

Verfassungsrechtliche Probleme der AFG-Reform

Anrechnung von Entlassungsentschädigungen auf das Arbeitslosengeld und „Vorrang“ von Zeitguthaben gegenüber dem Anspruch auf Kurzarbeitergeld

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A Sachverhalt

Am 18. 6. 1996 haben die Fraktionen der CDU/CSU und der FDP im Deutschen Bundestag den „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung“ (AFRG) vorgelegt.¹⁾

Nach Art. 1 des Entwurfs soll die Arbeitsförderung grundsätzlich neugestaltet in insgesamt 434 Paragraphen niedergelegt und als Buch III ins Sozialgesetzbuch aufgenommen werden. Gemäß Art. 85 Abs. 1 des Entwurfs soll dies ab 1. 1. 1998 gelten.

Art. 10 enthält Änderungen des geltenden AFG, die gemäß Art. 85 Abs. 3 des Entwurfs am 1. 1. 1997 in Kraft treten sollen.

1. Die Anrechnungsregelung

Art. 10 Nr. 14 schlägt für die Zeit ab 1. 1. 1997 einen neuen § 115a AFG vor, der wie folgt lauten soll:

- „(1) Eine Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung (Entlassungsentschädigung), die der Arbeitslose wegen der Beendigung des Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses erhalten oder zu beanspruchen hat, wird auf die Hälfte des Arbeitslosengeldes angerechnet, soweit sie den Freibetrag überschreitet. Leistungen, die der Arbeitgeber für den Arbeitslosen, dessen Arbeitsverhältnis frühestens mit Vollendung des 55. Lebensjahres beendet wird, unmittelbar für dessen Rentenversicherung zum Ausgleich von Renterminderungen bei vorzeitiger Inanspruchnahme einer Rente wegen Alters aufwendet, bleiben unberücksichtigt. Satz 2 gilt entsprechend für Beiträge des Arbeitgebers zu einer berufsständischen Versorgungseinrichtung.
- (2) Der Freibetrag der Entlassungsentschädigung beträgt 25 vom 100, bei Arbeitnehmern, die bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses das 50. Lebensjahr vollendet haben, 35 vom 100. Er erhöht sich für je 5 Jahre des Bestandes des Beschäftigungsverhältnisses nach Vollendung des 45. Lebensjahres des Arbeitnehmers um je 5 vom 100.
- (3) (Betrifft Ausschluß der Anrechnung, wenn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Tätigkeit von mindestens 360 Kalendertagen ein neuer Anspruch auf Arbeitslosengeld begründet wurde.)
- (4) Soweit der Arbeitslose die Entlassungsentschädigung tatsächlich nicht erhält, wird das Arbeits-

losengeld ohne Anrechnung der Entlassungsentschädigung gewährt....“

Durch Art. 10 Nr. 15 sollen die bislang geltenden Regelungen über die teilweise Anrechnung von Entlassungsentschädigungen im Falle der fristlosen Kündigung (§ 117 Abs. 2 bis Abs. 3a AFG) aufgehoben werden. Dasselbe ordnet Art. 10 Nr. 16 für den heute geltenden § 117a AFG an, der eine Anrechnung in den Fällen vorsieht, in denen wegen der vom Arbeitnehmer verschuldeten Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Sperrfrist verhängt wird. Nach Art. 10 Nr. 18 soll der bisher geltende § 128 AFG aufgehoben werden, wonach der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen der Bundesanstalt für Arbeit das von dieser bezahlte Arbeitslosengeld zu erstatten hat, wenn er die Verantwortung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines älteren Arbeitnehmers trägt.

Aus der amtlichen Begründung²⁾ wird deutlich, daß der vorgeschlagene § 115a AFG an die Stelle aller dieser Bestimmungen treten soll.

Die Begründung verweist des weiteren darauf, die Abfindungen würden „im wesentlichen“ einen Ausgleich für den Verlust des bisherigen Arbeitsplatzes und die sich daraus möglicherweise ergebende Arbeitslosigkeit beinhalten. Dem Arbeitnehmer sei es zuzumuten, einen Teil dieser „Entlassungsentschädigung“ für seinen Lebensunterhalt zu verbrauchen und insoweit die Versichertengemeinschaft nicht zu belasten.

Eine Anrechnung finde nicht statt, „soweit mit einer Abfindung soziale Besitzstände unabhängig vom Risiko der Arbeitslosigkeit, wie der Verlust der vertrauten Umgebung am Arbeitsplatz, der Abschied von Kollegen oder ein erforderlich werdender Umzug ausgeglichen werden sollen“. Der Verlust sozialer Besitzstände werde pauschaliert berücksichtigt; er sei im Freibetrag nach Abs. 2 enthalten. Da der Verlust sozialer Besitzstände bei älteren Arbeitnehmern und langer Betriebszugehörigkeit schwerer wiege, erhöhe sich der Freibetrag insoweit; beim Freisetzen älterer Arbeitnehmer vor dem vollendeten 60. Lebensjahr würden deshalb maximal 45 vom 100 der Abfindung anrechnungsfrei bleiben.

1) Wortlaut in BT-Drucksache 13/4941

2) BT-Drucksache 13/4941, S. 238

Art. 1 enthält als § 140 SGB III eine mit § 115a AFG wörtlich übereinstimmende Dauerregelung, die ab 1. 1. 1998 gelten soll. Die amtliche Begründung beschränkt sich insoweit mit einem Hinweis auf § 115a AFG.³⁾

Im folgenden soll daher allein § 115a AFG betrachtet werden.

II. Die Übergangsregelung

Art. 10 Nr. 30 sieht in Form eines neuen § 242x AFG eine Übergangsregelung vor. In ihrem Abs. 4 bestimmt sie:

„(4) Die §§ 106, 110 Satz 1 Nr. 1a, 117 Abs. 2, 3, 3a, 4 und 117a in der bis zum [Einsetzen: Tag vor Inkrafttreten des Art. 1] geltenden Fassung sind für Ansprüche auf Arbeitslosengeld weiterhin anzuwenden für Personen, die

1. innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem [Einsetzen: Tag des Inkrafttretens des Art. 10] in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden haben, oder

2. bis zum 14. Februar 1941 geboren sind und

a) am 14. Februar 1996 arbeitslos waren... oder

b) deren Arbeitsverhältnis aufgrund einer Kündigung oder Vereinbarung, die vor dem 14. Februar 1996 erfolgt ist, beendet worden ist und die daran anschließend arbeitslos geworden sind...

oder

3. bis zum 14. Februar 1944 geboren sind und aufgrund einer Maßnahme nach Art. 56 § 2 Buchstabe b des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl... aus einem Betrieb der Montanindustrie ausgeschieden sind.

4. Insoweit sind die §§ 106 und 115a in der vom [Einsetzen: Tag des Inkrafttretens des Art. 10] an geltenden Fassung nicht anzuwenden.“

Für die Zeit nach dem 1. 1. 1998 bestimmt der vorgeschlagene § 427 Abs. 6 SGB III, daß § 242x Abs. 4 AFG weitergelten solle. In der amtlichen Begründung zu § 242x Abs. 4 wird ausgeführt:

„Die Vorschrift gewährt bezüglich der Anspruchsdauer und der Berücksichtigung von Abfindungen beim Anspruch auf Arbeitslosengeld in den Fällen Bestandsschutz, in denen der Arbeitslose die Anwartschaftszeit erfüllt und damit eine nach Art. 14 des Grundgesetzes Eigentums geschützte Rechtsposition erworben hat. Der Bestandsschutz erstreckt sich neben den in Abs. 4 genannten Vorschriften auch auf Regelungen, die diese Vorschriften in Bezug nehmen.

Darüber hinaus werden auch die Personen in den Bestandsschutz einbezogen, die nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung eines gleitenden

Übergangs in den Ruhestand (BT-Drucksache 13/4336) gemäß § 237 Abs. 2 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch in der Fassung des Entwurfs Vertrauensschutz genießen.“

Die Rahmenfrist, innerhalb derer die 360 Kalendertage der Beschäftigung liegen müssen, beträgt nach dem heute geltenden § 104 Abs. 3 AFG drei Jahre.

III. Neuregelung des Kurzarbeitergeldes

Bezüglich des Kurzarbeitergeldes nimmt Art. 10 lediglich insoweit eine Änderung vor, als nach seiner Nr. 8 die Vorschrift des § 63 Abs. 4 AFG bis zum Jahr 2002 weitergelten soll. Mit Wirkung vom 1. 1. 1998 sieht jedoch Art. 1 einen neuen § 170 Abs. 4 SGB III vor, der wie folgt lauten soll:

„Ein Arbeitsausfall ist nicht vermeidbar, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern. Als vermeidbar gilt insbesondere ein Arbeitsausfall, der

1. überwiegend branchenüblich, betriebsähnlich oder saisonbedingt ist oder ausschließlich auf betriebsorganisatorischen Gründen beruht,

2. bei Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen oder

3. bei der Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen ganz oder teilweise vermieden werden kann.

