

Im Namen des Volkes

7 RAr 108/83

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 25. Juli 1985
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden die Urteile des Land-
dessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom
5. Oktober 1983 und des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom
16. November 1981 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

G r ü n d e :

I

Der Kläger begehrt die Zahlung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 1. Januar bis 1. Juni 1981.

Der 1923 geborene Kläger war seit 1939 als Kellermeister bei der

(DU) beschäftigt, und zwar in der Braustätte B. Arbeitgeber war nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) die

(Sch.AG) in B. mit der Braustätte als einer Betriebsstätte dieser Gesellschaft. Die Produktion wurde Ende Juli 1980 aus Rationalisierungsgründen vollständig eingestellt. Der Kläger, dessen Arbeitsverhältnis dem Einheitlichen Manteltarifvertrag für die Brauereien und selbständigen Handelsmälzereien im Lande Nordrhein-Westfalen vom 7. September 1978 (EMTV) unterlag, war, wie das LSG ausgeführt hat, unkündbar (§ 17 Nr 9 EMTV); dennoch kündigte die Sch.AG wegen der Produktionseinstellung dem Kläger mit Schreiben vom 11. Juni 1980 zum 31. Dezember 1980. Das letzte im Zeitpunkt des Ausscheidens abgerechnete Arbeitsentgelt des Klägers betrug für November 1980 3.736,-- DM. Der Kläger erhielt aufgrund der zwischen der DU und dem Betriebsrat der Sch.AG Betriebsstätte B. geschlossenen Betriebsvereinbarung eine Abfindung in Höhe von 63.498,40 DM.

Den Antrag des Klägers vom 15. Dezember 1980 auf Gewährung von Alg ab 1. Januar 1981 lehnte die Beklagte unter Bewilligung im



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-3-

übrigen für die Zeit bis zum 1. Juni 1981 ab, weil der Anspruch bis dahin gemäß § 117 Abs 2 und 3 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) ruhe (Bescheid vom 6. Februar 1981, Widerspruchsbescheid vom 28. April 1981). Das Sozialgericht (SG) hat der Klage stattgegeben und die beiden oa Bescheide aufgehoben (Urteil vom 16. November 1981). Das LSG hat die zugelassene Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen (Urteil vom 5. Oktober 1983).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG des Näheren ausgeführt, daß der Kläger die Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch auf Alg iS des § 100 Abs 1 AFG erfülle. Es bestehe auch kein Streit darüber, daß der Ruhenstatbestand des § 117 Abs 2 AFG erfüllt sei; dem Kläger sei ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist gekündigt worden und er habe wegen der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses eine Abfindung erhalten. Jedoch sei das Ruhen nicht eingetreten, weil der Anspruch nicht über den Tag hinaus ruhe, an dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hätte kündigen können (§ 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG). Diese Vorschrift sei entsprechend anwendbar, wenn, wie hier, unter Einhaltung einer aus sozialen Gründen eingeräumten Frist aus wichtigem Grunde gekündigt worden sei. Dem Kläger habe aus wichtigem Grunde wegen der vollständigen Stilllegung der Betriebsstätte der Sch.AG in B. gekündigt werden können. Es sei dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zuzumuten gewesen, den Kläger weiter zu



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

-4-

beschäftigen. Hierfür sei ausschließlich auf den konkreten Arbeitgeber abzustellen. Dieser sei nicht die DU als Gesamtkonzern, sondern die rechtlich selbständige Sch.AG B. gewesen. Entscheidend sei deshalb allein, daß dem Kläger das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde gekündigt worden sei und ein wichtiger Grund vorgelegen habe. Dieser sei in der allein auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhenden vollständigen Schließung und Auflösung des gesamten Betriebs zu sehen. Für den Kläger habe keine Arbeits- und Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestanden; eine Umschulung sei schon mit Rücksicht auf sein Alter nicht mehr in Betracht gekommen. Dem Kläger habe daher am 31. Dezember 1980 aus wichtigem Grunde (auch fristlos) gekündigt werden können. Das sei für § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG ausreichend. Wenn bei unkündbaren Arbeitnehmern die außerordentliche Kündigung nur befristet ausgesprochen werden dürfe, so solle der Arbeitnehmer hierdurch geschützt werden. Das dürfe im Rahmen des § 117 Abs 3 AFG nicht zu seinem Nachteil führen.

