

Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28.3.1985 –2 AZR 113/84 - Zum außerordentlichen Kündigungsrecht trotz Unkündbarkeit [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1987. "Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28.3.1985 –2 AZR 113/84 - Zum außerordentlichen Kündigungsrecht trotz Unkündbarkeit [Urteilsanmerkung]." *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA)*, no. § 626 n.F. BGB Nr. 96 (142/164, 1987): 455–456h.



ansprüche aufgrund eines Sozialplans entstehen. Die Arbeitnehmer, deren ordentliche Kündigung durch Tarifvertrag ausgeschlossen ist, erhalten dann insgesamt geringere Leistungen, weil ihr Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, es sei denn, bei der Vereinbarung der Höhe der Abfindungen werde das Ruhen des Arbeitslosengeldes bereits mitberücksichtigt.

Das ändert aber nichts an der Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung unter Einhaltung der tarifvertraglichen Kündigungsfrist.

Anmerkung

Der Entscheidung ist in ihren wesentlichen Aussagen zuzustimmen.

1. Dies gilt insbesondere für die Zubilligung des außerordentlichen Kündigungsrechtes ungeachtet der auch vom BAG herausgestellten Ausgangslage, daß die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsstillegung grundsätzlich nur durch ordentliche Kündigung — aus betriebsbedingten Gründen — beendet werden können. Auf den ersten Blick mag es allerdings widersprüchlich erscheinen, wenn dem Personenkreis, der nach dem Willen der Tarifvertragsparteien in seinem Arbeitsverhältnis einen erhöhten Bestandsschutz genießen soll, unter erleichterten Bedingungen außerordentlich gekündigt werden kann. Dies scheint seinen verbesserten Schutz vor ordentlichen Kündigungen zu entwerten — ja schon fast in sein Gegenteil zu verkehren, wenn man bedenkt, daß es dem BAG nur mit Mühe gelingt, diesem tariflich begünstigten Personenkreis wenigstens die für die ordentliche Kündigung zu beachtende Kündigungsfrist zu retten. Zur Rechtfertigung dieser Rechtsprechung ist aber folgendes zu verdeutlichen:

a) Der erleichterte Zugang zur außerordentlichen Kündigung bei ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitsverhältnissen ist in der gesetzlichen Abwägungsformel des § 626 Abs. 1 BGB selbst angelegt. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile ist darüber zu befinden, ob „die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses“ noch zugemutet werden kann. Es ist für die außerordentliche fristlose Kündigung nicht schlechthin nach der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses zu fragen. Vielmehr kann nach dem Gesetz diese Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit nur in Relation zu der Belastung gesehen werden, die dem Kündigungsberechtigten bei Ingebrauchnahme des ordentlichen Beendigungsbehelfes aus der dann noch zu beachtenden Bindung an das Arbeitsverhältnis

noch treffen würde. Daß die Belastung desto größer ist, je länger die ordentliche Kündigungsfrist läuft und daß sie ihre Spitze erreicht, wenn ein Arbeitsverhältnis ordentlich nicht mehr kündbar ist, läßt sich kaum in Zweifel ziehen. Wollte man nur auf diese Belastung abstellen, müßte also eine Erschwerung der ordentlichen Kündigung automatisch zu einem erleichterten Zugriff auf die außerordentliche Kündigung führen.