Die Auflösung eines Arbeitszeitguthabens kann vom Arbeitnehmer nicht verlangt werden, soweit es

1. ausschließlich für eine vorzeitige Freistellung eines Arbeitnehmers vor einer altersbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmt ist,

2. zur Finanzierung einer Winterausfallgeld-Vorausleistung angespart worden ist,

3. den Umfang von 10 Prozent der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit eines Arbeitnehmers übersteigt oder

4. länger als ein Jahr unverändert bestanden hat.

In einem Betrieb, in dem eine Vereinbarung über Arbeitszeitschwankungen gilt, nach der mindestens 10 Prozent der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit für einen unterschiedlichen Arbeitsanfall eingesetzt werden, gilt ein Arbeitsausfall, der im Rahmen dieser Arbeitszeitschwankungen nicht mehr ausgeglichen werden kann, als nicht vermeidbar.“

3) BT-Drucksache 13/4941, S. 149 (zu § 140).

In der amtlichen Begründung wird ausgeführt, daß der erste Teil dieser Vorschrift einschließlich der Pflicht, im Rahmen des Zumutbaren Erholungsurlaub in Anspruch zu nehmen, der bisherigen Rechtslage entspreche.

Zum zweiten Teil der Vorschrift wird betont, es könne nicht in das Belieben von Arbeitnehmer und Betrieb gestellt werden, angespartes Arbeitszeitgut haben vor der Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld aufzulösen. Dieser Grundsatz werde in Abs. 4 Satz 3 aufgrund besonderer Interessenlagen der Arbeitnehmer durchbrochen. Satz 4 begünstige im übrigen Betriebe, in denen in einem bestimmten Mindestumfang Arbeitszeitschwankungen vereinbart seien. Es gelte dann die Annahme, daß in dem Betrieb alle betriebsorganisatorischen und urlaubsbezogenen zumutbaren Vorkehrungen getroffen wurden, um den Arbeitsausfall zu vermeiden.⁴⁾

IV. Verfassungsrechtliche Fragen

Zu allen drei Normkomplexen ergeben sich verfassungsrechtliche Probleme. Bei der Anrechnung von Entlassungsentschädigungen auf das Arbeitslosengeld ist insbesondere ein möglicher Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen. Näher dazu unten B I.

Bei der Übergangsregelung des § 242x AFG stellt sich gleichfalls das Problem, ob sie Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG genügt. Dazu unten B II.

Auch im Zusammenhang mit der Neuregelung des Kurzarbeitergeldes ist gleichfalls zu fragen, ob Art. 14 Abs. 1 GG verletzt ist. Außerdem stellt sich das Problem eines unzulässigen Eingriffs in die Tarifautonomie. Dazu unten B III.

Anschließend soll noch auf mögliche weitere verfassungsrechtliche Einwände hingewiesen werden, die gegen andere Teile des Entwurfs sprechen könnten. Dazu unten B IV.

B Rechtliche Würdigung

I. Die Anrechnung von Entlassungsabfindungen auf das Arbeitslosengeld

1. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG?

a) Sind Rechte betroffen, die von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind?

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG erfaßt die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht nur vermögenswerte Privatrechte. Vielmehr erstreckt sie sich auch auf öffentlich-rechtliche Positionen mit Vermögenswert, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Rechtsposition muß dem einzelnen nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts als „privatnüt-

zig“ zugeordnet sein. Sie muß zum zweiten auf „nicht unerheblichen“ Eigenleistungen des Rechtsträgers beruhen und sie muß zum dritten der Sicherung seiner Existenz dienen.⁵⁾

Im Falle des Arbeitslosengeldes werden diese Voraussetzungen vom BVerfG ausdrücklich bejaht.⁶⁾

Relevante Kritik ist nicht ersichtlich. Von Art. 14 Abs. 1 erfaßt sind dabei nicht nur die einzelnen fälligen Ansprüche, sondern „jedenfalls“ auch die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld, sofern die gesetzliche Wartefrist erfüllt ist.⁷⁾

Nicht weniger unproblematisch ist die Einbeziehung von Ansprüchen auf Entlassungsabfindung in die Eigentumsgarantie: Diese wird nach allgemeiner Auffassung nicht nur auf das Sacheigentum im Sinne des § 903 BGB, sondern auf alle vermögenswerten Privatrechte erstreckt. Dazu gehört auch der Anspruch auf Bezahlung einer vertraglich ausgehandelten oder durch Sozialplan festgelegten Abfindung. Dasselbe gilt dann, wenn das Arbeitsgericht nach den §§ 9, 10 KSchG das Arbeitsverhältnis auflöst und dadurch einen Abfindungsanspruch gegen den Arbeitgeber zur Entstehung bringt.⁸⁾

b) Vorliegen eines Eingriffs?

Die geplante Neuregelung greift in Rechte aus der Arbeitslosenversicherung (Ansprüche auf Zahlung und Anwartschaftsrechte) ein: Wer in Zukunft zwar alle Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld erfüllt, erhält gleichwohl nur einen erheblich geminderten Betrag ausbezahlt, sofern gegen den bisherigen Arbeitgeber ein Anspruch auf Entlassungsentschädigung besteht.

Auch der Anspruch auf Zahlung einer Abfindung wird beeinträchtigt: Zwar bleibt er formal bestehen, jedoch wird an seine Existenz der Wegfall einer ansonsten gewährten Versicherungsleistung geknüpft. Im wirtschaftlichen Ergebnis läuft dies auf dasselbe hinaus, wie wenn der Arbeitslose einen Teil seiner Abfindung an den Fiskus oder die Bundesanstalt für Arbeit abführen müßte.

c) Eingriffsvoraussetzungen

Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist dabei neben anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten.⁹⁾

4) BT-Drucksache 13/4941, S. 184.

5) So BVerfGE 69, 272, 300; 72, 9, 19; 74, 203, 217; 76, 220, 235; 92, 365, 405.

6) Grundlegend BVerfGE 72, 9, 19 ff.

7) So ausdrücklich BVerfGE 72, 9, 18; bestätigt in BVerfGE 92, 365, 405.

8) Vgl. BVerfGE 45, 142, 179, wonach auch die Förderung eines Verkäufers gegen den Käufer von Art. 14 Abs. 1 geschützt wird.

9) So etwa BVerfGE 74, 203, 214.

Dies bedeutet, daß eine Einschränkung der Eigentümerbefugnisse nur auf der Grundlage eines legitimen öffentlichen Interesses möglich ist.¹⁰⁾

Der Eingriff muß zur Erreichung dieses Interesses geeignet und erforderlich sein; weiter wird vorausgesetzt, daß die Eigentumsbindung den Betroffenen nicht übermäßig belasten und deshalb für ihn unzumutbar sein darf.¹¹⁾

d) Anwendung auf den konkreten Fall

Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Entlastung des Haushalts der Bundesanstalt für Arbeit stellt ein legitimes Ziel dar.¹²⁾

Die vorgesehene Anrechnungsregelung ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Grundsätzlich wird man auch die Erforderlichkeit bejahen können: die Frage, ob nicht an anderer Stelle und durch differenzierendere Formen der Belastung gespart werden kann, fällt in den Schutzbereich des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG und ist dort zu erörtern.¹³⁾

Das eigentliche Problem liegt im vorliegenden Zusammenhang in der Frage der unzumutbaren Belastung der Betroffenen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist auf seiten des Betroffenen auf die Schwere des Eingriffs und auf die Intensität des Vertrauensschutzes abzustellen. Im Rahmen der Arbeitslosenversicherung spielt weiter auch eine wesentliche Rolle, ob es sich um eine primäre Regel- und Pflichtleistung wie das Arbeitslosengeld handelt oder ob sonstige vermögenswerte Ansprüche wie das Unterhalts- und das Übergangsgeld in Rede stehen.¹⁴⁾

Von diesem Ausgangspunkt her hat das BVerfG die Kürzung des Unterhaltsgelds um 5 Prozent-Punkte (oder 7,35 Prozent der vorher gewährten Leistungen) als noch hinnehmbar qualifiziert.¹⁵⁾

In einer spezifischen Situation wurde auch eine Kürzung des Unterhaltsgelds um bis zu 30 Prozent als noch verfassungskonform angesehen, da es sich im konkreten Fall nicht um primäre Regel- und Pflichtleistungen der Arbeitslosenversicherung gehandelt habe und da der betroffene Personenkreis vorher ungewöhnlich stark begünstigt worden sei.¹⁶⁾