Die Beklagte rügt mit der Revision eine Verletzung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG und bringt hierzu insbesondere vor: Die Auffassung des LSG, daß eine Kündigung aus wichtigem Grunde unter Einhaltung einer Frist wie eine fristlose Kündigung zu behandeln sei, treffe nicht zu. Es hätte dann der Worte "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" in § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG nicht bedurft. Es sei unstrittig, daß eine Kündigung aus wichtigem Grunde nicht fristlos erfolgen müsse, sondern auch unter Einhaltung einer Frist ausgesprochen werden könne und gegebenenfalls sogar müsse. Wegen dieser Rechtslage enthalte § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-5-

AFG die Worte "ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist". Der Gesetzgeber habe damit sicherstellen wollen, daß eine Begrenzung des Ruhenszeitraumes auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grunde nur erfolge, wenn der Arbeitgeber ohne Einhaltung einer Frist kündigen könne. Das sei auch sinnvoll; denn nur in diesen Fällen werde eine trotzdem gezahlte Abfindung in vollem Umfange aus sozialen Gründen gewährt. In Fällen wie dem vorliegenden sei es selbstverständlich, daß eine Abfindung auch dazu diene, den Verlust an Arbeitsentgelt auszugleichen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grunde verliere der unkündbare Arbeitnehmer einen im Grunde genommen sichereren Lohnanteil als ein ordentlich kündbarer Arbeitnehmer. Diese Zusammenhänge habe das LSG nicht berücksichtigt, obwohl in der Begründung des Entwurfs des Vierten Änderungsgesetzes zum AFG herausgestellt worden sei, daß eine Ausnahme allein dann gelten solle, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos hätte kündigen können (BT-Drucks. 8/857 S 9).

Die Beklagte beantragt,
die Urteile des Landessozialgerichts und des Sozialgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Er führt aus, nach § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG komme es nur dar-



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



-6-

auf an, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hätte kündigen können. Das LSG habe festgestellt, daß der Arbeitgeber wegen der Betriebsstillegung gemäß § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) einen wichtigen Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses und daher grundsätzlich eine Kündigungsmöglichkeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gehabt habe. Diese Feststellung sei, da die Beklagte sie nicht gerügt habe, bindend. Die Kündigung aus wichtigem Grunde sei eine außerordentliche Kündigung, die in der Regel fristlos sei. Daß sie auch mit einer "sozialen Auslaufrfrist" ausgesprochen werde, verändere nicht ihren Charakter. Die Auslaufrfrist sei keine Kündigungsfrist, sie ändere nichts an dem Grund und der Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis fristlos zu beenden. Neben der ordentlichen (befristeten) Kündigung und der außerordentlichen (fristlosen) Kündigung aus wichtigem Grunde gebe es nicht noch eine befristete außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde, wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden habe. Die fristlose Kündigungsmöglichkeit sei lediglich Rechtsfolge des wichtigen Grundes. Die Ansicht der Revision, die Abfindung enthalte Arbeitsentgelt für eine nicht eingehaltene Kündigungsfrist, weil der Kläger aufgrund seiner Unkündbarkeit einen sichereren Lohn verloren habe, träfe nur zu, wenn der Arbeitgeber nicht aus wichtigem Grunde hätte kündigen können.