Allerdings kann es bei den kündigungsgeschützten Arbeitnehmern nicht dabei bleiben, bei der Abwägung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB allein die Tatsache der Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in die Waagschale zu werfen. Es muß auch berücksichtigt werden, daß der arbeitsvertragliche Status dieser Arbeitnehmer damit verbessert, der Bestandsschutz in ihren Arbeitsverhältnissen erhöht werden sollte. Dies muß sich der Arbeitgeber auch bei der Abwägung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB entgegenhalten lassen, und zwar bei der Prüfung, was ihm als Belastung zumutbar ist. Das dem Arbeitgeber Zumutbare ist nicht für alle Arbeitsverhältnisse gleich zu bewerten. Es kann immer nur aus der Abwägung einer Vielzahl hereinwirkender Gesichtspunkte gewonnen werden, z. B. ist anerkannt, daß über das Gewicht eines bestimmten Fehlverhaltens letztlich nur auf dem Hintergrund der Dauer der Betriebszugehörigkeit befunden werden kann. So kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Erschwerung sowie der Ausschluß der ordentlichen Kündigung dem länger dienenden bzw. älteren Arbeitnehmer von Arbeitgeberseite bzw. den Tarifvertragsparteien als soziale Sicherungsmaßnahme zgedacht waren. Dies kann nun nicht bedeuten, daß damit der Rückgriff auf die außerordentliche Kündigung allein schon deshalb ausgeschlossen wäre, weil sich die Arbeitgeberseite der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung durch tarifliche oder arbeitsvertragliche Regelung selbst begeben hat — die zeitlich unbegrenzte oder auf das Erreichen der Altersgrenze bezogene Fortführung des Arbeitsverhältnisses ist nicht schon deshalb in jedem Falle zumutbar. In die Zumutbarkeitsprüfung ist dieser Gesichtspunkt jedoch mit einzubeziehen. Dies liegt durchaus im Rahmen der vom BAG zum Kündigungsrecht entwickelten Gesamtkonzeption, die vom Erfordernis der Interessenabwägung ausgeht und die es immer wieder betont hat.

b) Die mit vorstehender Entscheidung weiterhin offengehaltene Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung führt deshalb keineswegs zu einem Entzug des den Arbeitnehmern eingeräumten erhöhten Bestandsschutzes. Es wird nur verdeutlicht, daß beiderseitige Interessen zu berücksichtigen sind. Die tarifli-

che Unkündbarkeitsregelung kann für den Arbeitnehmer nicht bedeuten, jeglicher Rücksichtnahme auf die Arbeitgeberbelange enthoben zu sein. Die wirtschaftliche Ausgangssituation im vorstehend entschiedenen Fall läßt sich aufgrund der tatsächlichen Angaben nicht abschließend beurteilen. Wenn jedoch der Arbeitgeber — worauf im vorstehenden Fall die Äußerungen des BAG hindeuten — aus wirtschaftlichen Gründen nicht umhin kann, im Interesse der Sicherung des Unternehmens einen Betrieb stillzulegen und die Unternehmenstätigkeit auf einen anderen Betrieb zu konzentrieren, trifft auch die Arbeitnehmer eine Obliegenheit (keine Rechtspflicht!), bei der notwendigen, im Interesse des Unternehmenserhaltes unvermeidlichen Umstrukturierung durch eine entsprechende Bereitschaft zur Umgestaltung auch ihrer Arbeitsbeziehungen mitzuwirken. Weniger denn je gibt es heute angesichts technologischen Umbruchs und weltweiter Konkurrenz auf den Märkten unternehmerische Besitzstände. Wenn ungeachtet dessen Arbeitnehmern gleichwohl arbeitsvertragliche Besitzstände in Form der Unkündbarkeit eingeräumt werden, läßt sich dies wirtschaftlich nur durchstehen, wenn die Arbeitnehmer bereit sind, veränderten Anforderungen, denen ihr Unternehmen ausgesetzt ist, durch entsprechende Flexibilität und Mobilität Rechnung zu tragen. Die Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses liegt für den Arbeitgeber im vorstehenden Fall nicht schon allein darin, daß die Arbeitnehmer in ihrem alten Betrieb nicht mehr beschäftigt werden konnten, sondern daß sie sich, geht man von den wenigen Sachverhaltsangaben der obigen Entscheidung aus, schlechthin ohne jede Anpassungsbereitschaft geweigert haben, einer Änderung des Einsatzortes zuzustimmen. Auch der Kläger sah es offensichtlich als selbstverständlich an, daß der Arbeitgeber entweder die existenznotwendige Umsrukturierung unterläßt oder diese zwar durchführt, aber dadurch wirtschaftlich entwerten lassen muß, daß er den im stillgelegten Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern ohne Beschäftigungsmöglichkeit den Lohn jahrelang weiter zu entrichten hat. Das BAG verlangt in seiner Kündigungsrechtsprechung zu Recht, daß der Arbeitgeber vor der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses alle Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen ausschöpft und zur Kündigung nur als ultima ratio greift. Für Arbeitsverhältnisse nicht mehr kündbarer Arbeitnehmer gilt diese Verpflichtung des Arbeitgebers, alle anderweitigen Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung auszuschöpfen, im besonderen Maße, da unter dem strengeren Maßstab des § 626 Abs. 1 BGB zu urteilen ist. Es muß, wenn solche Möglichkeiten zur Umsetzung nicht bestehen, innerhalb gewisser Toleranzen auch die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses hingenommen werden, auch wenn die Arbeitnehmer nicht arbeitsmäßig einge-