Die Zumutbarkeit wurde demgegenüber verneint, als das Anwartschaftsrecht auf Gewährung des Arbeitslosengelds dadurch vorübergehend entzogen wurde, daß die Anwartschaftszeit von 6 auf 12 Monate heraufgesetzt wurde: Selbst ein vorübergehender Ausschuß von einem Anspruch sei ein nicht hinzunehmender schwerer Eingriff.¹⁷⁾

Unzumutbar war es nach Auffassung des BVerfG auch, daß bei Verletzung der Meldepflicht durch den Arbeitslosen der Anspruch auf Arbeitslosengeld für zwei Wochen entfiel, es sei denn, es habe ein wichtiger Grund für die Nicht-Meldung bestanden: Auch bei weniger wichtigen Gründen wie Rechtsunkenntnis usw. sei die Verhängung einer so weitgehenden

Sanktion unzumutbar und deshalb unverhältnismäßig.¹⁸⁾

Im Falle der Erhöhung der Wartezeit für den Bezug des Arbeitslosengelds stellte das BVerfG weiter darauf ab, daß seit Schaffung der Arbeitslosenversicherung die Anwartschaftszeit immer sechs Monate betragen habe, so daß ein besonders intensiver Vertrauensschutz entstanden sei.¹⁹⁾

In der Tat ist ein Abgehen von jahrzehntelangen Traditionen für den einzelnen schwerer voraussehbar und in aller Regel auch ein Tatbestand, den man nicht in eine vorausschauende Planung (z. B. beim Abschluß von Versicherungen) einbezogen hat.

Wendet man diese Maßstäbe auf den vorliegenden Fall an, so ergeben sich folgende Konsequenzen.

Betroffen ist die zentrale Leistung aus der Arbeitslosenversicherung. Die „Eingriffstiefe“ ist beträchtlich, da das Arbeitslosengeld auf die Hälfte gekürzt wird, bis – je nach Alter und Dauer der Betriebszugehörigkeit des Betroffenen – 75–55 Prozent der Abfindung „verbraucht“ sind. Das dem einzelnen abverlangte Opfer ist beträchtlich. Außerdem liegt in der geplanten Neuregelung eine Abweichung von einer Grundstruktur des bisherigen Rechts: Daß derjenige, der für den Verlust seines Arbeitsplatzes eine Abfindung erhielt, dadurch keine Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld erleiden sollte, war allgemeiner Konsens und millionenfach geübte Praxis. Die Ausnahmen des § 117 AFG (fristlose Kündigung) und des § 117a AFG (verschuldete Auflösung des Arbeitsverhältnisses) bestätigten im Grunde nur die Regel – wer insbesondere aus betriebsbedingten Gründen gekündigt wurde oder auf Veranlassung des Arbeitgebers einen Aufhebungsvertrag schloß, sollte vollen Anspruch auf die Versicherungsleistung behalten. Gerade hierin lag die „Geschäftsgrundlage“ für fast alle bisherigen Formen von (legalem) Personalabbau. Seine relative „Sozialverträglichkeit“ beruhte gerade darauf, daß der Verlust des Arbeitsplatzes in einer Weise entschädigt werden konnte, die dem Betroffenen Erleichterung brachte und für die Unternehmen zumutbar war. Auf diese Regelung zu verzichten und eine Halbierung des Ar-

10) So etwa BVerfGE 72, 9, 23

11) So BVerfGE 72, 9, 23; bestätigt etwa in BVerfGE 74, 203, 214 und BVerfGE 76, 220, 238

12) So auch BVerfGE 76, 220, 238 für den Fall der Anfang der 80er Jahre vorgenommenen Kürzung von Unterhalts- und Übergangsgeld

13) Dazu unten 2.

14) So BVerfGE 76, 220, 243

15) BVerfGE 76, 220, 242

16) So BVerfGE 76, 220, 243 für den Fall, daß die Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Arbeitslosengelds bei Personen reduziert wurde, die bislang lediglich ihre Ausbildung abgeschlossen, aber noch nicht als Arbeitnehmer gearbeitet hatten und deren Arbeitslosengeld nach der Neuregelung immer noch höher als die Ausbildungsvergütung lag.

17) BVerfGE 72, 9, 24

18) BVerfGE 74, 203, 215 ff.

19) BVerfGE 72, 9, 24

beitslosengeldes hinzunehmen, ist für die Betroffenen unzumutbar.

Ein in diesem Sinne unzumutbarer Eingriff liegt nicht nur in bezug auf das Arbeitslosengeld, sondern zugleich hinsichtlich der vertraglichen oder durch gerichtliche Entscheidung geschaffenen Abfindungsansprüche vor. Dies ergibt sich daraus, daß an sie der Verlust von Sozialleistungen (d. h. der Hälfte des Arbeitslosengeldes) gerade dann geknüpft wird, wenn sie aus der sozialen Situation des Betroffenen heraus besonders notwendig sind: Wer im Anschluß an eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses sofort einen neuen Arbeitsplatz findet oder wer aus Altersgründen aus dem Erwerbsleben ausscheidet, kann die gesamte Abfindung anrechnungsfrei behalten, obwohl normalerweise eine deutlich geringere soziale Schutzbedürftigkeit besteht. Besonders deutlich wird dies, wenn die Abfindungen (etwa durch einen langfristig angelegten Rahmensozialplan) schon unter der Geltung des bisherigen Rechts fixiert wurden und die Abfindungen nach dem geplanten neuen Recht nunmehr (in durchaus wörtlich gemeintem Sinne) nur noch die Hälfte wert sind. Entscheidendes Moment für die Bejahung der Unzumutbarkeit ist aber die Tatsache, daß gerade die sozial schwächsten Empfänger der Abfindung mit finanziellen Einbußen belegt werden.

e) Bestätigung durch die BVerfG-Entscheidung zu § 117 AFG

Im Jahre 1976 hatte sich das BVerfG mit dem Problem zu befassen, ob die damals durch § 117 Abs. 2 AFG vorgesehene pauschale Anrechnung der Abfindung auf das Arbeitslosengeld in den Fällen der fristlosen Kündigung mit dem Grundgesetz vereinbar war.²⁰⁾

Abgesehen von Bedenken aus dem Gleichheitssatz, auf die im vorliegenden Zusammenhang noch zurückzukommen sein wird,²¹⁾ prüfte das BVerfG auch, ob nicht ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 vorlag. Dabei bestand allerdings die Besonderheit, daß damals der Eigentumsschutz von Anwartschaften aus der Arbeitslosenversicherung in der Rechtsprechung des BVerfG noch nicht anerkannt war. Dies – und der vorher festgestellte Verstoß gegen den Gleichheitssatz – erklären die relativ vorsichtige, wenngleich im Ergebnis eindeutige Rückschlüsse zulassende Formulierung des Gerichts. Im einzelnen wird zu dem hier interessierenden Problem ausgeführt (BVerfGE 42, 176, 190 f.):

„Ob die Vorschrift des § 117 Abs. 2 AFG auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 GG Bedenken begegnen könnte, mag hier offenbleiben. Insoweit könnte zu berücksichtigen sein, daß dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Beiträge zur Arbeitslosenversicherung für den Fall der Arbeitslosigkeit ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf die Zahlung von Arbeitslosengeld zusteht.“

Die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 blieb daher dahinstehend, die Prüfung hatte hypothetischen Charakter.²²⁾

Weiter heißt es in der entsprechenden Textpassage:

„Die Erfüllung dieses Anspruchs wird ihm aufgrund eines im gerichtlichen Vergleich privatrechtlich vereinbarten Anspruchs versagt. Dieser ihm vorenthaltene, von ihm erworbene Anspruch könnte, soweit er die Abfindung für soziale Besitzstände enthält, den sozialversicherungsrechtlichen Positionen, die jemand durch seinen Arbeitsvertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Daseinsvorsorge erlangt hat (vgl. BVerfGE 40, 65 [84]), vergleichbar sein. § 117 Abs. 2 AFG ist jedoch bereits aus den oben dargelegten Gründen verfassungswidrig.“

Aus der Formulierung wird nicht ganz deutlich, ob der „vorenthaltene, von ihm erworbene Anspruch“ eigentlich das Arbeitslosengeld oder den Anspruch auf Entlassungsabfindung meint. Vom grammatischen Sinn her ist wohl eher an das Erstere gedacht, doch kann das letztlich dahinstehen: Das Gericht hat offensichtlich Bedenken dagegen, daß dem einzelnen ein von ihm erworbener Anspruch vorenthalten wird, und zwar jedenfalls dann, wenn dieser eine Abfindung für soziale Besitzstände enthält. Letzteres ist aber bei Entlassungsabfindungen immer dann der Fall, wenn sie nicht etwa ein verdecktes Arbeitsentgelt enthalten, was nur bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Wahrung der Kündigungsfrist in Betracht kommt.²³⁾

Schon im Jahre 1976 hat also das BVerfG die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit einer Verrechnungsregelung zu erkennen gegeben – und zwar sogar für den vergleichsweise harmlosen Fall, daß der Arbeitnehmer fristlos aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, was so gut wie immer nur aufgrund schuldhaften Fehlverhaltens oder aufgrund seiner Zustimmung möglich ist.

f) Ergebnis

Die vorgeschlagene Anrechnung der Entlassungsabfindungen auf das Arbeitslosengeld stellt einen unzumutbaren Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG dar und ist deshalb verfassungswidrig.

