

Bundessozialgericht

7 RAr 16/84

Im Namen des Volkes

Verkündet am
12. Dezember 1984

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche
Verhandlung vom 12. Dezember 1984

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen
vom 19. Januar 1984 aufgehoben und die Sache zur er-
neuten Verhandlung und Entscheidung an das Landes-
sozialgericht zurückverwiesen.



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

Streitig ist die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Mai 1981.

Der 1926 geborene Kläger war seit 1941 in der gleichen Brauerei in B beschäftigt, und zwar zuletzt als Brauführer. Arbeitgeber war nach dem Tatbestand des Berufungsurteils die (DU), den Entscheidungsgründen zufolge dagegen eine

(Sch.AG) in B und die Braustätte, die frühere

(Schl), eine Betriebsstätte dieser Gesellschaft. In dem Betrieb, der selbständig produzierte und über eine eigene Betriebsorganisation verfügte, waren im Juli 1980 etwa 350 Arbeitnehmer tätig; es bestand ein eigener Betriebsrat. Die Produktion wurde Ende Juli 1980 aus Rationalisierungsgründen 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 Landessozialgericht (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, weil es nicht möglich sei, ihm einen anderen Arbeitsplatz innerhalb des Unternehmens anzubieten. Der Kläger erhielt gemäß Ziff 4 der zwischen der DU und dem Be-



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



etriebsrat der DU-Sch.AG Betriebsstätte B geschlossenen Betriebsvereinbarung eine Abfindung in Höhe von 70.065,10 DM.

Den Antrag des Klägers auf Alg lehnte die Beklagte für die Zeit bis zum 30. Mai 1981 ab, weil der Anspruch bis dahin gemäß § 117 Abs 2 und 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) ruhe (Bescheid vom 16. Januar 1981, Widerspruchsbescheid vom 27. Mai 1981). Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 5. Mai 1982). Auf die vom SG zugelassene Berufung des Klägers hat das LSG das Urteil des SG geändert, die ergangenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger Alg vom 1. Januar 1981 an zu gewähren (Urteil vom 19. Januar 1984).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, der Anspruch auf Alg sei an sich nicht streitig. Es bestehe auch kein Streit darüber, daß der Ruhenstatbestand des § 117 Abs 2 AFG erfüllt sei; 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 Schließung der Betriebsstätte 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 beschäftigen. Hierfür sei ausschließlich auf den kon-



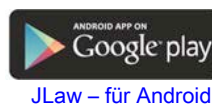
-4-

kreten Arbeitgeber abzustellen. Dieser sei, wie das LSG in seinem Urteil vom 5. Oktober 1983 - L 12 Ar 242/81 - entschieden habe, die Sch.AG B . Eine Beweiserhebung zu der Frage, wer Arbeitgeber sei, sei nicht erforderlich. Auf die Person des Arbeitgebers komme es nicht an. Entscheidend sei allein, daß dem Kläger das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde gekündigt worden sei und ein wichtiger Grund vorgelegen habe. Er sei in dem in der Betriebsvereinbarung erzielten Interessenausgleich der für unabwendbar gehaltenen unternehmerischen Entscheidung zur Schließung der Betriebsstätte zu sehen. In diesem Zusammenhang sei von Bedeutung die langjährige Betriebszugehörigkeit des Klägers, sein fortgeschrittenes Lebensalter, die von der Beklagten nicht substantiiert angegriffene Behauptung der Nichtverwendbarkeit des Klägers auf einem Ersatzarbeitsplatz und der Ausgleich der Betriebsstillegung durch den Sozialplan. 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 be-



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



durft. Es sei unstreitig, 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 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 sichereren Lohnanteil als ein ordentlich kündbarer Arbeitnehmer. Diese Zusammenhänge habe das LSG ignoriert, 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,

das Urteil des Landessozialgerichts aufzuheben
und die Berufung des Klägers gegen das Urteil
des Sozialgerichts zurückzuweisen.



-6-

Der Kläger beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Er führt aus, nach dem Gesetzeswortlaut des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG komme es nur darauf 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 Gesetzbuchs (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. 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 sicheren Lohn verloren habe, träfe nur zu, wenn der Arbeitgeber nicht aus wichtigem Grunde hätte kündigen können.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-7-

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet.

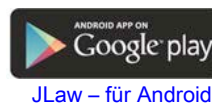
Ob der Anspruch auf Alg, wie die Beklagte angenommen hat, bis zum 30. Mai 1981 ruht, kann aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entschieden werden.

Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß ein Anspruch des Klägers auf Alg an sich nach § 117 Abs 2 Satz 1 des AFG, das hier in der zuletzt durch das Gesetz vom 18. August 1980 (BGBl I 1469) geänderten Fassung anzuwenden ist, ruht, weil der Kläger wegen der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses eine Abfindung von 70.065,10 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



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



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 Zivilprozeßordnung, § 202 Sozialgerichtsgesetz -SGG-). Der § 17 Nr 9 EMTV enthält kein nach § 162 SGG revisibles 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). Wenn die Verletzung einer sachlich-rechtlichen Vorschrift in einem Tarifvertrag gerügt wird, kann nichts anderes gelten. Auch hier sind mithin Darlegungen erforderlich, daß und welche übereinstimmenden und zum Zwecke der Vereinheitlichung erlassenen Tarifvorschriften in anderen Gerichtsbezirken gelten. Was für die Revisionsbegründung erforderlich ist, gilt auch für eine Gegenrüge des Revisionsbeklagten. Dies hat zur Folge, daß die Revisibilität einer solchen Vorschrift nur dann vom Revisionsgericht zu prüfen ist, wenn dies in der Revisionsbegründung oder vom Revisionsbeklagten geltend gemacht worden ist. Das ist hier nicht geschehen.

Ist für die Entscheidung des Senats somit maßgebend, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers zeitlich unbegrenzt nicht mehr im Wege einer ordentlichen Kündigung beendet werden konnte, so 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. Es ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, daß das LSG die Voraus-



setzungen des § 117 Abs 2 Satz 1 AFG bejaht hat.

Das LSG hat das Ruhen des Anspruchs auf Alg dennoch verneint, weil § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG vom Entstehen des Anspruchs an Platz greife. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

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 Zusammenhang 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.

Nach § 626 Abs 1 BGB kann das Dienstverhältnis von jedem Ver-



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

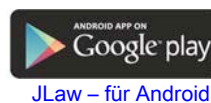


tragsteil aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der bisherigen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) kommt hiernach bei einer Betriebsstillegung 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 Ausschußfrist; 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 ist auch angesichts der Bedenken, die der 2. Senat des BAG in seinem Urteil vom 7. Juni 1984 - 2 AZR 602/82 - geäußert hat, festzuhalten. Die Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Sie betreffen im wesentlichen nicht das Ergebnis, daß der Arbeitgeber sich aus betriebsbedingten Gründen auch von dem Arbeitnehmer, dem nur noch aus wichtigem Grunde gekündigt



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



werden darf, lösen kann, sondern daß dieses Ergebnis auf § 626 BGB gestützt wird. Das erscheint dem 2. Senat des BAG dogmatisch nicht hinreichend abgesichert. Er hält es deswegen für naheliegender, eine Rechtsanalogie zu § 15 Abs 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anzunehmen. Es besteht daher kein zwingender praktischer Anlaß, von der bisher übereinstimmenden Rechtsprechung, der sich der erkennende Senat angeschlossen hat (SozR 4100 § 117 Nr 5), Abstand zu nehmen, zumal da im Schrifttum allgemein Zustimmung gefunden hat, 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, 120f, 313; Neumann in Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Auflage, § 626 RdZiff 51; Hueck Anm zu AP Nr 4, 15 und 16 zu § 626 BGB; aA Schwerdtner in Münchner Kommentar zum BGB, § 626 RdZiffern 17, 40). Überdies ist eine Rechtsanalogie zu § 15 Abs 4 KSchG, wonach die an sich für die Dauer des Amtes ausgeschlossene ordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrates zum Zeitpunkt der Betriebsstilllegung zulässig ist, ihrerseits Einwendungen ausgeschlossen. 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 Betriebsstilllegung gefordert wird, damit 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 grundsätzlich eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist dem Arbeitgeber zugemutet wird (Neumann aaO RdZiff 111; Hillebrecht aaO RdZiff 206; Weng, Betrieb 1977, 676; Güntner RdA 1974, 153, 160). Ein solches Recht zur ordentlichen Kündigung stünde aber in einem unvereinbaren Widerspruch zu dem Ausschluß jeder ordentlichen Kündigung; denn ist die ordentliche Kündigung tarif- oder einzelvertraglich ausgeschlossen, kann eine dennoch rechtmäßige Kündigung nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde sein. Indem der erkennende Senat die Gedanken des 2. Senats des BAG gegen die bisherige Rechtsprechung nicht teilt, weicht er dennoch 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 somit der Ausgangspunkt des LSG nicht zu beanstanden, kann dem Berufungsgericht, das im Falle des Klägers einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung angenommen hat, jedoch nicht in der Auffassung beigetreten werden, die Brauerei habe somit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen können. Es ist zwar nicht zweifelhaft, daß der nach § 626 BGB zur Kündigung Berechtigte zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist. Der Arbeitgeber ist bei einer außerordentlichen Kündigung daher grundsätzlich nicht gehalten, dem Arbeitnehmer eine sogenannte soziale Auslaufrfrist einzuräumen, wie dies in der



Praxis wiederholt geschieht. Bei altersgesicherten unkündbaren Arbeitnehmern gebietet jedoch der Zweck der besonderen Sicherung des Arbeitsplatzes durch Unkündbarkeitsklausel, ihm bei einer außerordentlichen Kündigung wegen Betriebsstillegung einen aus der Unkündbarkeitsvereinbarung abzuleitenden Anspruch auf Einhaltung der gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfrist einzuräumen; 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). Mit dieser Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG, das bei Geltung einer langen gesetzlichen Kündigungsfrist den Arbeitgeber nicht für verpflichtet hält, 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 Einzel-



falle 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 Anstellungsvertrag 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 fiele.

Die Brauerei hat dem Kläger daher, wenn überhaupt, so doch nur 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, wie die Beklagte zu Recht geltend macht, nicht der Fall.

Eine entsprechende Anwendung des § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG wäre



nur zulässig, wenn insoweit eine planwidrige Gesetzeslücke bestünde. Das läßt sich jedoch nicht feststellen.

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. Die getroffene Regelung 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 tatsächlich 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 ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist geendet hätte (§ 117 Abs 2 Satz 1 AFG). Auch die Begrenzung des Ruhenszeitraums durch § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG läßt sich hier anführen. 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 das Arbeitsverhältnis zu beenden vermag (also nach Ablauf der einzuhaltenden Frist), 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



- 17 -

durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungs-
gesetzes vom 12. Dezember 1977 (BGBl I 2557), die ohne wesentliche
Änderung Gesetzeskraft erlangt hat, hat die Bundesregierung näm-
lich dargelegt, daß der Anspruch auf Alg künftig, wie hier zu
betonen ist, i m m e r dann ruhen soll, wenn der Arbeitneh-
mer gegen Zahlung einer Abfindung ohne Einhaltung der Kündi-
gungsfrist des Arbeitgebers ausgeschieden ist, und eine Ausnahme
a l l e i n dann zu gelten hat, wenn der Arbeitgeber das Ar-
beitsverhältnis fristlos hätte kündigen können, weil in diesen
Fällen eine gezahlte Abfindung 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 ange-
fügten Satz 4 ergibt. Nach dieser Vorschrift, die auf den An-
spruch des Klägers allerdings noch keine Anwendung findet, ist
nämlich, auch wenn die nach Arbeitsrecht maßgebliche Kündigungs-
frist kürzer ist, bei der Prüfung der Frage, ob eine Abfindung
zum Ruhen des Alg führt, eine Kündigungsfrist von einem Jahr an-
zusetzen, 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 Arbeitsver-
hältnis durch Kündigung hätte beenden können, ist nicht sachwid-



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



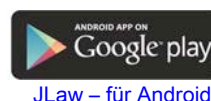
-18-

rig. Abfindungen, die an Arbeitnehmer gezahlt werden, die nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, enthalten nicht durchweg nur Entschädigungen für soziale 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 gewährt wird, der aus einem in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden Grunde seinen Arbeitsplatz verliert, in 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 unkündbare Arbeitnehmer, der gegen Abfindung aus seinem Arbeitsverhältnis ausscheidet, wird, wenn seine Abfindung zum Ruhen von Alg führt, somit nicht ohne Grund 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 Vollendung des 35. Lebensjahres um je fünf vH bis auf 30 vH vermindert wird. Nach erneuter Überprüfung hält

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
[\(mobile App\)](#)



der Senat daher nicht an der in den Urteilen vom 17. Februar 1981 - 7 RAr 90/79 und 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 Betriebsstillegung 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 somit § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 3 AFG auch nicht entsprechend angewendet werden, hat der Senat nicht zu prüfen, ob das LSG den Begriff des wichtigen Grundes iS des § 626 BGB richtig angewandt hat. Ob der Anspruch auf Alg, wie die Beklagte angenommen hat, wegen der Abfindung bis zum 30. Mai 1981 ruht, richtet sich, da dieser Tag innerhalb der Jahresgrenze des § 117 Abs 2 Satz 3 AFG und innerhalb der sechs Monate des § 117 Abs 3 Satz 1 AFG liegt, nach § 117 Abs 3 Satz 2 Nr 1 und Satz 3 AFG. Danach ruht der Anspruch auf Alg nicht über den Tag hinaus, an dem der Arbeitslose bei Weiterzahlung des während der letzten Beschäftigungszeit kalendarisch 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. Bis wann der Kläger nach dem 31. Dezember 1980 bei Weiterzahlung des bis zuletzt erzielten Arbeitsentgelts einen Betrag in Höhe von 30 vH der Abfindung, das heißt 21.019,53 DM erzielt hätte, kann jedoch nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden, denn was



-20-

der Kläger in den am Tage des Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis zuletzt abgerechneten Lohnabrechnungszeiträumen, die insgesamt mindestens 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassen, kalendertäglich verdient hat, hat das LSG nicht festgestellt.

Da es dem Senat verwehrt ist, diese Feststellungen selbst zu treffen, muß das angefochtene Urteil gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG aufgehoben und die Sache an das LSG zurückverwiesen werden. Dieses wird die erforderlichen Feststellungen nachzuholen und erneut zu entscheiden haben, und zwar auch über die im Revisionsverfahren entstandenen Kosten.

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
[\(mobile App\)](#)