setzt werden können. Wo die Grenze der dem Arbeitgeber zumutbaren Belastung verläuft, ist nur schwer zu entscheiden. Das BAG hat in einem Urteil vom 7. 6. 1984 (NZA 1985, S. 121) dem Arbeitgeber auch in einem solchen Falle die Kündigungsmöglichkeit zugestanden, da auch eine Unkündbarkeitsklausel nicht den Sinn haben könne, die Arbeitsvertragsparteien noch dann am Arbeitsvertrag festzuhalten, wenn infolge einer Betriebsstillegung die Beschäftigung des „unkündbaren“ Arbeitnehmers objektiv unmöglich geworden ist. Diese Entscheidung ist sicher nicht ganz unproblematisch — sie muß als Ausfluß der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die insoweit auch § 626 BGB bestimmt, gesehen werden, und ist vor allem im Hinblick darauf gerechtfertigt, daß die Unkündbarkeit in der Regel nicht arbeitsvertraglich vom Arbeitgeber zugesagt wird, sondern aufgrund tariflicher Regelung dem Arbeitgeber aufgelastet wird. Die Grenze des dem Arbeitgeber nach § 626 BGB Zumutbaren ist aber überschritten, wenn Arbeitnehmer sich weigern, an einem anderen Einsatzort vergleichbare Aufgaben zu übernehmen. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung verfestigt sich eine dem Arbeitnehmer übertragene Tätigkeit relativ schnell zu der arbeitsvertraglich geschuldeten, ebenso der Ort der Arbeitsleistung zum arbeitsvertraglich bedungenen Erfüllungsort. Jede Änderung bedarf dann der Abänderung des Arbeitsvertrages, d. h. der Zustimmung des Arbeitnehmers. Die darin liegende Beschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers dient dem Schutz des Arbeitnehmers vor einseitiger (Fremd-)Bestimmung durch den Arbeitgeber, also der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Arbeitnehmers und hat insoweit einen guten Sinn. Sie darf aber nicht zugleich als Grenze der Kooperationspflicht des Arbeitnehmers gesehen werden. Sich auf die daraus erwachsene arbeitsvertragliche Position zu versteifen und jede erforderliche Änderung des Inhalts des Arbeitsverhältnisses abzulehnen, ist vom Sinn dieser Rechtsprechung nicht gedeckt. Je mehr den Arbeitnehmern Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis zuteil wird, um so mehr müssen sie auch bereit sein, das Arbeitsverhältnis den betrieblichen Erfordernissen anpassen zu lassen. Beschäftigung und die Gegenleistung Lohn können langfristig nur dort und dann gefordert werden, wo der Unternehmer Arbeit beschaffen kann; mit dem Gedanken des Unternehmer- bzw. Betriebsrisikos können allenfalls kurzfristig Beschäftigungslücken überbrückt werden. Dem Sinn des Arbeitsverhältnisses entspricht es, für Arbeitsleistungen an dem Ort und zu dem Zeitpunkt bereit zu sein, zu dem der Arbeitgeber Beschäftigung bieten kann. Flexibilisierung ist weit über die Spielräume hinaus gefordert, über die die Tarifvertragsparteien derzeit verhandeln. Dabei geht es nicht um eine Ermächtigung

des Arbeitgebers zu willkürlicher oder nachlässiger Unternehmensgestaltung, sondern um die Gewinnung der für die wirtschaftlichen Anpassungsprozesse erforderlichen Spielräume.