2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG?

a) Maßstäbe für die Handhabung des Gleichheitssatzes

Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Nach der heutigen Rechtsprechung des BVerfG sind damit zum einen Ungleichbehand-

20) BVerfGE 42, 176 ff.

21) Dazu unten 2.

22) So auch die Interpretation dieser Stelle durch BVerfGE 72, 9, 18

23) Zum Sinn der Abfindung s. BVerfGE 42, 176, 183

lungen zwischen verschiedenen Gruppen von Normadressaten verboten, wenn „zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.²⁴⁾

Dem Gesetzgeber sind dadurch je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen gesetzt, die vom Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.²⁵⁾

Zum zweiten darf Ungleiches nicht pauschal gleichbehandelt werden; auch insoweit ist ein vernünftiger, einleuchtender Grund im Hinblick auf den jeweiligen Sachzusammenhang erforderlich.²⁶⁾

Schließlich ist der Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 daran gebunden, die von ihm selbst statuierte „Sachgesetzlichkeit“ nicht ohne einleuchtenden Grund zu durchbrechen.²⁷⁾

Dieser Grundsatz der sogenannten Systemtreue wäre beispielsweise verletzt, würde das Arbeitslosengeld auf der einen Seite prinzipiell auf Nettolohn-Basis errechnet, würden dann aber im konkreten Fall in die Berechnung auch solche Faktoren eingehen, die sich nicht als „gewöhnlich“ anfallende Abzüge vom Bruttolohn darstellen. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Kirchensteuerabzug auch dann berücksichtigt würde, wenn die Zugehörigkeit von Arbeitnehmern zu einer Kirche nicht mehr „typisch“ wäre.²⁸⁾

Die geplante Regelung ist im Hinblick auf alle drei Ausprägungen des Gleichheitsgrundsatzes zu überprüfen.

b) Ungleichbehandlung von Arbeitslosen mit Entlassungsentschädigung gegenüber anderen Empfängern von Arbeitslosengeld

Die geplante Kürzung des Arbeitslosengeldes auf die Hälfte soll nur bei solchen Arbeitslosen erfolgen, die eine Entlassungsentschädigung erhalten. Dies ließe sich eventuell damit rechtfertigen, daß sich eine solche Gruppe von Personen in einer besseren Situation als andere Arbeitslose befindet, die über keine entsprechenden Ansprüche gegenüber ihrem früheren Arbeitgeber verfügen. Damit würde jedoch die Zahlung des Arbeitslosengeldes in beträchtlichem Umfang zu einer Leistung „nach Bedürftigkeit“, wie sie für die Arbeitslosenhilfe charakteristisch ist. Ob eine solche „Systemänderung“ überhaupt zulässig wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden. Selbst wenn man dies nämlich bejahen würde, wäre Art. 3 Abs. 1 nur dann nicht verletzt, wenn nicht nur ein Fall geminderter Bedürftigkeit erfaßt, sondern generell auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Arbeitslosen abgestellt würde. Genau dies ist aber nicht beabsichtigt: Die Verfasser des Gesetzentwurfs denken nicht im entferntesten daran, etwa Einkünfte des Arbeitslosen aus Vermietung und Verpachtung oder aus Kapitalvermögen auf das Arbeitslosengeld anzurechnen. Lediglich die (un-

technisch gesprochen) Einkommensart „Entlassungsabfindung“ soll berücksichtigt werden. Dafür fehlt ersichtlich jeder sachliche Grund.

Nun könnte man allerdings daran denken, daß die geplante Neuregelung nicht als Übergang zum „Bedürftigkeitsprinzip“, sondern als eine Art „Kumulationsverbot“ zu verstehen wäre: Wenn das Risiko „Arbeitslosigkeit“ zum Teil durch private Zahlungen abgedeckt werde, brauche die Arbeitslosenversicherung nicht einzugreifen. Ein solcher Gedanke wäre jedoch nur dann tragfähig, wenn es sich bei der Abfindung um eine gesetzlich vorgesehene Sozialleistung handeln würde. So hat das Bundesverfassungsgericht etwa geprüft, ob der Ausschluß von Studenten aus dem Bezug von Arbeitslosengeld dadurch gerechtfertigt sein könnte, daß diese durch Leistungen nach dem BAföG ausreichend abgesichert seien und diese Frage lediglich deshalb verneint, weil die Leistungsvoraussetzungen des BAföG weit hinter denen des Arbeitslosengeldes zurückbleiben.²⁹⁾

Um einen solchen Fall geht es hier jedoch nicht. Die Entlassungsabfindungen sind keine gesetzlichen Ansprüche nach Art von staatlich vorgesehenen Sozialleistungen, sondern im Regelfall Ergebnis von Verhandlungen, die durch den einzelnen Arbeitnehmer oder durch den Betriebsrat geführt wurden. Auch die Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG beruht nicht auf staatlicher Gewährung, sondern auf einer Initiative der Beteiligten. Der Sache nach geht es um ein Stück selbstgeschaffener Vorsorge – nicht anders, als würde ein Arbeitnehmer das Risiko Arbeitslosigkeit oder Alter durch private Versicherung abdecken. Eine solche auf individueller oder gemeinsamer Initiative beruhende Leistung dürfte aber nur dann Berücksichtigung finden, wenn man allgemein auf die Bedürftigkeit abstellen würde; dann aber wäre der im vorigen Abschnitt konstatierte Verfassungsverstoß gegeben.

Als erstes Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß die geplante Regelung Arbeitslose mit Entlassungsabfindung ohne ausreichenden sachlichen Grund gegenüber anderen Arbeitslosen benachteiligt, denen sonstige Einkünfte zur Verfügung stehen.

c) Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Empfängergruppen von Entlassungsentschädigungen

Arbeitslose, die eine Entlassungsentschädigung erhalten, sind gegenüber anderen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidenden Arbeitnehmern benachteiligt, die nicht arbeitslos werden: Wer sofort einen neuen Arbeitsplatz findet oder in Rente geht, ist von der

24) So BVerfGE 74, 9, 24; bestätigt in BVerfGE 87, 234, 255.

25) So BVerfGE 92, 365, 407.

26) So BVerfGE 90, 226, 239.

27) Vgl. BVerfGE 13, 331, 340; 15, 318; 90, 226, 237.

28) So BVerfGE 90, 226, 237 f.

29) So BVerfGE 74, 9, 25 f.

Neuregelung nicht erfaßt und kann deshalb die gesamte Abfindung behalten. Wie schon im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung betont, bedeutet dies, daß die Abfindung gerade dort, wo sie aus sozialen Gründen am notwendigsten ist, wegen der Kürzung des Arbeitslosengeldes für den Lebensunterhalt verbraucht werden muß, während sie in anderen Fällen zur Begleichung von Verbindlichkeiten oder zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation verwendet werden kann. Gerade die schwächste Gruppe der aus dem Arbeitsverhältnis Ausscheidenden zu belasten, entbehrt aber des ausreichenden sachlichen Grundes, da dieser nach der Rechtsprechung des BVerfG auch im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip zu bestimmen ist.³⁰⁾

Eine solche Einseitigkeit ist auch nicht etwa die einzig denkbare Lösung; vielmehr wäre es – läßt man einmal alle anderen Bedenken beiseite – auch denkbar, Abfindungen generell mit einer „Arbeitsmarkt-abgabe“ zu belasten und auf diese Weise ein Sonderopfer der arbeitslos werdenden Arbeitnehmer zu vermeiden.

Als weiteres Zwischenergebnis läßt sich deshalb feststellen, daß der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG auch insoweit verletzt ist, als arbeitslose Empfänger von Entlassungsentschädigungen ohne zureichenden Grund schlechter als sonstige Empfänger von Entlassungsentschädigungen gestellt werden.

d) Unzulässige Gleichbehandlung von Entlassungsentschädigungen mit ungleichem Charakter?