Auf die Entscheidung des Senats vom 12. Dezember 1984 - 7 RAr 16/84 - hingewiesen führt der Kläger aus, daß ihm nach dem Tag der feststehenden Betriebsstillegung, dem 31. Dezember 1980,

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

-7-

keinerlei Lohnansprüche mehr zustehen konnten, auch nicht solche aus Annahmeverzug. In solchen Fällen könnten Abfindungen nicht einmal typischerweise Arbeitsentgeltteile enthalten, die dem Arbeitnehmer bei Fortdauer des Arbeitsverhältnisses zugestanden hätten. Im Übrigen sei für den Charakter der Kündigung auf die Regelung in § 15 Abs 4 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) zurückzugreifen, wie das BAG im Urteil vom 7. Juni 1984 - 2 AZR 602/82 - entschieden habe. Da dem Kläger mit der längsten tariflich zulässigen Kündigungsfrist gekündigt worden sei, habe es an den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen für die Anwendung des § 117 Abs 2 Satz 1 AFG gefehlt.

Beide Beteiligten sind mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden (§ 124 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-).

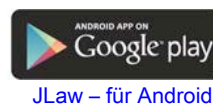
II

Die Revision der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat für die Zeit vom 1. Januar 1981 bis 1. Juni 1981 als Folge der Regelung in § 117 Abs 2 Satz 1 AFG keinen Anspruch auf Zahlung von Alg.

Nach den Feststellungen des LSG erfüllte der Kläger zwar vom 1. Januar 1981 an die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg gemäß § 100 Abs 1 AFG. Insoweit besteht zwischen den Beteiligten auch kein Streit. Dieser Anspruch ruhte jedoch nach § 117 Abs 2



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



Satz 1 AFG, der hier in der zuletzt durch das Gesetz vom 18. August 1980 (BGBl I 1469) geänderten Fassung anzuwenden ist, bis zum 1. Juni 1981 einschließlich, weil der Kläger wegen der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses eine Abfindung von 63.498,40 DM erhalten hat und das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet worden ist.

Ob das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet worden ist, richtet sich nach der Kündigungsfrist, die der Arbeitgeber hätte einhalten müssen, um das frühere Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung zu beenden. Da das Arbeitsverhältnis dem EMTV unterlag, ist dessen Kündigungsrecht anzuwenden. Nach § 17 Nr 9 EMTV kann bestimmten älteren Arbeitnehmern, unabhängig vom Lebensalter ua Arbeitnehmern mit ununterbrochener dreißigjähriger Zugehörigkeit zum Betrieb/Unternehmen, nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden. Der Kläger, der der Brauerei mehr als dreißig Jahre angehörte und deshalb diesem Kündigungsschutz unterlag, war, wie das LSG entschieden hat, nach § 17 Nr 9 EMTV unkündbar, sein Arbeitsverhältnis konnte somit nicht mehr im Wege einer ordentlichen Kündigung beendet werden.

Diese Entscheidung des LSG zu § 17 Nr 9 EMTV ist für den Senat bindend; denn für die auf die Revision ergehende Entscheidung ist eine Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt solchen Rechts maßgebend, auf dessen Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann (§ 562 der Zivilprozeßordnung, § 202 SGG). Der § 17 Nr 9 EMTV enthält kein nach § 162 SGG re-

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

visibles Recht. Der Tarifvertrag hat kein Bundesrecht zum Inhalt, sein Geltungsbereich erstreckt sich auch nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, was gemäß § 162 SGG für die Revisibilität von nicht dem Bundesrecht angehörenden sonstigen im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Vorschriften genügt; denn räumlich gilt der Tarifvertrag nur für das Land Nordrhein-Westfalen (§ 1 EMTV).