c) Im Ergebnis entspricht die Abwägung, die vorstehender Entscheidung zugrunde liegt, der bisherigen Rechtsprechung des BAG. Bereits in einer Entscheidung vom 8. 10. 1957 (AP Nr. 16 zu § 626 BGB) hatte das BAG für den Fall einer erforderlichen Betriebsstillegung die außerordentliche Kündigung auch unkündbarer Arbeitsverhältnisse unter der Voraussetzung der Abwägung aller für den Einzelfall in Betracht kommenden Umstände zugelassen. Im Urteil vom 7. 6. 1984 (NZA 1985, S. 121) wurden zwar, wie in vorstehender Entscheidung erwähnt, Bedenken gegen die Zulassung der außerordentlichen Kündigung geäußert; der vom Senat damals angebotenen Lösung lag aber die gleiche Bewertung des Interessenkonfliktes zugrunde wie in der früheren und der neuesten Entscheidung, und sie führte auch zu gleichen Ergebnissen — dem Arbeitgeber wurde für den Fall der Betriebsstillegung die Beendigung der Arbeitsverhältnisse unter Einhaltung der für die ordentlichen Kündigungen geltenden Fristen zugestanden. Der Senat wählte damals allerdings nicht den Weg über die entsprechend befristete außerordentliche Kündigung, sondern die Rechtsanalogie zu § 15 Abs. 4 KSchG. Im Ergebnis läuft dies auf das gleiche hinaus. Es geht nur um einen anderen konstruktiven Weg. Die Notwendigkeit der Lösbarkeit der Arbeitsverhältnisse der ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmer wurde in der Entscheidung vom 7. 6. 1984 sogar noch klarer herausgestellt als in dem vorstehend abgedruckten Urteil.

2. Daß der Weg über die Analogie zu § 15 Abs. 4 KSchG so schlecht nicht war, zeigt sich nicht nur in der Frage der Kündigungsfrist, sondern auch bei der nur recht mühsamen Bewältigung der mit § 626 Abs. 2 BGB aufgeworfenen Problematik. Mit der kurzen Befristung der Kündigungsmöglichkeit nach § 626 Abs. 2 BGB geht es dem Gesetzgeber darum, die vom Kündigenden behauptete Unzumutbarkeit auf die Probe zu stellen; wenn der Kündigende behauptet, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sei ihm aus wichtigem Grund nicht zumutbar, muß er sich auch innerhalb der Zweiwochenfrist darüber klar werden und dies dem Vertragspartner gegenüber deklarieren können. Diese Regelung ist erkennbar auf den Fall arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen zugeschnitten, die nicht erst später, wenn der Vertragspartner mit einer Sanktion gar nicht mehr rechnet, vielleicht sogar aus ganz anderem Anlaß geltend gemacht werden können. Bei der außerordentlichen Kündigung unkündbarer Arbeitnehmer we-

gen Betriebsstillegung muß es, nicht anders als im Falle des § 15 Abs. 4 KSchG, darum gehen, das Arbeitsverhältnis so lange weiterzuführen, wie eine Beschäftigung noch irgend möglich ist. Nach § 15 Abs. 4 KSchG ist deshalb die Kündigung überhaupt nur „frühestens zum Zeitpunkt der Stillegung“ zulässig. Nach allgemeiner Meinung muß dabei zum einen die für die Arbeitnehmer geltende ordentliche Kündigungsfrist eingehalten werden, zum anderen als Termin für die Auflösung der Arbeitsverhältnisse der Zeitpunkt der tatsächlichen Betriebsstillegung berücksichtigt werden. Wenn dafür zunächst ein bestimmter Termin vorgesehen war, sich die Stillegung jedoch aus welchen Gründen auch immer dann tatsächlich verzögert, greift die Kündigung nicht zu dem ursprünglich genannten, sondern erst zu dem Termin der tatsächlichen Stillegung (siehe KR-Etzel, § 15 KSchG Rz. 102). Dies wäre auch für den Fall der tariflich unkündbaren Arbeitnehmer eine erwägenswerte Lösung. Es ließe sich damit auch die aus § 626 Abs. 2 BGB resultierende Schwierigkeit überwinden. Das BAG möchte die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB deshalb nicht bereits mit dem Stillegungsbeschluß des Arbeitgebers anlaufen lassen, weil der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt noch nicht „mit Sicherheit“ weiß, wann der Betrieb tatsächlich stillegen wird. Das BAG möchte offensichtlich vermeiden, daß zu diesem frühen Zeitpunkt außerordentlich, wenn auch mit Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist, gekündigt wird mit dem Ergebnis, daß die Arbeitsverhältnisse als Folge dessen unter Umständen schon vor dem Zeitpunkt der tatsächlichen Stillegung enden. Das BAG kann aber kaum verlangen, daß der Arbeitgeber die Kündigung erst dann erklärt, wenn die Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigt werden können, denn es müssen die unter Umständen über Monate laufenden Kündigungsfristen eingehalten werden. Das BAG läßt auch zu, daß die Kündigungen bereits längst vor Wegfall der tatsächlichen Beschäftigungsmöglichkeit ausgesprochen werden, wie der vorstehend abgedruckte Fall zeigt. Es soll nur die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB so lange nicht zu laufen beginnen als die Beschäftigung der Arbeitnehmer noch möglich ist. Das spätere Anlaufen der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB dient zweifellos dazu, den Arbeitgeber nicht zu einer frühzeitigen Kündigungserklärung und einer entsprechend frühzeitigen Beendigung der Arbeitsverhältnisse zu zwingen. Dieses spätere Anlaufen der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist unter Vertrauensschutzgesichtspunkten auch völlig unbedenklich, denn anders als bei arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen können die Arbeitnehmer bei beschlossener Betriebsstillegung nicht darauf vertrauen, daß der Arbeitgeber sie auf Dauer weiterbeschäftigen würde, wenn er nicht innerhalb von zwei