Nach dem vorgeschlagenen § 115a AFG sollen alle Entlassungsabfindungen gleichbehandelt werden: Wie unter A I im einzelnen dargestellt, soll ihre Funktion als „Entschädigung für sozialen Besitzstand“ lediglich durch den Freibetrag des § 115a Abs. 2 berücksichtigt werden.

Nach der Entscheidung des BVerfG zu § 117 Abs. 2 AFG a.F. stellte es einen Gleichheitsverstoß dar, daß der damalige Gesetzgeber eine pauschale Anrechnung der Abfindungen bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorsah: Man hätte – wenn auch in pauschalierender Weise – darauf abstellen müssen, daß die Abfindung nur zum Teil ein „verdecktes Arbeitsentgelt“ darstelle und im übrigen jedoch eine Entschädigung für den Verlust eines sozialen Besitzstandes darstelle.³¹⁾

Die geplante Neuregelung differenziert lediglich insoweit, als wegen des Verlustes des sozialen Besitzstandes ein „Freibetrag“ zwischen 25 und 45 Prozent vorgesehen ist. Im übrigen wird überhaupt nicht danach differenziert, ob die Abfindung ein verkapptes Arbeitsentgelt enthält (und somit zu einer Kumulierung von Entgelt und Leistung der Arbeitslosenversicherung führt) oder ob es sich ausschließlich um eine Leistung handelt, durch die der Situation „Verlust des Arbeitsplatzes“ Rechnung getragen werden soll. Aus diesem Grunde sollen auch die §§ 117 Abs. 2-3a und 117a AFG ersatzlos aufgehoben werden.

Dies bedeutet jedoch, daß ganz wesentliche Unterschiede, deren Berücksichtigung das BVerfG ausdrücklich verlangte, unter den Tisch fallen: Die mißbräuchliche Leistungskumulation wird genauso behandelt wie die wirtschaftliche Milderung langfristiger Arbeitslosigkeit. Dies läßt sich ersichtlich nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbaren. Wie das BVerfG ausdrücklich betonte, ist eine solche „Ein-ebnung“ von Unterschieden auch nicht damit zu rechtfertigen, daß der Gesetzgeber in weitem Umfang typisieren und praktikable Lösungen schaffen darf.³²⁾

Dabei kann dahinstehen, ob die in der Gesetzesbegründung vorgenommene Differenzierung zwischen der Entschädigung für den Verlust des „sozialen Besitzstands“ und der Entschädigung für das „Risiko der Arbeitslosigkeit“ überhaupt in sich stimmig ist: Geht der „Besitzstand Arbeitsplatz“ verloren, besteht in allen Fällen ein mehr oder weniger hohes Risiko der Arbeitslosigkeit. In Wirklichkeit dürfte die Differenzierung zwischen dem den sozialen Besitzstand abdeckenden Freibetrag und den übrigen Teilen der Abfindung, die das „Risiko der Arbeitslosigkeit“ abdecken sollen, ohne sachlichen Grund, da rein semantischer Art, sein: Das Risiko der Arbeitslosigkeit ist gewissermaßen die Kehrseite der Medaille „Verlust des Besitzstandes“. Soweit es nicht um verdecktes Arbeitsentgelt geht, hat die gesamte Entschädigung den Charakter eines Ausgleichs für den Verlust des sozialen Besitzstandes.

e) Nichtberücksichtigung ungleicher sozialer Situationen

Genau wie die alte Fassung des § 117 Abs. 2 AFG, behandelt auch die geplante Neuregelung Arbeitnehmer gleich, die sich in sehr unterschiedlicher Situation befinden. Beschäftigte, die nur sehr kurz arbeitslos bleiben, sind etwa im Falle einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht einmal gezwungen, den Anteil der Abfindung aufzuzehren, der statt eines an sich noch zu beanspruchenden Arbeitsentgelts bezahlt wird. Wer länger arbeitslos ist, ist demgegenüber zu sehr viel größeren Opfern gezwungen, muß daher gegebenenfalls auch die „Besitzstandszahlungen“ voll für seinen Lebensunterhalt verwenden, soweit nicht der Freibetrag des § 115a Abs. 2 tangiert ist. Die besonders große Rolle, die die Abgeltung des sozialen Besitzstandes bei langjähriger Betriebszugehörigkeit spielt, wird zwar bei den unterschiedlichen Freibeträgen nach § 115a Abs. 2 berücksichtigt, doch spielt wiederum keine Rolle, daß bei niedrigen Abfindungen und bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses sehr viel schneller als bei hohen Abfindungen nicht nur der

30) BVerfGE 42, 176, 188, wo die Anrechnungsregelung des § 117 Abs. 2 AFG a.F. deshalb beanstandet wurde, weil sie die sozial Schwächeren am meisten belastete.

31) BVerfGE 42, 176, 183 ff.

32) BVerfGE 42, 176, 185 bzw. 188 f.

„Entgeltanteil“, sondern auch der „Entschädigungsanteil“ aufgezehrt werden muß. Beides hat das BVerfG zum Anlaß genommen, die Pauschalregelung des § 117 Abs. 2 AFG a.F. wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu verwerfen³³⁾ – im vorliegenden Zusammenhang kann nichts anderes gelten.

f) Verstoß gegen den Grundsatz der „Systemtreue“

Von den bisher dargestellten Verletzungen des Gleichheitssatzes abgesehen, würde die geplante Neuregelung auch insofern verfassungswidrig sein, als sie ohne einleuchtenden Grund von der selbstgewählten „Sachgesetzlichkeit“ des Gesetzgebers abweicht. Dies wird in zwei Zusammenhängen deutlich.

(1) Wie unter A 1 dargelegt, soll zusammen mit der Neuschaffung des § 115a AFG auch die bisher geltende Regelung des § 128 AFG aufgehoben werden. Beides wird ausweislich der amtlichen Begründung als Einheit angesehen.

Nach § 128 des heute geltenden AFG ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei der Entlassung älterer Beschäftigter mit langjähriger Betriebszugehörigkeit unter bestimmten Voraussetzungen der Bundesanstalt für Arbeit das Arbeitslosengeld zu erstatten. Im Grundsatz wurde diese Regelung vom BVerfG als verfassungskonform bestätigt; die Verantwortung des Arbeitgebers für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses (die das Gesetz voraussetzt) sei ein „sachorientierter Gesichtspunkt“, der die Regelung trage.³⁴⁾

Mit dem Wegfall dieser rechtlichen Möglichkeit begibt sich der Gesetzgeber einer Einnahmequelle, gegen die keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken bestehen und die der bisherigen Praxis zugrunde liegt. Das Ziel, durch Einsparungen den Haushalt der Bundesanstalt für Arbeit zu entlasten, wird so in systemwidriger Weise unterlaufen: Mit Rücksicht auf die Kürzung des Arbeitslosengeldes wird eine bisher bestehende Einnahmequelle beseitigt. Dies ist um so überraschender, als es in den Fällen des § 128 AFG überhaupt nicht um Abfindungen, sondern vielmehr darum geht, einen Anreiz zu schaffen, ältere Arbeitnehmer bis zur Altersgrenze weiterzubeschäftigen.

Die Kombination zwischen einer Kürzung des Arbeitslosengeldes und einem Verzicht auf die Erstattungsleistungen nach § 128 AFG wäre nur dann ein widerspruchsfreies Verhalten, wenn es Ziel der gesetzlichen Regelung wäre, statt der Arbeitgeberseite arbeitslose Empfänger von Entlassungsentschädigungen zu belasten. Davon ist jedoch in der amtlichen Begründung an keiner Stelle die Rede; es geht dem Gesetzgeber um Einsparungen, nicht um eine „Umverteilung von oben nach unten“. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung kann lediglich auf die offiziell gegebene Begründung abgestellt werden; inwieweit auch andere Absichten verfolgt, aber z. B. aus politischen Gründen nicht „aktenkundig“ gemacht werden, muß ohne Berücksichtigung bleiben.

