geeignet und verhältnismäßig erscheinen lassen, nicht ersichtlich.

Als rechtfertigender Grund kann insbesondere nicht angeführt werden, es sei in Fällen einer befristeten außerordentlichen Kündigung nicht sachwidrig, das Alg ruhen zu lassen, weil bei unkündbaren Arbeitnehmern die Abfindung in höherem Maße dazu bestimmt sei,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



den Verlust von Arbeitsentgelt auszugleichen (so aber BSG SozR 4100 § 117 Nr 14 S 68; Urteil vom 11. Januar 1990 - 7 RAr 130/88 - S 14 des Abdrucks). Anderenfalls bliebe unberücksichtigt, daß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes Lohnansprüche für Zeiträume nach dem Tag, zu dem gekündigt, werden kann, nicht in Betracht kommen, gleichgültig, ob zu diesem Tage fristfrei oder nur mit Frist aus wichtigem Grund gekündigt werden darf.

Nach der Teleologie des § 117 AFG kann das Ruhen von Alg nicht damit gerechtfertigt werden, daß möglicherweise die dennoch gezahlte Abfindung dadurch beeinflusst ist, daß Arbeitnehmer oder Betriebsrat sich bereit erklärt haben, gegen eine Betriebsstillegung zu dem in Aussicht genommenen Zeitpunkt keine Einwendungen zu erheben. Eine solche Überlegung kann nicht tragend sein, weil sie auch sonst für das Ruhen des Alg wegen einer Abfindung im Rahmen von § 117 Abs 2 und 3 AFG nicht maßgeblich ist.

- Bei der ordentlichen Kündigung wird nicht geprüft, ob sie gerechtfertigt ist.
- Bei dem befristeten Arbeitsverhältnis wird nicht geprüft, ob der Arbeitnehmer eine Verlängerung hätte durchsetzen können.
- Bei der fristlosen Kündigung wird nicht geprüft, ob der Arbeitgeber nur diesen Zeitpunkt für die fristlose Kündigung wählen konnte.

Die Fälle außerordentlicher Kündigung mit Frist wären also die einzigen, bei denen ein solcher Gesichtspunkt eine Rolle spielt. Hinzu kommt, daß eine derartige Differenzierung weder im Gesetz noch in den Materialien als maßgebliches Kriterium erkennbar ist.

Auch bestehen keine Anhaltspunkte für besondere Mißbräuche in diesem Bereich. Es handelt sich bei der Entwicklung der Rechtsfigur einer außerordentlichen Kündigung mit ordentlicher Kündigungsfrist um eine Kündigungserschwerung, die eher dazu geeignet ist, die Arbeitslosenversicherung zu schonen, als zu Mißbräuchen zu führen, die sie schädigen.

Die außerordentliche Kündigung mit ordentlicher Kündigungsfrist bei Betriebsstillegung ist auch sonst durch den Arbeitnehmer grundsätzlich nicht beeinflussbar. Auf den Zeitpunkt der Betriebsstillegung hat er keinen Einfluß. Auch der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht, sondern ist nur zu hören (§ 111 BetrVG). Selbst an einen Interessenausgleich, der von der Einigungsstelle beschlossen wird, ist der Arbeitgeber nicht gebunden (§ 113 BetrVG).

Auch mit dem Gedanken der Verwaltungsvereinfachung kann nicht die gesamte Gruppe der fristgebundenen außerordentlichen Kündigungen in die Ruhensregelung einbezogen werden. Der Gesetzgeber hat, wie die Materialien ausweisen, zur Verwaltungsvereinfachung lediglich die Pauschalierung des Betrages der Abfindung vorgesehen, der zum Ruhen führt. Damit soll der Bundesanstalt erspart werden, in Fällen, in denen in der Abfin-



dung Abgeltungen für untergegangene Arbeitsentgeltansprüche vermutet werden, diesen Anteil zu ermitteln. Nirgends aber wird erkennbar, daß zur Verwaltungsvereinfachung nicht zwischen verschiedenen Formen von Kündigungen und den dadurch bewirkten Folgen unterschieden werden soll. Ganz im Gegenteil zeigt die Begründung zum AFG, daß hier sehr sorgfältig Abstufungen vorgenommen wurden. Insoweit fehlt auch jegliches Bedürfnis nach Pauschalierung. Soweit der 7. Senat des BSG in seinen Entscheidungen (aaO) den Pauschalierungsgesichtspunkt auch insoweit für bedeutsam hält, kann ihm deshalb nicht gefolgt werden.

Es gibt auch keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber zur Verwaltungsvereinfachung in Fällen der Betriebsstillegung der Verwaltung die oft schwierige Prüfung der Berechtigung dieser Kündigungen ersparen wollte. An keiner Stelle des Gesetzes ist erkennbar, daß die Schwierigkeit der Nachprüfung des Kündigungsrechts für den Gesetzgeber ein Kriterium für die Fassung der Vorschrift gewesen ist. Vielmehr ergibt sich daraus, daß in § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG auf das "Recht zur fristlosen Kündigung" abgestellt worden ist, daß diese Prüfung in allen Fällen unabhängig von ihrer Schwierigkeit von der Verwaltung und später von den Gerichten vorzunehmen ist.

Es ist auch nicht erkennbar, daß die Bundesanstalt nicht in der Lage ist, die erforderlichen Prüfungen vorzunehmen. Sie hat sowohl im Rahmen von § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG schwierige arbeitsrechtliche Feststellungen zu treffen, als auch - zB im Rahmen des Kurzarbeitergeldes (§§ 64 ff AFG) - sehr viel kompliziertere betriebliche Voraussetzungen zu ermitteln.

Ungeeignet zur Rechtfertigung ist auch das Argument, die unterschiedlichen Folgen für das Ruhen von Alg im Rahmen des Sozialplans könnten und müßten dadurch ausgeglichen werden, daß für die ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmer eine höhere Abfindung ausgewiesen wird. Die Möglichkeit eines Ausgleichs der durch die Gesetzesfassung entstehenden Nachteile im Sozialplan ist noch kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung; denn sie begründet kein Bedürfnis für ein Ruhen von Alg. Ein solcher Ausgleich könnte außerdem bei fest begrenztem Gesamtvolumen der für die Abfindungen zur Verfügung stehenden Mittel nur zu Lasten der Ansprüche der übrigen Arbeitnehmer erfolgen, in anderen Fällen nur zu Lasten des Arbeitgebers. Eine Rechtfertigung dafür, daß die übrigen Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber die Folgen einer systemwidrigen Regelung zu tragen hätten, läßt sich aber erst recht nicht erkennen. Vielmehr ist in dem Beschluß des Dreierausschusses vom 14. Dezember 1981 (SozR 4100 § 117 Nr 8) angedeutet, daß gerade umgekehrt die Sachgerechtigkeit des § 117 AFG daran zu messen ist, ob sie den typischen Gestaltungen von Sozialplänen gerecht wird, dh in der Regel der Abstufung nach Alter und Betriebszugehörigkeit.



3. Zu einer verfassungskonformen Auslegung sieht sich der Senat nicht in der Lage. Sie liefe im Ergebnis darauf hinaus, daß der Anspruch auf Alg abweichend vom Wortlaut des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG nicht über den Tag hinaus ruht, "zu dem" der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund hätte kündigen können. Das BVerfG hat allerdings in seiner Entscheidung zu § 128 AFG die auch dort in Abs 2 im Zusammenhang mit der Kündigung aus wichtigem Grund verwandten Worte "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" im Wege der verfassungskonformen Auslegung als unbeachtlich angesehen. Zu § 117 AFG ist indes zu berücksichtigen, daß dieser zwischen den verschiedenen Beendigungstatbeständen des Arbeitsverhältnisses genau unterscheidet, wobei zusätzlich in der Begründung hervorgehoben wird, daß eine Ausnahme "allein" für den Fall gelten solle, "wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos hätte kündigen können" (BT-Drucks 8/857 S 9 Nr 8).

Vor allem angesichts der Rechtsentwicklung im Arbeitsrecht kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber 1977 und bei den vielfältigen Folgeänderungen im Bereich des § 117 AFG diese Problematik ständig übersehen hat; denn die Rechtsfigur der befristeten außerordentlichen Kündigung war bereits bei Schaffung des § 117 Abs 2 und 3 AFG idF des 4. AFG-ÄndG im Jahre 1977 anerkannt.

Schon in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts hatte sich die Auffassung angebahnt, daß der Arbeitgeber, der zur fristlosen Kündigung berechtigt ist, befugt ist, stattdessen mit einer weitgehend in sein Belieben gestellten Frist zu kündigen (RAG 18, 257, 216; 26, 74, 79). Dem ist auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) grundsätzlich gefolgt (BAGE 1, 185, 188; 4, 313, 314 f). In der letztgenannten Entscheidung läßt das BAG aber durchblicken, daß es die in der Lehre (Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 5. Aufl, Bd I S 351; Staudinger 10. Aufl, § 626 Anm 7; Nikisch, Arbeitsrecht 2. Aufl, 1. Bd S 609) vertretene Auffassung, bei ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmern oder Arbeitnehmern mit sehr langen Kündigungsfristen sei auch bei außerordentlichen Kündigungen eine angemessene (meist die gesetzliche) Kündigungsfrist einzuhalten, nicht ablehnt.

Auch in zwei weiteren Entscheidungen vom 8. Oktober 1957 (AP Nr 15 und 16 zu § 626 BGB) waren außerordentliche Kündigungen unter Einhaltung der für ordentliche Kündigungen geltenden tariflichen Fristen ausgesprochen worden. Das BAG sieht das allerdings dort noch als soziales Entgegenkommen an (Nr 15 BI 307; Nr 16 BI 313). In der zu AP Nr 15 abgedruckten Anmerkung von Hueck wird demgegenüber herausgestellt, daß in Fällen der Betriebsstillegung allein die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu angemessenen Ergebnissen führt (ebenso in späteren Auflagen Nikisch - Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd I, 3. Aufl, S 745 f - Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts 1. Bd 7. Aufl, 1963 S 594). Entgegen dem ersten Anschein ist das BAG in seiner Entscheidung von 1964 (BAGE 16, 89) der Verpflichtung zur Einhaltung einer Frist nicht entgegengetreten. Es hat dort nur die ua von Nikisch (aaO) vertre-



tene Ansicht verworfen, daß es neben der ordentlichen Kündigung und der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund noch eine außerordentliche befristete Kündigung aus minder wichtigem Grund gebe, sofern Fristen eingehalten werden (s auch BAG AP Nr 5 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Das Urteil betrifft also nur die Kündigungsgründe, nicht die Frist.

Bereits im Jahre 1975 hat dann aber der Bundesgerichtshof -BGH- (Urteil vom 21. April 1975 - II ZR 2/73 - Wertpapiermitteilungen 1975, 761) entschieden, der Dienstberechtigte könne bei einem lebenslänglichen Anstellungsvertrag gehalten sein, auch bei einer Kündigung aus wichtigem Grund "eine angemessene Frist einzuhalten". Die Begründung, daß der Dienstverpflichtete nicht schlechter gestellt werden dürfe als ein ordentlich kündbarer Angestellter, zeigt, daß nach Auffassung des BGH schon damals in Fällen, wie dem vorliegenden, die gesetzliche oder übliche vertragliche Frist einzuhalten war.

Das BAG hat sich später diesem Gedanken angeschlossen, zunächst allerdings noch auf anderer dogmatischer Grundlage. In seiner Entscheidung vom 7. Juni 1984 (BAGE 46, 206) wird für eine 1982 anlässlich einer Betriebsstillegung ausgesprochene Kündigung erklärt, daß in solchen Fällen in analoger Anwendung von § 15 Abs 4 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) dem Arbeitgeber gegenüber sonst ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmern ein besonderes ordentliches Kündigungsrecht zustehe (aaO S 218).

Dem hat das BSG (SozR 4100 § 117 Nr 14) widersprochen, aber nur insoweit, daß es sich bei diesen Kündigungen nicht um ordentliche, sondern um außerordentliche Kündigungen mit der Verpflichtung zur Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist handele.

Das BAG hat sich in zwei weiteren Entscheidungen vom 26. März 1985 (BAGE 48, 220) und vom 9. Mai 1985 (AP Nr 1 zu § 4 TVG) dieser Rechtsprechung angeschlossen.

Diese Entwicklung zeigt, daß zwar eine uneingeschränkte Anerkennung der Verpflichtung zur Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist in bestimmten Fällen der außerordentlichen Kündigung erst durch die Entscheidung des BAG im Jahre 1985 erfolgt ist. Zuvor hatte aber schon der BGH (1975) und dann auch das BAG und das BSG im Jahre 1984 in Entscheidungen, die sich auf die Jahre 1980 bis 1982 bezogen, erkannt, daß bereits damals von der Verpflichtung zur Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist bei außerordentlichen Kündigungen im Rahmen von Betriebsstillegungen auszugehen war. Das schließt ein Versehen des Gesetzgebers und damit eine verfassungskonforme Auslegung aus.