Wochen nach Beschlußfassung über die Betriebsstillegung die Kündigung erklärt. Es bleiben allerdings die Schwierigkeiten der richtigen Einschätzung des Zeitpunkts der tatsächlichen Betriebseinstellung und einer entsprechenden Terminierung der Kündigungen. Mit einer analogen Anwendung des § 15 Abs. 4 KSchG stünde das wünschenswerte flexible Kündigungsmodell zur Verfügung. Der Einwand, der nach Meinung des BAG der „erwogenen Rechtsanalogie“ entgegensteht, erscheint keineswegs schlüssig. Sicher wird mit § 15 Abs. 4 KSchG die ordentliche Kündigung der Betriebsratsmitglieder geregelt, und ist die ordentliche Kündigung durch Tarifvertrag für bestimmte begünstigte Arbeitnehmergruppen ausgeschlossen (so die Argumentation des BAG vorstehend III 2 b). Die ordentliche Kündigung ist aber auch durch § 15 Abs. 1 KSchG gegenüber Betriebsratsmitgliedern zunächst generell ausgeschlossen. § 15 Abs. 4 KSchG bringt hiervon eine Ausnahme zur Bewältigung der Sondersituation bei Betriebsstillegungen. Analoge Anwendung des § 15 Abs. 4 KSchG für den Bereich tariflicher Unkündbarkeit würde nur bedeuten, daß auch für diesen Fall der ausgeschlossenen Kündigung eine Ausnahme zugelassen würde. Natürlich ist die Frage, ob mit Analogie gearbeitet werden darf, solange zureichende Ergebnisse bereits über Gesetzesanwendung — hier des § 626 Abs. 1 BGB — erzielt werden können. Unüberwindliche Bedenken können sich daraus aber wohl nicht ergeben. Wenn schon die Notwendigkeit der Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen im Rahmen auch der außerordentlichen Kündigung anerkannt wird, dürfte es keine größeren Schwierigkeiten bereiten, das Kündigungsmodell des § 15 Abs. 4 KSchG in die außerordentliche Kündigung bei Betriebsstillegung hereinanzuziehen.

3. a) An der Einhaltung der für die ordentliche Kündigung geltenden Kündigungsfristen kommt man, auch wenn die Lösung allein über § 626 Abs. 1 BGB gefunden wird, keinesfalls vorbei. Wenn die länger dienenden Arbeitnehmer den tariflichen Sonderkündigungsschutz nicht hätten, wären sie im Falle der Betriebsstillegung ordentlich zu kündigen, hätten also einen entsprechenden fristmäßigen Schutz. An die außerordentliche Kündigung der tariflich geschützten Arbeitnehmer sind zwar — auch im Falle der Betriebsstillegung — strengere Anforderungen zu stellen als an die soziale Rechtfertigung bei einer ordentlichen Kündigung aus betriebsbedingten Gründen. Gleichwohl könnte dies die im Entzug der Kündigungsfristen liegende Schlechterstellung dieses Personenkreises nicht rechtfertigen, denn die Begünstigung, die in der Anwendung eines strengeren an die Kündigungsgründe anzulegenden Maßstabes liegt, steht den Ar-

beitnehmern nach dem Sinn der tariflichen Regelung zu, ohne daß sie durch den Verlust der Kündigungsfristen kompensiert werden müßte oder auch nur dürfte.