Zwar wäre § 17 Nr 9 EMTV dennoch revisibel, wenn nicht nur zufällig, sondern bewußt und gewollt inhaltlich gleiche Vorschriften außerhalb Nordrhein-Westfalens (zB in anderen Tarifgebieten der Brauindustrie) vereinbart wären (vgl BSGE 50, 121, 123 f = SozR 4100 § 117 Nr 3). Ob das der Fall ist, hat der Senat jedoch mangels entsprechenden Vorbringens der Beteiligten nicht zu prüfen. Wie der 1. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) überzeugend dargelegt hat, erfordert die Revisionsbegründung, mit welcher die Verletzung einer sachlich-rechtlichen Vorschrift des an sich nicht revisiblen Landesrechts gerügt wird, Darlegungen, daß und welche inhaltlich übereinstimmenden und zum Zwecke der Vereinheitlichung erlassenen Vorschriften in anderen Bundesländern bestehen (BSGE 56, 45). Der erkennende Senat hat sich dem bereits im Urteil vom 12. Dezember 1984 -7 RAr 16/84 - (zur Veröffentlichung vorgesehen) angeschlossen und ausgeführt, daß nichts anderes gilt, wenn die Verletzung einer sachlich-rechtlichen Vorschrift in einem Tarifvertrag gerügt wird. Auch hier sind Darlegungen erforderlich, daß und welche übereinstimmenden und zum Zwecke der Vereinheitlichung erlassenen Tarifvorschriften in anderen Gerichtsbezirken gelten. Das gilt auch für eine Gegenrüge



des Revisionsbeklagten. Die Revisibilität einer solchen Vorschrift ist folglich nur dann vom Revisionsgericht zu prüfen, wenn dies in der Revisionsbegründung oder vom Revisionsbeklagten geltend gemacht worden ist. Das ist hier nicht geschehen.

Da somit rechtlich und tatsächlich feststeht, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers zeitlich unbegrenzt nicht mehr im Wege einer ordentlichen Kündigung beendet werden konnte, ist bei der Prüfung, ob das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet worden ist, gemäß § 117 Abs 2 Satz 3 AFG eine Frist von einem Jahr anzusetzen. Diese einjährige Frist beginnt mit der Kündigung, die der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorausgegangen ist, hier also frühestens am 11. Juni 1980. Das Arbeitsverhältnis des am 31. Dezember 1980 ausgeschiedenen Klägers ist damit vor Ablauf der Jahresfrist beendet worden. Das LSG hat folglich zutreffend die Voraussetzungen des § 117 Abs 2 Satz 1 AFG bejaht.

Der Senat vermag dem LSG allerdings nicht darin zu folgen, daß § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG dem Ruhen des Anspruchs von Anfang an entgegengestanden hat. Nach § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG ruht der Anspruch auf Alg nicht über den Tag hinaus, an dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hätte kündigen können. Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift kommt es für ihre Anwendung nicht darauf an, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund einer derartigen Kündigung beendet worden ist oder ob überhaupt der Arbeitgeber im Zusam-



menhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine solche Kündigung ausgesprochen hat. Maßgebend ist vielmehr allein, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hätte kündigen können, also ein konkretes Recht zu einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte. Die Anwendung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG scheitert deshalb nicht schon daran, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch eine sofort wirksame Kündigung beendet worden ist, die Kündigung zum 31. Dezember 1980 vielmehr schon im Juni 1980 ausgesprochen wurde. Der Anwendung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG steht jedoch entgegen, daß dem Kläger anlässlich der Produktionseinstellung der B. Braustätte nicht aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hat gekündigt werden können, wie der Senat für einen gleichen Sachverhalt schon im Urteil vom 12. Dezember 1984 (aaO) entschieden hat.

Die Betriebsstillegung hat zwar ein außerordentliches Kündigungsrecht des Arbeitgebers ausgelöst. Nach § 626 Abs 1 BGB kann das Dienstverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) und der bisherigen des BAG kommt hiernach bei einer Be-



etriebsstillegung ein wichtiger Grund zu einer außerordentlichen Kündigung des ordentlich nicht mehr kündbaren Dienstverpflichteten bzw Arbeitnehmers in Betracht, wenn für diesen überhaupt keine Dienst- oder Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht (BAGE 2, 214 = AP Nr 4 zu § 626 BGB; BAG AP Nr 15 zu § 626; BAGE 5, 20 = AP Nr 16 zu § 626; BAG AP Nr 10 zu § 626 BGB Ausschlußfrist; BGH WM 1975, 761). Das ist im wesentlichen damit begründet worden, daß lebenslängliche Anstellung bzw Unkündbarkeit zu einer unzumutbaren Belastung des Dienstberechtigten werden kann, wenn dieser die Dienste nicht mehr in Anspruch zu nehmen in der Lage ist, andererseits über Jahre hinweg zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bleibt.