(2) Ein Selbstwiderspruch ergibt sich auch insoweit, als auf der einen Seite die Vorschriften über die Entlassungsabfindung unverändert bleiben, also auch in ihrer Zwecksetzung nicht angetastet werden sollen. Auch in Zukunft soll es also möglich sein, vor Gericht Abfindungsvergleiche zu schließen, auf die nach § 57 Abs. 2 ArbGG während des ganzen Verfahrens hinzuwirken ist. Auch in Zukunft soll für das Arbeitsgericht die Möglichkeit bestehen, auf Antrag des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers ein an sich weiterbestehendes Arbeitsverhältnis gegen Entschädigung aufzulösen; auch in Zukunft sollen nach § 112 BetrVG Sozialpläne möglich sein, die die wirtschaftlichen Nachteile ausgleichen oder mildern, die den Arbeitnehmern infolge einer geplanten Betriebsänderung entstehen. In allen drei Fällen soll „sozial verträglicher“ Personalabbau ermöglicht und so verhindert werden, daß sich im Arbeitsleben schwer steuerbare Konflikte ergeben. Diese Zielsetzung wird durch die geplante Anrechnung der Entlassungsentschädigungen auf das Arbeitslosengeld durchkreuzt: Da angesichts der Arbeitsmarktlage in vielen Fällen nicht mit einer Anschlußbeschäftigung in naher Zukunft gerechnet werden kann, laufen Abfindungen darauf hinaus, daß sie zu mehr als 50 Prozent nicht dem sie aushandelnden Arbeitnehmer, sondern der Bundesanstalt für Arbeit zugute kommen. Die Arbeitgeberseite wird keineswegs bereit sein, die bislang üblichen Beträge mehr als zu verdoppeln, um so den Status quo für die Arbeitnehmer beizubehalten. Dasselbe gilt für den Inhalt von Sozialplänen. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die genannten Vorschriften ihre Ziele nicht mehr erreichen, weil die Beteiligten unter den veränderten Rahmenbedingungen verständlicherweise ihre Mitwirkung versagen. Unter der Hand würde so der Gesetzgeber durch § 115a AFG andere Vorschriften weithin funktionslos machen – ausreichende sachliche Gründe hierfür finden sich in der Gesetzesbegründung nicht und sind auch nicht aus anderen Umständen ersichtlich. Insoweit liegt auch insofern ein widersprüchliches Verhalten des Gesetzgebers vor.

g) Ergebnis

Die geplante Anrechnung von Entlassungsentschädigungen auf das Arbeitslosengeld verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG: Arbeitslose mit Entlassungsentschädigung werden gegenüber anderen Arbeitslosen ohne sachlichen Grund benachteiligt (oben b), zwischen verschiedenen Gruppen von Empfängern von Entlassungsentschädigungen wird ohne zureichenden Anlaß differenziert (oben c). Auf der anderen Seite wird Ungleiches in unzulässiger Weise gleichbehandelt: Die Anrechnung betrifft gleichermaßen Abfindungen, die ein verkapptes Arbeitsentgelt enthalten, wie auch solche, die die Si-

33) BVerfGE 42, 176, 186 ff.

34) BVerfGE 81, 156, 186 ff., wo überdies herausgearbeitet wird, daß keine unzulässige Sonderabgabe vorliegt.

tuation des Arbeitsplatzverlustes erträglicher gestalten wollen (oben d). Unberücksichtigt bleibt auch, daß die Auswirkungen je nach Dauer der Arbeitslosigkeit und Höhe der Abfindung sehr unterschiedlich sind (oben e). Schließlich verstößt der Gesetzgeber gegen die von ihm selbst an anderer Stelle aufgestellten Sachgesetzmäßigkeiten, ohne dafür einen ausreichenden Grund anführen zu können (oben f).

II. Die Übergangsregelung

Die Frage, ob die in § 242x AFG vorgesehene Übergangsregelung³⁵⁾ mit geltendem Verfassungsrecht übereinstimmt, ist nur dann von Interesse, wenn man entgegen dem hier Vertretenen die vorgeschlagene Neuregelung als solche als verfassungskonform ansieht. Unterstellt man einmal, den hier dargelegten Einwänden würde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Rechnung getragen, gleichwohl jedoch eine gegenüber dem Status quo für die Arbeitslosen sehr viel schlechtere Regelung verabschiedet, so wären zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

1. Umfang des Vertrauensschutzes

Der vorgeschlagene § 242x Abs. 4 AFG nimmt alle diejenigen von der Neuregelung nach § 115a AFG aus, die bereits nach altem Recht aufgrund einjähriger Tätigkeit im Rahmen der letzten drei Jahre vor Inkrafttreten der Neuregelung eine Anwartschaft auf (volles) Arbeitslosengeld erworben haben. Damit ist insbesondere vermieden, daß eine Situation wie nach Erlass des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes entsteht, das ohne Übergangsbestimmung die Anwartschaftszeit für Arbeitslosengeld von 180 auf 360 Kalendertage erhöhte und deshalb vom Bundesverfassungsgericht insoweit für verfassungswidrig erklärt wurde.³⁶⁾

Dennoch bleibt das Problem, was mit jenen Personen geschieht, die in der Rahmenfrist von drei Jahren nicht oder weniger als 360 Tage gearbeitet haben. Soweit es sich dabei um Berufsanfänger und andere „Ersteinsteiger“ in das Arbeitsleben handelt, wird man unter dem Gesichtspunkt der Eigentums-garantie keine Bedenken haben, da ihre Position noch nicht zu einem Recht im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG erstarkt war. Anders verhält es sich jedoch mit denjenigen Personen, die vor Beginn der Dreijahresfrist bereits in erheblichem Umfang am Arbeitsleben teilgenommen haben: Eine Frau, die beispielsweise 10 Jahre gearbeitet, dann jedoch wegen eines Kindes ihre Erwerbstätigkeit für fünf Jahre unterbrochen hat, würde von der Bestandsschutzregelung des § 242x Abs. 4 AFG nicht erfaßt.

Fraglich ist zunächst, ob eine länger als drei Jahre zurückliegende Erwerbstätigkeit von mehr als einem Jahr überhaupt Rechte vermittelt, die den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießen. Geht man davon aus, daß das AFG insoweit Inhalt und Umfang des An-

spruchs auf Arbeitslosengeld abschließend definiert habe, wird man die Frage verneinen müssen: Die jenseits der Rahmenfrist liegenden Zeiten sind nicht mehr anspruchsbegründend, sondern in bezug auf die Leistungen ohne jede Bedeutung. Dies führt allerdings zu der etwas eigenartigen Konsequenz, daß eine zunächst einmal entstandene eigentumsrechtliche Position allein deshalb wieder untergeht, weil die betreffende Person während einer bestimmten Zeitdauer nicht gearbeitet hat. Ein Eigentum, dessen Fortbestand man aber jeweils neu durch Eigenaktivität absichern muß, ist eine Figur, die aus dem traditionellen System subjektiver Rechte völlig herausfällt.³⁷⁾

Das BVerfG hat sich bislang mit der diplomatischen Formulierung begnügt, die Eigentums-garantie des Art. 14 Abs. 1 GG erstrecke sich „jedenfalls“ auf die Rechtsposition solcher Versicherter, die innerhalb der gesetzlichen Rahmenfrist die Anwartschaftszeit erfüllt haben.³⁸⁾

Geht man davon aus, daß in der Vergangenheit erworbene Anwartschaftsrechte Eigentumscharakter haben, so können sie nicht entschädigungslos entzogen oder wesentlich geschmälert werden. Angesichts der zeitlichen Distanz mag der Vertrauensschutz zwar geringer als bei jenen sein, die bei Inkrafttreten der Neuregelung ein „volles“ Anwartschaftsrecht hatten, doch ist die aus Art. 14 Abs. 1 GG herzuleitende Position jedenfalls nicht völlig irrelevant. Der Gesetzgeber hätte daher auch insoweit eine Übergangsregelung treffen müssen.

Geht man statt dessen davon aus, daß der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG sich auf solche Positionen beschränkt, die aktuell nach dem AFG bestehen, so ist eine frühere Erwerbstätigkeit gleichwohl nicht ohne jede Bedeutung. Zwar greift in einem solchen Fall Art. 14 Abs. 1 GG und der durch ihn vermittelte Vertrauensschutz nicht ein, doch sind dann die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze über die sogenannte unechte Rückwirkung zu berücksichtigen.³⁹⁾

Der Gesetzgeber wäre deshalb verpflichtet, darauf zu achten, daß es Fälle geben kann, in denen jemand aus dem Erwerbsleben in der Erwartung ausschied, zu im Prinzip gleichen Bedingungen später wieder eintreten zu können. Zu denken ist insbesondere an den Fall, daß trotz Kindererziehung in der Dreijahresrahmenfrist gearbeitet worden wäre, hätte die betroffene Person die Neuregelung vorausgesehen.

35) Dazu oben A II

36) BVerfGE 72, 9 ff.

37) Vgl. etwa § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach Ansprüche aus im Grundbuch eingetragenen Rechten nicht der Verjährung unterliegen. Entsprechendes gilt erst recht für das „Stammrecht“ selbst.

38) BVerfGE 72, 9, 18

39) Vgl. BVerfGE 76, 220, 244, wonach der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes in Art. 14 Abs. 1 GG eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung erfahren hat, die einen Rückgriff auf allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze überflüssig machen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn der gesetzliche Erziehungsurlaub auf freiwilliger Grundlage über die vorgesehenen drei Jahre hinaus fortgesetzt wird und der Arbeitnehmerin der Wiedereinstieg zu ihren früheren Bedingungen zugesagt wurde. Für diese Fälle verzichtet der Gesetzentwurf auf Übergangsbestimmungen, obwohl in keiner Weise ersichtlich ist, daß das öffentliche Interesse an der Haushaltsentlastung der Bundesanstalt für Arbeit auch in solchen Fällen den Vorrang vor dem Vertrauensschutz der Betroffenen haben muß.

2. Langfristig vereinbarte Abfindungen

Nicht berücksichtigt ist weiter der Fall, daß eine Entlassungsschädigung – etwa in einem Rahmensozialplan – über viele Jahre hinweg verbindlich festgelegt ist, gleichzeitig aber der Bestandsschutz nach § 242x Abs. 4 AFG nicht eingreift, weil der betreffende Arbeitnehmer in den drei Jahren vor Inkrafttreten des Gesetzes nicht mindestens 360 Kalendarstage gearbeitet hat. In diesem Fall würde die gesetzliche Neuregelung ein vertragliches Anwartschaftsrecht durch die Anrechnungsbestimmung drastisch entwerten. Dies kann schon deshalb nicht angehen, weil nicht einsichtig ist, daß zwar Anwartschaftsrechte auf Arbeitslosengeld ungeschmälert erhalten bleiben, dies jedoch für Anwartschaften auf Abfindung auch dann nicht der Fall sein soll, wenn sie bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes verbindlich begründet wurden. Im Ernstfall bestünde auch insoweit Nachbesserungsbedarf.

III. Die Neuregelung des Kurzarbeitergeldes

1. Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG?

Die geplante Vorschrift des § 170 Abs. 4 SGB III erschwert insoweit den Bezug von Kurzarbeitergeld, als grundsätzlich zunächst Arbeitszeitguthaben aufzulösen sind. Dies könnte gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen.

Ob der Anspruch auf Kurzarbeitergeld überhaupt von Art. 14 Abs. 1 GG erfaßt wird, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG durchaus zweifelhaft.⁴⁰⁾

Wie das Gericht betonte, bestehe zwar an der erheblichen Eigenleistung der Beteiligten sowie daran, daß das Kurzarbeitergeld der Existenzsicherung diene, kein Zweifel, doch sei die „Privatnützigkeit“ problematisch: Es sei nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Arbeitgeber begünstigt, dem die eingearbeitete Belegschaft erhalten bleiben solle. Dem werde verfahrensmäßig dadurch Rechnung getragen, daß das Kurzarbeitergeld nur durch den Arbeitgeber und den Betriebsrat, nicht aber durch den einzelnen Arbeitnehmer beantragt werden könne.⁴¹⁾

Obwohl die Frage im Ergebnis dahingestellt blieb, macht die einschlägige Passage in der Entscheidung des BVerfG deutlich, daß das Gericht eher zu einer

Ablehnung des Schutzes neigt. Dies erscheint nicht unproblematisch, da in einer früheren Entscheidung im Zusammenhang mit dem Unterhaltsgeld ausdrücklich betont wurde, die Tatsache, daß über die Daseinsvorsorge hinaus weitergehende Zwecke verfolgt würden, könnte nichts am Eigentumscharakter ändern.⁴²⁾

Daß eine Weiterbildungsmaßnahme beispielsweise auch dem Arbeitgeber zugute kommt, ist deshalb kein Grund, um dem Anspruch auf Unterhaltsgeld den Eigentumscharakter zu versagen. Dies ist auch deshalb konsequent, weil an anderer Stelle bei der Bestimmung der „Eigenleistung“ ausdrücklich auch die vom Arbeitgeber bezahlten Beiträge einbezogen wurden⁴³⁾ – wenn Zahlungen des Arbeitgebers den Eigentumscharakter stützen, können Vorzüge, die der Arbeitgeber durch die Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit erlangt, dem Eigentumscharakter schwerlich entgegenstehen.

Auch wenn man Art. 14 Abs. 1 GG für anwendbar hält, dürfte jedoch die Änderung bei den Voraussetzungen zum Bezug des Kurzarbeitergeldes grundsätzlich verfassungskonform sein. Die allgemeinen Voraussetzungen für einen Eingriff in Eigentumsrechte⁴⁴⁾ liegen vor. Anders als bei der Anrechnung der Entlassungsschädigung auf das Arbeitslosengeld handelt es sich nicht um eine unzumutbare Beschränkung eigentumsrechtlicher Positionen: Da schon nach geltendem Recht (§ 64 Abs. 1 Nr. 2 AFG) lediglich der „unvermeidbare“ Arbeitsausfall zum Bezug von Kurzarbeitergeld berechtigte und gegebenenfalls auch Urlaub vorgezogen werden mußte, stellt es eine eher graduelle Weiterentwicklung dar, wenn nunmehr auch ein vorhandenes Zeitguthaben eingesetzt werden muß.

Dem Gesetzentwurf fehlt allerdings auch insoweit eine Übergangsbestimmung. Denkbar ist, daß ein Zeitguthaben unter Bedingungen erarbeitet wurde, die dem bisher geltenden Recht entsprechen, daß der Betroffene sich aber anders verhalten hätte, wäre ihm die Neuregelung bekannt gewesen. Insoweit würde ein einmal erworbener Anspruch nachträglich entwertet, ohne daß dafür ein überwiegendes öffentliches Interesse ersichtlich wäre. Die Tatsache, daß ein Gesetzentwurf zu einer Neuregelung vorgelegt wurde, hindert die Entstehung eines Vertrauenstatbestandes nicht, da der Ausgang des Gesetzgebungsverfahrens angesichts aller Umstände äußerst ungewiß ist. Notwendig wäre deshalb, Zeitguthaben, die bei Inkrafttreten des SGB III bestehen, generell von der Neuregelung auszunehmen.

40) So BVerfGE 92, 365, 406

41) So BVerfGE a.a.O.

42) BVerfGE 76, 220, 238

43) BVerfGE 69, 272, 302

44) Dazu oben I 1c

2. Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG?

Die geplante Neuregelung privilegiert diejenigen Betriebe, in denen eine Vereinbarung über Arbeitszeitschwankungen gilt, nach der mindestens 10 Prozent der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit für einen unterschiedlichen Arbeitsanfall eingesetzt werden können: Soweit bei ihnen die „Flexibilitätsreserven“ ausgeschöpft sind, gilt die Kurzarbeit als nicht vermeidbar. Damit wird ein sehr starker Anreiz geschaffen, Tarifverträge (und Betriebsvereinbarungen) mit schwankender Arbeitszeit abzuschließen, wird doch auf diese Weise der Rückgriff auf Kurzarbeit drastisch erleichtert.

Auch solche „Anreize“ stellen einen Eingriff in die Tarifaufonomie dar, da sie die freie Entscheidung der Tarifparteien erheblich beeinträchtigen, im Einzelfall sogar gegen Null gehen lassen können. Daß Verhaltenssteuerung nicht nur durch verbindliche Regelungen, sondern auch durch Anreize erfolgen kann, ist allgemein anerkannt. Ein Beispiel stellt § 128 AFG dar, der gegenüber Arbeitgebern einen „negativen Anreiz“ in dem Sinne schafft, daß sie in manchen Fällen der Entlassung älterer Arbeitnehmer zur Erstattung des Arbeitslosengeldes an die Bundesanstalt für Arbeit verpflichtet werden: Die darin liegende „verhaltenssteuernde Funktion“ hat das BVerfG veranlaßt, diese Regelung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 zu überprüfen.⁴⁵⁾

Im vorliegenden Zusammenhang ist daher eine Überprüfung am Maßstab des Art. 9 Abs. 3 GG geboten.

Soweit ersichtlich, hat das BVerfG bisher nicht abschließend entschieden, unter welchen Voraussetzungen in die Tarifaufonomie eingegriffen werden kann. In der Entscheidung zur Zulässigkeit der Aussperrung⁴⁶⁾ vertrat das Gericht den Standpunkt, jedenfalls zum Schutze anderer in der Verfassung garantierter Rechtsgüter könne die Koalitionsfreiheit beschränkt werden. Ob auch andere Schranken zulässig seien, blieb dahingestanden. In der Entscheidung zu § 116 AFG⁴⁷⁾ ging es weniger um Eingriffe als um die Ausgestaltungskompetenz des Gesetzgebers, der die Einflußmöglichkeiten beider Seiten gegeneinander abzuwägen habe, um dadurch eine paritätische Verhandlungssituation zu schaffen; dabei komme ihm ein beträchtliches Einschätzungsermessen zu. Schließlich ist in der Entscheidung zur gewerkschaftlichen Werbung im Betrieb⁴⁸⁾ lediglich verdeutlicht worden, daß der sogenannte Kernbereich allenfalls Grenze gesetzgeberischer Intervention sei, nicht aber den Garantiegehalt des Art. 9 Abs. 3 GG abschließend umschreibe. Auch hier ging es in der Sache selbst um eine Abwägung zwischen dem Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 9 Abs. 3 GG und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 2 Abs. 1 GG, deren Vornahme den Fachgerichten überlassen blieb. Ob die Handlungsmöglichkeiten beider Seiten dadurch eingeschränkt werden können, daß zum Zwecke der

Einsparung von Haushaltsmitteln auf bestimmte Tarifabschlüsse hingewirkt wird, ist bisher nicht entschieden. Die besseren Gründe sprechen gegen die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist die Tarifaufonomie den Tarifparteien zur Wahrnehmung „in eigener Verantwortung“ zugewiesen. Als Ausübungsform des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG unterliegt sie keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt; Grundsätze, wie sie etwa im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG in Bezug auf die Freiheit zur Berufsausübung entwickelt wurden, können daher nicht hierher übertragen werden.⁴⁹⁾

Dies spricht dafür, ähnlich wie bei anderen Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt wie z. B. Art. 4 Abs. 1 oder Art. 5 Abs. 3 GG Eingriffe nur insoweit zuzulassen, als diese durch die Wahrung anderer Grundrechte zwingend geboten sind. Daß diese Voraussetzung hier vorliege, ist bislang nicht behauptet worden; auch ist insoweit nichts ersichtlich. Ob darüber hinaus auch elementare staatliche Interessen eine Einschränkung rechtfertigen können, mag hier dahinstehen, da solche nicht auf dem Spiele stehen: Auch wenn die Notwendigkeit zu Einsparungen im Bereich der Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit besteht, kann dem in vielfältiger anderer Weise statt durch Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG Rechnung getragen werden.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die vorgesehene Regelung des § 170 Abs. 4 Satz 4 SGB III gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstößt.

IV. Weitere Bedenken

1. Verfassungsprinzip der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse

Obwohl im Osten nicht genügend reguläre Arbeitsplätze entstehen, soll rund die Hälfte des angestrebten Kürzungsvolumens auf die Reduzierung der Arbeitsmarktpolitik in den neuen Bundesländern entfallen.⁵⁰⁾

Diese einseitige Gewichtung wirft das Problem der Vereinbarkeit mit dem Verfassungsprinzip der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ auf.⁵¹⁾

Ohne daß hier Einzelheiten dargestellt werden könnten, verlangt das Prinzip der Einheitlichkeit der Le-

45) BVerfGE 81, 156, 189.

46) BVerfG AuR 1992, 29 ff.

47) BVerfGE 92, 365 ff. = DB 1995, 1464 ff.

48) BVerfG DB 1996, 1627 ff.

49) Zu der Zulässigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit s. BVerfGE 81, 156, 189 (im Falle des § 128 AFG).

50) So Stellungnahme des DGB zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung, 9. 9. 1996, S. 2.

51) Zu deren Verankerung im Bundesstaatsprinzip und zu einzelnen Konkretisierungen im Grundgesetz s. Däubler, FS Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 462 ff.

bensverhältnisse nicht nur einen Finanzausgleich zwischen den Bundesländern und konkrete Hilfen des Bundes einschließlich der Gewährung sogenannter Bundesergänzungszuweisungen.⁵²⁾

Vielmehr ist der Staat verpflichtet, in den leistungsschwächeren Ländern gezielte Wirtschaftsförderung zu betreiben und dies beispielsweise auch bei Standortentscheidungen für Bundesbehörden und bei der Förderung von Investitionen zu berücksichtigen.⁵³⁾

Dieser Förderungspflicht wird in evidenter Weise zuwidergehandelt, wenn angesichts noch nicht erreichter Einheitlichkeit gerade dort am meisten gespart wird, wo der höchste Bedarf besteht. Auch insoweit kann der vorliegende Entwurf nicht Gesetz werden.

2. Eingriff in die negative Berufsfreiheit

Ein weiteres Problem ergibt sich durch die grundlegende Neubestimmung des Begriffs der Zumutbarkeit. Nach § 121 Abs. 5 SGB III ist eine andere Beschäftigung nicht schon deshalb unzumutbar, „weil sie nicht zum Kreis der Beschäftigungen gehört, für die der Arbeitnehmer ausgebildet ist oder die er bisher ausgeübt hat“. Dies bedeutet, daß keinerlei Berufsschutz mehr existiert. Außerdem werden dem einzelnen drastische Einkommenseinbußen zugemutet: § 121 Abs. 3 SGB III erklärt es für zumutbar, daß man nach sechs Monaten Arbeitslosigkeit auch eine Tätigkeit annimmt, bei der das erzielbare Nettoeinkommen der Höhe des Arbeitslosengelds entspricht – dies läuft auf eine Reduzierung auf weniger als 60 Prozent des früheren Einkommens, d. h. um mehr als 40 Prozent, hinaus, da zahlreiche Entgeltbestandteile nicht in die Berechnung des Arbeitslosengelds eingehen.

Rechtliche Bedenken bestehen insoweit im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG, der auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes garantiert. In der sogenannten Warteschleifen-Entscheidung hat das BVerfG den Schutzbereich dieses Grundrechts näher definiert und im einzelnen ausgeführt (BVerfG EuGRZ 1991, 133, 136):

„Bei der Wahl des Arbeitsplatzes geht es... um die Entscheidung für eine konkrete Betätigungsmöglichkeit oder ein bestimmtes Arbeitsverhältnis. Gegenstand des Grundrechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes ist dementsprechend zunächst der Entschluß des einzelnen, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen. Dazu zählt namentlich bei abhängig Beschäftigten auch die Wahl des Vertragspartners samt den dazu notwendigen Voraussetzungen, insbesondere der Zutritt zum Arbeitsmarkt. Ebenso wie die freie Berufswahl sich nicht in der Entscheidung zur Aufnahme eines Berufs erschöpft, sondern auch die Fortsetzung und Beendigung eines Berufs umfaßt, bezieht sich die freie Arbeitsplatzwahl neben der Entscheidung für eine kon-

krete Beschäftigung auch auf den Willen des einzelnen, diese beizubehalten oder aufzugeben. Das Grundrecht entfaltet seinen Schutz demnach gegen alle staatlichen Maßnahmen, die diese Wahlfreiheit beschränken. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Staat den einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt oder die Aufgabe eines Arbeitsplatzes verlangt.“

Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere die Aussage von Interesse, daß der einzelne nicht zur Annahme eines Arbeitsplatzes „gezwungen“ werden dürfe. Gemeint sind damit eindeutig mittelbare Zwänge, nicht jedoch eine rechtliche Arbeitsverpflichtung, die als Zwangsarbeit durch Art. 12 Abs. 2 GG im Grundsatz ausdrücklich verboten ist. Auch Eingriffe in die „negative Berufsfreiheit“ sind daher an den üblichen Kriterien für Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

Was diese betrifft, so besteht weitgehende Übereinstimmung mit den Grenzen für Eingriffe in das Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG: Notwendig sind Gründe des Allgemeinwohls; das vom Gesetzgeber gewählte Mittel muß geeignet und erforderlich sein. Schließlich muß bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein.⁵⁴⁾

Ohne daß hier in eine Einzelprüfung eingetreten werden kann, ist die geplante Regelung jedenfalls im Hinblick auf das Zumutbarkeitserfordernis in höchstem Maße angreifbar: Von der freien Wahl des Arbeitsplatzes bleibt praktisch nichts mehr übrig, wenn man zu einer berufsfremden, sehr viel weniger qualifizierten Tätigkeit gezwungen werden kann, die weniger als 60 % der bisherigen Verdienstmöglichkeiten bietet. Daß die Drohung mit dem Entzug des Arbeitslosengelds einem „Zwang“ gleichkommt, dürfte nicht zweifelhaft sein; nur wer das Glück hat, über ein beträchtliches Vermögen zu verfügen oder eine selbständige Existenz aufbauen zu können, wird durch die Verweigerung des Arbeitslosengelds nicht existentiell getroffen. Eine nähere Analyse hätte auch die Frage einzubeziehen, inwieweit der Zwang zu einem Umzug gegen das in Art. 11 GG mitgarantierte Recht verstößt, seinen Lebensmittelpunkt nicht ändern zu müssen; auch diese sogenannte negative Freizügigkeit verdient einige Aufmerksamkeit. □

52) Dazu BVerfGE 86, 148, 263 ff.

53) Mahrenholz, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1990, Art. 109 Rn 19

54) So ausdrücklich BVerfGE 81, 156, 189