b) Zutreffend ist auch, die maßgeblichen Kündigungsfristen aus den arbeitsrechtlichen Gesetzen sowie arbeitsvertraglichen/tarifvertraglichen Vereinbarungen und nicht aus § 117 AFG zu entnehmen. Daß § 117 Abs. 2 Satz 3 AFG selbst nicht die Regelung einer Kündigungsfrist für ordentliche Kündigungen beinhaltet, ist als Ausgangspunkt klar. In seiner ersten Alternative behandelt die Bestimmung das ordentlich nicht mehr kündbare Arbeitsverhältnis, in der zweiten Alternative nimmt sie auf die nach Arbeitsrecht geltenden Kündigungsfristen Bezug. Da sich allerdings das Erfordernis der Einhaltung der Kündigungsfrist auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung nicht aus der Kündigungsnorm des § 626 Abs. 1 BGB ergibt, sondern sich nur über die vorzunehmende Interessenabwägung rechtsfortbildend gewinnen läßt, ist es nicht schlechthin ausgeschlossen, sich zur Sicherstellung billiger Ergebnisse (im Hinblick auf die Versorgung des Arbeitnehmers) an den Fristen zu orientieren, die für die Gewährung des Arbeitslosengeldes maßgebend sind. Näherliegend, weil systemgerechter ist jedoch zweifellos, auf die ordentlichen Kündigungsfristen abzustellen. Auch insoweit ist also dem BAG zuzustimmen.

4. Nicht überzeugen kann allerdings die vom BAG dann noch angefügte Erläuterung zur Reichweite des durch § 117 AFG verfügten Ruhens des Anspruchs auf Arbeitslosengeld. Die Stellungnahme hierzu war angesichts der klaren und zutreffenden Aussage, daß aus der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmung des § 117 AFG nicht auf die zu beachtenden arbeitsrechtlichen Kündigungsfristen rückgeschlossen werden kann (siehe vorstehend Ziff. 3 b), schon gar nicht mehr erforderlich; es wird auch nicht deutlich, weshalb sich das BAG noch mit der Frage befaßt, wie § 117 Abs. 2 und 3 AFG auszulegen sind und ob der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht. Erkennbar wird immerhin, daß das BAG im Anschluß an eine Entscheidung des BSG (Urteil vom 12. 12. 1984, NZA 1985, S. 508) ein Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld gemäß § 117 Abs. 2, 3 Satz 2 Ziff. 3 AFG bis zu der sich aus § 117 Abs. 3 Satz 1 und 2 Ziff. 1 AFG ergebenden Grenze annimmt. Das BAG möchte offensichtlich deutlich machen, daß selbst diese damit für die tariflich geschützten Arbeitnehmer verbundenen Nachteile in der Arbeitslosenversicherung nicht Anlaß geben können, die Zubilligung des außerordentlichen Kündigungsrechts bei Betriebsstillegung in Frage zu stellen.

Die in der Sache selbst zur Auslegung des § 117 AFG vertretene Stellungnahme erscheint mir allerdings ebenso wie die entsprechende Bewertung des BSG verfehlt. Beide Gerichte gehen davon aus, daß im Falle einer außerordentlichen Kündigung wegen Betriebsstillegung eine vom Arbeitgeber auf der Grundlage eines Sozialplans gewährte Abfindung zum Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs führt. Dabei wird maßgeblich darauf abgestellt, daß § 117 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AFG das Ruhen nur ab dem Tag ausschließt, zu dem der Arbeitgeber „das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hätte kündigen können“. Weil im zu entscheidenden Fall zwar aus wichtigem Grund, aber nicht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist außerordentlich gekündigt worden war, greife dieser Ruhens-Beendigungstatbestand nicht. Vorweg, d. h. bevor die Frage nach der *Beendigung* des Ruhens gestellt wird, wäre allerdings zu prüfen gewesen, ob es überhaupt *zum Ruhen* des Arbeitslosengeldanspruchs *kam*. Das BAG geht hierauf überhaupt nicht ein. Das BSG verweist nur kurz darauf, daß das Arbeitsverhältnis „zeitlich unbegrenzt nicht mehr im Wege einer ordentlichen Kündigung beendet werden konnte“. Darauf stellt der Ruhenstatbestand des § 117 Abs. 2 Satz 1 AFG jedoch gar nicht ab. Maßgeblich ist danach vielmehr, daß das Arbeitsverhältnis „ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet worden“ ist. Dies ist im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben, vielmehr mußte der Arbeitgeber die ordentliche Kündigungsfrist wahren und hatte sie auch gewahrt. Auf Satz 3 des § 117 Abs. 2 AFG ist deshalb, da bereits die Voraussetzung des Satzes 1 fehlt, gar nicht mehr zurückzugreifen.