An dieser Rechtsprechung hält der Senat sowohl angesichts der Bedenken, die der 2. Senat des BAG in seinem Urteil vom 7. Juni 1984 - 2 AZR 602/82 - geäußert hat, als auch gegenüber den Einwänden des Klägers fest. Die Auffassung des BAG betrifft im wesentlichen nicht das Ergebnis, daß der Arbeitgeber sich aus betriebsbedingten Gründen auch von dem Arbeitnehmer, dem nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden darf, lösen kann, sondern die Begründung dieses Ergebnisses aus der Regelung in § 626 BGB. Der 2. Senat des BAG hält es wie der Kläger für naheliegender, eine Rechtsanalogie zu § 15 Abs 4 KSchG anzunehmen, wonach die an sich für die Dauer des Amtes ausgeschlossene ordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrates zum Zeitpunkt der Betriebsstillegung zulässig ist. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Er sieht weder aus rechtlichen noch aus praktischen Gründen einen zwingenden Anlaß, von der bisher übereinstimmenden



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Rechtsprechung, der sich der erkennende Senat angeschlossen hat (SozR 4100 § 117 Nr 5), Abstand zu nehmen. Es hat auch im Schrifttum ganz überwiegend Zustimmung gefunden, daß in diesen Fällen eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde im Grenzfall in Betracht kommt (Hillebrecht in Becker ua, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 2. Auflage 1984, § 626 RdZiffern 87, 120 f, 313; Neumann in Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Auflage, § 626 RdZiff 51; Hueck Anm zu AP Nrn 4, 15 und 16 zu § 626 BGB; aA Schwerdtner in Münchner Kommentar zum BGB, § 626 RdZiffern 17, 40). Auch nach erneuter Prüfung bleibt der Senat dabei, daß gegen eine Rechtsanalogie zu § 15 Abs 4 KSchG beträchtliche Einwände zu erheben sind. Die Annahme eines solchen ordentlichen Kündigungsrechts erklärt zwar unschwer, weshalb bei der Kündigung eines Arbeitnehmers, dem nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann, die tarifliche oder gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten ist, wie das im Schrifttum zu Recht auch für die außerordentliche Kündigung wegen Betriebsstillegung gefordert wird. Damit soll nämlich erreicht werden, daß der dem Arbeitnehmer zugedachte Schutz der Unkündbarkeit sich nicht als Nachteil erweist und der altersgesicherte unkündbare Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht früher und plötzlicher verliert als der kündbare Arbeitnehmer, bei dem in solchen Fällen dem Arbeitgeber grundsätzlich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zugemutet wird (Neumann aaO RdZiff 111; Hillebrecht aaO RdZiff 206; Weng, Betrieb 1977, 676; Güntner RdA 1974, 153, 160). Die Annahme eines derartigen Rechts zur ordentlichen Kündigung stünde aber in einem unvereinbaren Widerspruch zu dem Ausschluß jeder ordentlichen



Kündigung; ist nämlich die ordentliche Kündigung tarif- oder einzelvertraglich ausgeschlossen, kann eine dennoch rechtmäßige Kündigung nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde sein. Obwohl der erkennende Senat die Bedenken des 2. Senats des BAG gegen die bisherige Rechtsprechung nicht teilt, weicht er nicht von dieser Entscheidung ab; denn der 2. Senat des BAG hat die bisherige Rechtsprechung nicht aufgegeben. Einer Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl I 661) bedarf es daher nicht.

Ist dem LSG aufgrund seiner Feststellungen mithin beizupflichten, daß im Falle des Klägers ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorgelegen hat, kann der Senat ihm jedoch nicht in der Auffassung folgen, die Brauerei habe ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen können. Der nach § 626 BGB zur Kündigung Berechtigte ist zwar zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. Der Arbeitgeber ist bei einer außerordentlichen Kündigung deshalb nicht grundsätzlich gehalten, dem Arbeitnehmer eine sogenannte soziale Auslaufrist einzuräumen. Der Senat wiederholt auch hier seine Auffassung aus dem Urteil vom 12. Dezember 1984 (aaO), daß es aber der Zweck der besonderen Sicherung des Arbeitsplatzes durch Unkündbarkeitsklausel gebietet, altersgesicherten unkündbaren Arbeitnehmern bei einer außerordentlichen Kündigung wegen Betriebsstillegung einen aus der Unkündbarkeitsvereinbarung abzuleitenden Anspruch auf Einhaltung der gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfrist einzu-



- 15 -

räumen; denn der Arbeitnehmer darf durch die Unkündbarkeitsklausel nicht schlechter gestellt sein, als wenn sein Arbeitsverhältnis befristet oder mit gesetzlicher oder vertraglicher Frist kündbar wäre (Hillebrecht aaO RdZiff 206; Neumann aaO RdZiff 111; Weng aaO; Güntner aaO). Insoweit besteht kein Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG, wonach bei Geltung einer langen gesetzlichen Kündigungsfrist der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, im Falle einer vorzeitigen Kündigung aus wichtigem Grunde dem Arbeitnehmer durch eine Kündigungsfrist entgegenzukommen (BAGE 4, 313 = AP Nr 1 zu § 70 HGB). Diese Rechtsprechung bezieht sich nämlich nicht auf den Fall, daß ein Arbeitsverhältnis kraft tarifrechtlicher Alterssicherung unkündbar ist (BGH WM 1975, 761). Im übrigen hat das BAG zur Rechtfertigung von befristet ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen tarifrechtlich unkündbarer Arbeitnehmer selbst berücksichtigt, daß der Arbeitgeber nicht fristlos, sondern unter Einhaltung der Frist gekündigt habe, die er auch bei einer ordentlichen Kündigung hätte einhalten müssen (BAG AP Nr 15 zu § 626; BAGE 5, 20 = AP Nr 16 zu § 626). Auch von dem Grundsatz, daß es neben der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde eine außerordentliche Kündigung aus einem minder wichtigen Grunde nicht gibt, die das Arbeitsverhältnis innerhalb einer im Einzelfalle zu bestimmenden Frist beendet (BAG 16, 89 = AP Nr 3 zu § 133b GewO), weicht der Senat nicht ab; denn die Auffassung des Senats betrifft nicht die Frage, ob wegen eines minder wichtigen Grundes gekündigt werden kann, sondern die Rechtsfolge bei Vorliegen eines zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigenden wichtigen Grundes. Ähnlich wie der Dienstberechtigte bei einem lebenslänglichen An-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

stellungsvertrag gehalten sein kann, auch bei einer Kündigung aus wichtigem Grunde eine angemessene Frist zu berücksichtigen (BGH WM 1975, 761), hat der Arbeitgeber, der einem altersgesicherten Arbeitnehmer wegen Betriebsstillegung außerordentlich kündigt, eine der gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfrist entsprechende Frist einzuhalten, die gelten würde, wenn der Arbeitnehmer nicht unter die Unkündbarkeitsklausel fiel.

Die Brauerei hat dem Kläger somit allenfalls unter Einhaltung einer Frist und damit nicht, wie dies § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG voraussetzt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen können. Das Ruhen des Anspruchs auf Alg könnte wegen eines Rechts, zur außerordentlichen Kündigung anlässlich der Betriebsstillegung daher nur dann ab 1. Januar 1981 nicht eingetreten sein, wenn die Vorschrift von dem Tage an entsprechend anzuwenden wäre, zu dem eine befristete außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde das Arbeitsverhältnis hätte beenden können. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie der Senat ebenfalls bereits im Urteil vom 12. Dezember 1984 (aaO) entschieden hat, kommt eine entsprechende Anwendung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG nicht in Betracht.

Die Regelung des § 117 Abs 2 und 3 AFG soll pauschalierend die Entschädigung für den Lohnausfall erfassen, die in Abfindungen anlässlich des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis enthalten sind. Sie läßt erkennen, daß das Gesetz vielfach eine Entschädigung für den Lohnausfall von dem Zeitpunkt an nicht mehr annimmt, zu dem das Arbeitsverhältnis unabhängig von den tatsäch-



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



-17-

lich zur Beendigung führenden Umständen geendet hätte oder vom Arbeitgeber hätte beendet werden können. Deshalb ruht das Alg nicht über den Tag hinaus, an dem das Arbeitsverhältnis infolge einer Befristung (§ 117 Abs 3 Satz 2 Nr 2 AFG) oder bei Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist geendet hätte (§ 117 Abs 2 Satz 1 AFG). Die Begrenzung des Ruhenszeitraums durch § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG schließt daran an. Kann der Arbeitgeber aus wichtigem Grunde, aber nicht fristlos kündigen, entspräche es zwar dieser Erwägung, wenn von dem Zeitpunkt an, zu dem die Kündigung aus wichtigem Grunde nach Ablauf der einzuhaltenden Frist das Arbeitsverhältnis zu beenden vermag, eine Entschädigung für den Lohnausfall nicht mehr angenommen würde. Diese Konsequenz hat der Gesetzgeber jedoch nicht ziehen wollen. Die Revision macht zu Recht geltend, daß den Gesetzesmaterialien zufolge an eine Erstreckung der Regelung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG auf die wenigen Fälle befristeter Kündigungen aus wichtigem Grunde nicht gedacht war. Zur Begründung der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Neufassung des § 117 Abs 2 und 3 AFG durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 12. Dezember 1977 (BGBl I 2557), die ohne wesentliche Änderung Gesetzeskraft erlangt hat, hat die Bundesregierung nämlich dargelegt, daß der Anspruch auf Alg künftig - wie hier erneut zu betonen ist - i m m e r dann ruhen soll, wenn der Arbeitnehmer gegen Zahlung einer Abfindung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist des Arbeitgebers ausgeschlossen ist, und eine Ausnahme a l l e i n dann zu gelten hat, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos hätte kündigen können, weil in diesen Fällen eine gezahlte Abfindung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-18-

allein der Entschädigung für den Verlust des sozialen Besitzstandes dient (BT-Drucks 8/857 S 9).

Gegen eine entsprechende Anwendung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG spricht zudem, daß nach dem Gesetz auch sonst ein Ruhen des Alg über den Tag hinaus möglich ist, zu dem das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber frühestens hätte beendet werden können, wie sich aus dem durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) dem § 117 Abs 2 AFG angefügten Satz 4 ergibt. Nach dieser Vorschrift, die auf den Anspruch des Klägers allerdings noch keine Anwendung findet, ist nämlich, auch wenn die nach Arbeitsrecht maßgebliche Kündigungsfrist kürzer ist, bei der Prüfung der Frage, ob eine Abfindung zum Ruhen des Alg führt, eine Kündigungsfrist von einem Jahr anzusetzen, wenn dem Arbeitnehmer nur bei Zahlung einer Abfindung, Entschädigung oder ähnlichen Leistung ordentlich gekündigt werden kann. Daß Abfindungen in bestimmten Fällen über den Tag hinaus zum Ruhen des Alg führen, zu dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis durch Kündigung hätte beenden können, ist nicht sachwidrig. Abfindungen, die an Arbeitnehmer gezahlt werden, die nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, enthalten nicht durchweg nur Entschädigungen für den Verlust sozialer Besitzstände; insbesondere, wenn streitig war, ob dem Arbeitgeber ein Kündigungsrecht zustand, ist es für Abfindungen in solchen Fällen typisch, daß sie das Arbeitsentgelt berücksichtigen, das der Arbeitnehmer bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses erhalten hätte. Mit Recht weist die Beklagte darauf hin, daß die Abfindung, die einem unkündbaren Arbeitnehmer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gewährt wird, der aus einem in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden Grund seinen Arbeitsplatz verliert, im höheren Maße dazu bestimmt ist, den Verlust an Arbeitsentgelt auszugleichen, weil ein solcher Arbeitnehmer einen im Grunde sichereren Lohn verliert als der ordentlich kündbare Arbeitnehmer. Der Einwand des Klägers hiergegen, durch die Betriebsstillegung sei ohnedies jeglicher Lohnanspruch entfallen, ist nicht schlüssig. Dies hindert nämlich nicht die Annahme, daß gerade dieser Effekt auf die Höhe der Abfindung durchschlägt und deshalb Motiv für die gesetzliche Regelung wurde. Mit durchaus berechtigtem Grunde wird deshalb der unkündbare Arbeitnehmer, der gegen Abfindung aus seinem Arbeitsverhältnis ausscheidet, hinsichtlich der Ruhensfolge anders behandelt als der Arbeitnehmer, dem ordentlich hat gekündigt werden können. Daß der Teil der Abfindung, der für die Entschädigung sozialer Besitzstände gedacht ist, höher zu sein pflegt, je länger sich der Arbeitslose um den Betrieb verdient gemacht hat oder infolge höheren Alters durch sein Ausscheiden aus dem Betrieb stärker belastet wird, was häufig bei unkündbaren Arbeitnehmern der Fall ist, berücksichtigt § 117 Abs 3 Satz 3 AFG, indem der als Arbeitsentgelt anzusetzende Anteil der Abfindung von höchstens 70 vH sowohl für je fünf Jahre des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb als auch für je fünf Lebensjahre nach Vollenendung des 35. Lebensjahres um je fünf vH bis auf 30 vH vermindert wird. Wie schon im Urteil vom 12. Dezember 1984 (aaO) ausgeführt, hält der Senat daher nicht an der in den Urteilen vom 17. Februar 1981 - 7 RAr 90/79 und 7 RAr 94/79 -, (letzteres veröffentlicht in SozR 4100 § 117 Nr 5), vertretenen Ansicht fest, daß nach § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG die bei einer Be-



etriebsstillegung gewährte Abfindung des unkündbaren Arbeitnehmers zu keinem Ruhen des Alg führt, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt beendet wird, zu dem der Arbeitgeber durch eine wegen der Betriebsstillegung ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis hätte beenden können.

Kann nach allem § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG auch nicht entsprechend angewendet werden, ruhte der Anspruch des Klägers nach näherer Bestimmung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 1 und Sätze 3 und 4 AFG, dh nicht über den Tag hinaus, an dem der Arbeitslose bei Weiterzahlung des während der letzten Beschäftigungszeit kalendertäglich verdienten Arbeitsentgelts einen Betrag in Höhe des zu berücksichtigenden Teils der Abfindung als Arbeitsentgelt erzielt hätte. Von der Abfindung zu berücksichtigen sind im Falle des Klägers 30 vH, der nach dem Gesetz geringstmögliche Satz; das ergibt sich aus § 117 Abs 3 Satz 3 AFG. Nach den Feststellungen des LSG hat der Kläger in der letzten Beschäftigungszeit, dh in dem am Tage des Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Monat November 1980 (§ 117 Abs 3 Satz 4 AFG) 3.736,-- DM verdient; daraus errechnet sich ein kalendertägliches Arbeitsentgelt von 124,53 DM. 30 vH der Abfindung (= 19.049,52 DM) hierdurch geteilt ergibt einen Ruhenszeitraum von 152 Kalendertagen, das ist die Zeit vom 1. Januar 1981 bis 1. Juni 1981.

Da mithin der angefochtene Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides nicht zu beanstanden ist, kann die Klage keinen Erfolg haben.



-21-

Auf die Revision der Beklagten sind die vorinstanzlichen Urteile aufzuheben; die Klage ist abzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus der Anwendung von § 193 SGG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)