BSG wie BAG legen § 117 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AFG streng nach seinem Wortlaut aus und kommen deshalb dazu, eine Beendigung des Ruhens trotz der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit (wegen der einzuhaltenden Frist) abzulehnen. Dann muß aber mindestens mit gleichem Recht auch § 117 Abs. 2 Satz 1 AFG in seinem Wortlaut berücksichtigt werden. Es wird dort nicht auf den *Ausspruch* der *ordentlichen Kündigung*, sondern auf die *Einhaltung* der ordentlichen Kündigungsfrist abgestellt.

Die dem Wortlaut gemäße Auslegung führt auch zu sachgerechten Ergebnissen. Das BAG betont zu Recht, daß § 117 AFG ausschließen will, daß ein Arbeitnehmer für denselben Zeitraum sowohl Arbeitsentgelt als auch Arbeitslosengeld erhält. Mit ihm soll verhindert werden, daß sich der Arbeitnehmer den ihm zustehenden arbeitsvertraglichen Betandsschutz vom Arbeitgeber abkaufen läßt und gleichzeitig die Arbeitslosenversicherung in Anspruch nimmt. Die Regelung zielt gegen die Arbeitnehmer,

die Abfindungszahlungen als Gegenleistung für eine vorzeitige Beendigung der Arbeitsverhältnisse (mittels Aufhebungsvereinbarungen oder Hinnahme unwirksamer Kündigungen) erzielen. In diesem Fall muß die Abfindung als teilweise Abgeltung zustehender Lohnansprüche gewertet werden. Der Arbeitnehmer mit besonderem tariflichem Kündigungsschutz, dem bei Betriebsstillegung außerordentlich, aber nur unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt werden kann, gibt nicht freiwillig arbeitsvertragliche Positionen auf. Er verdient arbeitslosengeldrechtlich keine andere Behandlung als der nicht unter tariflichen Kündigungsschutz fallende Arbeitnehmer, dem ordentlich gekündigt wird. Die vom BAG und BSG vertretene Auslegung des § 117 Abs. 2 und 3 AFG führt, wie das BAG selbst zugesteht, dann zu einer Schlechterstellung des tariflich geschützten Arbeitnehmers, wenn ein Sozialplan für kündigungsgeschützte wie nicht kündigungsgeschützte Arbeitnehmer die gleichen Abfindungsbeträge vorsieht. Dies ist aber ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Ergebnis, zu dem es allein deshalb kommt, weil nicht hinreichend auf den Ausgangstatbestand des § 117 Abs. 2 Satz 1 AFG geachtet wird. Erwartet wird vom BAG, daß die Betriebsparteien bei der Vereinbarung der Höhe der Abfindungen das Ruhen des Arbeitslosengeldes bereits mit berücksichtigen — ein recht verwegenes Begehren. Wenn die Betriebsparteien für Arbeitnehmer mit besonderem tariflichem Kündigungsschutz höhere Abfindungen vorsehen als für die übrigen Arbeitnehmer, soll dies dem Ausgleich dafür dienen, daß diese Arbeitnehmer mit dem Verlust ihrer Kündigungsschutzposition eine schwerere Einbuße erleiden als die übrigen Arbeitnehmer, es soll aber nicht einen Zugriff der Bundesanstalt ausgleichen. Das BAG hat bei seinen kündigungsrechtlichen Ausführungen, nicht zuletzt auch in der Entscheidung vom 7. 6. 1984, anschaulich und überzeugend dargestellt, warum auch die Arbeitnehmer mit verstärktem tariflichem Kündigungsschutz bei Betriebsstillegungen die Kündigung hinnehmen müssen. Bei der Auslegung des § 117 Abs. 2, 3 AFG muß daraus die Konsequenz gezogen werden. Die Arbeitnehmer mit tariflichem Kündigungsschutz müssen auch arbeitslosengeldrechtlich als kündbar anerkannt werden.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg