

## Arbeitsrecht kompakt

### Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

#### ■ Abwicklungsvertrag – Muster ohne Wert

Auswirkungen der BSG-Entscheidung vom 18.12.2003

von RA FAArbR Dr. Michael Kliemt, Düsseldorf\*

*Für Arbeitgeber stellt der Abschluss eines Abwicklungsvertrages häufig die einzige Alternative zur Führung eines langwierigen, im Ausgang ungewissen Kündigungsrechtsstreites dar. Als einer der Vorteile des Abwicklungsvertrages galt bisher, dass für den Arbeitnehmer meist die Verhängung einer Sperrzeit in Bezug auf das Arbeitslosengeld vermieden werden konnte. Nach einer neuen Entscheidung des BSG v. 18.12.2003 – B 11 AL 35/03 R ist dem in der Praxis weitgehend die Grundlage entzogen.*

#### 1. Sperrzeit gem. § 144 Abs. 1 Satz 1 SGB III

Die Entscheidung des BSG betrifft die Anwendung von § 144 Abs. 1 Satz 1 des SGB III. Nach dieser Vorschrift hat ein Arbeitsloser für die Dauer von zwölf Wochen keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn er sein Beschäftigungsverhältnis selbst gelöst und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig seine Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat, sofern hierfür kein wichtiger Grund bestand. Darüber hinaus verkürzt sich der Anspruch auf Arbeitslosengeld um mindestens ein Viertel der Dauer, die dem Arbeitslosen an sich gem. § 127 SGB III zustünde. Ein Lösen des Beschäftigungsverhältnisses durch den Arbeitnehmer liegt beispielsweise vor, wenn er selbst kündigt. Gleiches gilt, wenn er durch vertragswidriges Verhalten Anlass für eine arbeitgeberseitige Kündigung gegeben hat. Die Verhängung einer Sperrzeit ist aber auch bei dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht ausgeschlossen.

#### 2. Aufklärungs- und Schadensersatzpflichten des Arbeitgebers

Erhält der Arbeitnehmer aufgrund der Sperrzeitverhängung kein Arbeitslosengeld, kann dies auch den Arbeitgeber betreffen: Zwar ist es grundsätzlich Sache des Arbeitnehmers, sich über die rechtlichen Folgen seines Handelns und die Möglichkeit des Eintritts einer Sperrzeit selbst Klarheit zu verschaffen. Allerdings besteht unter bestimmten Voraussetzungen eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer über eine drohende Sperrzeit aufzuklären<sup>1</sup>. Eine Aufklärung ist insbesondere erforderlich, wenn

- der Arbeitgeber den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung veranlasst hat und er beim Arbeitnehmer den Eindruck erweckt, er werde bei der Beendigung

des Arbeitsverhältnisses auch dessen Interessen wahren, oder

- der Arbeitgeber erkennt, dass der Arbeitnehmer sich über Folgen und die Tragweite seines Handelns im Unklaren ist, oder
- der Arbeitnehmer bezüglich der rechtlichen Auswirkungen des Aufhebungsvertrages auf das Arbeitslosengeld Fragen stellt. Der Arbeitgeber muss diese dann wahrheitsgemäß beantworten oder den Arbeitnehmer an eine zuständige Stelle verweisen.

Erteilt der Arbeitgeber Auskünfte, müssen diese zutreffend und vollständig sein. Zwar führt eine pflichtwidrig unterlassene, unzutreffende oder irreführende Auskunft durch den Arbeitgeber nicht zur Unwirksamkeit des Abwicklungsvertrages<sup>2</sup>; jedoch macht sich der Arbeitgeber bei Verletzung seiner Hinweis- und Aufklärungspflichten nach § 280 BGB gegenüber dem Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig<sup>3</sup>.

#### 3. Bisherige Rechtslage: Unterscheidung zwischen Aufhebungs- und Abwicklungsvertrag

Auch im Abschluss eines klassischen Aufhebungsvertrages liegt eine Lösung des Beschäftigungsverhältnisses i. S. d. § 144 SGB III. Maßgeblich ist hierbei, dass der Aufhebungsvertrag ohne die Mitwirkung des Arbeitnehmers nicht hätte zustande kommen können. Die früher verwendete Formulierung, dass die Aufhebung „zur Vermeidung einer ansonsten unumgänglichen betriebsbedingten Kündigung“ erfolge, hilft nicht (mehr): Bei einem Aufhebungsvertrag ist eine Sperrzeit unabhängig davon zu verhängen, ob das Arbeitsverhältnis durch eine rechtmäßige Kündigung hätte beendet werden können.

\* RA FAArbR Dr. Michael Kliemt ist Partner der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei *Kliemt & Vollstädt* in Düsseldorf und Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht der Universität des Saarlandes.

1 Ausführlich: *Schulte*, Hinweispflichten in Auflösungsverträgen – wann zwingend, wann sinnvoll, wann entbehrlich?, ArbRB 2004, 26 ff.

2 BAG v. 10.3.1988 – 8 AZR 420/85, AP Nr. 99 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

3 BAG v. 3.7.1990 – 3 AZR 382/89, NZA 1990, 971 (973); v. 17.10.2000 – 3 AZR 605/99, NZA 2001, 206 (207); *Kliemt* in Henssler/Willemsen/Kalb, Kommentar zu Arbeitsrecht, § 9 KSchG Anhang Rz. 22.

Unerheblich ist auch, ob die Initiative für die Auflösung vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer ausging.

Aus diesem Grund war Arbeitnehmern schon **bislang** zu empfehlen, zunächst den Ausspruch einer **Kündigung abzuwarten** und **erst im Anschluss daran eine Abfindungsvereinbarung** mit dem Arbeitgeber zu treffen. Aber auch eine Einigung nach Kündigungsausspruch kann eine Sperrzeit auslösen. Die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit zu § 144 SGB III unterscheidet zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Kündigungen:

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine **rechtmäßige Kündigung** liegt in der Regel auch bei Zahlung einer Abfindung kein Auflösungssachverhalt i. S. d. § 144 SGB III und damit kein Sperrzeitatbestand vor. Auch die bloße Hinnahme einer arbeitgeberseitigen Kündigung rechtfertigt keine Sperrzeit – selbst wenn die **Kündigung rechtswidrig** ist. Hierzu hat das BSG im Jahr 2002<sup>4</sup> festgestellt, dass das Nichterheben einer Kündigungsschutzklage selbst dann keine „Lösung“ des Beschäftigungsverhältnisses darstellt, wenn es sich um eine offensichtlich rechtswidrige Kündigung handelt. Der Eintritt einer Sperrzeit knüpft lediglich an ein aktives Verhalten an, während die fehlende Bereitschaft, sich gegen den Willen des Arbeitgebers im Beschäftigungsverhältnis zu behaupten, den Eintritt einer Sperrzeit nicht rechtfertigt.

Aufgrund dieser gefestigten Rechtsprechung galt bislang der Abschluss eines sog. Abwicklungsvertrages nach Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung als „Wunderwaffe“ gegen die Verhängung einer Sperrzeit<sup>5</sup>. Dabei beschränken sich die Parteien darauf, nach Ausspruch einer Kündigung lediglich die Folgen des beendeten Beschäftigungsverhältnisses zu regeln, indem (mindestens) der Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage und (meist) die Zahlung einer Abfindung vereinbart werden. Bislang wurde in diesen Fällen seitens der Agenturen für Arbeit lediglich dann eine Sperrzeit verhängt, wenn entweder bekannt wurde, dass die entsprechende Absprache bereits vor Ausspruch der Kündigung getroffen worden war oder die Rechtswidrigkeit der Kündigung offensichtlich war (wie z. B. bei der ordentlichen Kündigung eines unkündbaren Betriebsratsmitgliedes oder bei Fehlen einer Betriebsratsanhörung).

#### 4. Urteil des Bundessozialgerichts vom 18.12.2003

Mit seiner Entscheidung vom 18.12.2003<sup>6</sup> hat das BSG nunmehr seine Rechtsprechung erheblich verschärft und der „Wunderwaffe“ des Abwicklungsvertrages die Grundlage entzogen.

Das BSG hat nunmehr klargestellt, dass auch Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die

nach einer Arbeitgeberkündigung getroffen werden und die Kündigung absichern sollen, ebenso wie ein Aufhebungsvertrag als Lösung des Beschäftigungsverhältnisses zu behandeln seien. Der Arbeitnehmer leiste auch durch den Abschluss eines sog. Abwicklungsvertrages, in dem er ausdrücklich oder konkludent auf die Geltendmachung seines Kündigungsschutzes verzichte, einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung seiner Beschäftigungslosigkeit. Es komme nicht entscheidend darauf an, ob eine Vereinbarung über die Hinnahme der Arbeitgeberkündigung vor oder nach deren Ausspruch getroffen werde. Sinn und Zweck der Sperrzeit sei, die Versicherungsgemeinschaft typisierend gegen Risikofälle zu schützen, deren Eintritt der Versicherte selbst zu vertreten habe. Hierbei mache es keinen wesentlichen Unterschied, ob der Arbeitnehmer an der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages mitwirke oder ob seine aktive Beteiligung darin liege, dass er hinsichtlich des Bestandes der Kündigung und deren Folgen verbindliche Vereinbarungen schließt. In beiden Fällen treffe ihn eine wesentliche Verantwortung für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

Der regelmäßige Ablauf einer Kündigung mit nachfolgender Abwicklungsvereinbarung bestehe darin, dass dem Arbeitnehmer vor dem Ausspruch der Kündigung eine entsprechende Vereinbarung in Aussicht gestellt werde. Letztlich sei es aber nicht entscheidungserheblich, ob eine entsprechende Erwartungshaltung explizit oder durch die bisherige Übung des Arbeitgebers geweckt werde, oder ob ein Abwicklungsvertrag ohne vorherige Absprache erstmals im Zeitraum nach Ausspruch der Kündigung geschlossen werde.

Entgegen der bisherigen Handhabung führt damit letztlich der Abschluss eines Abwicklungsvertrages in der Regel zur Verhängung einer zwölfwöchigen Sperrzeit in Bezug auf das Arbeitslosengeld.

#### 5. Mögliche Ausweichstrategien

Die Entscheidung des BSG ist vielfältiger Kritik ausgesetzt. Dennoch wird sich die Praxis auf die verschärfte Rechtsprechung des BSG einstellen müssen. Das BSG selbst deutet in einem obiter dictum seiner Entscheidung einige mögliche Ausnahmen von dem oben geschilderten Grundsatz an, ohne sich jedoch festzulegen:

##### a) Rechtmäßige Kündigung

Eine Sperrzeit tritt nicht ein, wenn der Arbeitnehmer für das Lösen des Arbeitsverhältnisses einen wichtigen Grund hat. Dieser liegt nach Ansicht des BSG z. B. vor, wenn die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung objektiv rechtmäßig ist und der Arbeitnehmer sodann einen Abwicklungsvertrag schließt. In der Praxis dürften die Fälle der objektiv rechtmäßigen Kündigung eher die Ausnahme bilden. Meist beziehen sich Abwicklungsvereinbarungen auf Kündigungen, an deren Wirksamkeit zumindest Zweifel bestehen. Letztlich würde daher ein Kündigungsrechtsstreit nicht vermieden; vielmehr würde die Überprüfung der Kündigung inzident durch das Sozi-

4 BSG v. 25.4.2002 – B 11 AL 89/01 R, NZA-RR 2003, 162. Vgl. auch bereits: BSG v. 9.11.1995 – 11 Rar 27/95, NZA-RR 1997, 109 (110).

5 Vgl. etwa *Bauer/Hümmerich*, NZA 2003, 1076 ff.; *Gaul*, BB 2003, 2457 (2459); *Weber/Ehrich/Burmester*, Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge, 4. Aufl., S. 486, Rz. 153.

6 BSG v. 18.12.2003 – B 11 AL 35/03 R.

algericht erfolgen – und dies unter Geltung der Amtsermittlungsgrundsatzes.

#### b) Vereinbarungen nach Ablauf der Klagefrist

Eine weitere Ausnahme von der Sperrzeitverhängung erwägt das BSG, wenn nach Ablauf der dreiwöchigen Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG) und ohne vorherige Absprache oder Ankündigung eine Vereinbarung getroffen wird, durch die lediglich Einzelheiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geregelt werden. Ob Bestandteil dieser nachträglichen Vereinbarung auch die Zahlung einer Abfindung sein kann, lässt das BSG offen.

Letztlich ist damit wenig gewonnen: Aus Sicht des Arbeitgebers ist der Verzicht auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage der wesentliche Bestandteil des Abwicklungsvertrages. Ist die Klagefrist bereits verstrichen, wird der Arbeitgeber kaum Veranlassung haben, nachträglich eine Abfindung zu zahlen. Tut er dies wider jede Lebenserfahrung gleichwohl, werden die Sozialgerichte mutmaßen, dass dem eine vorhergehende Absprache mit dem Arbeitnehmer zugrunde lag, und mit dieser Begründung eine Sperrzeit verhängen.

#### c) Vergleichsabschluss vor dem Arbeitsgericht

Schließlich deutet das BSG in seinem Urteil vom 18.12.2003 an, dass „eine besondere Betrachtung für Vereinbarungen geboten sein könnte“, die ohne vorherige Absprache nach Erhebung der Kündigungsschutzklage vor einem ArbG geschlossen werden. Dies dürfte in der Praxis – zum Missfallen der Arbeitsgerichte, die ohnehin über die Prozessflut klagen – der einzig gangbare Weg zur Vermeidung einer Sperrzeit bilden. Eine verbindliche Aussage bleibt das BSG bedauerlicherweise auch hier schuldig. Wurde der Weg über eine rechtswidrige Arbeitgeberkündigung mit anschließender Klage vor dem ArbG einvernehmlich mit dem Ziel beschritten, durch einen arbeitsgerichtlichen Vergleich den Eintritt der Sperrzeit zu verhindern, wird eine Sperrzeit verhängt. Letztlich wird dies aber häufig an der Beweisbarkeit scheitern.

#### d) Abfindungsangebot nach § 1a KSchG

Ob eine Sperrzeit auch dann eintritt, wenn der Arbeitnehmer ohne vorherige Absprache eine betriebsbedingte Kündigung hinnimmt, in der ihm ein Abfindungsangebot nach § 1a KSchG unterbreitet wurde, ist vom BSG bislang nicht entschieden worden. Nach derzeitiger Weisungslage der Bundesagentur für Arbeit liegt zumindest dann kein Sperrzeittatbestand vor, wenn die hingegenommene, mit einer Abfindung nach § 1a KSchG versüßte arbeitgeberseitige Kündigung nicht offensichtlich rechtswidrig ist. Allerdings ist ein Angebot nach § 1a KSchG mit zahlreichen rechtlichen Zweifelsfragen und Fallstricken verbunden<sup>7</sup>, so dass in der Praxis von der Unterbreitung eines entsprechenden Abfindungsangebotes abzuraten ist.

### 6. Fazit/Empfehlungen für die Praxis

Durch die Entscheidung des BSG vom 18.12.2003 dürften außergerichtliche Abwicklungsverträge zur Vermeidung einer Sperrzeit in der Praxis weitgehend wertlos, zuweilen sogar kostenträchtig werden: Arbeitnehmern droht eine zwölfwöchige Sperre des Arbeitslosengeldes, Arbeitgebern unter Umständen Schadensersatzansprüche.

Allerdings existieren einige Schlupflöcher. Zukünftig ist es ratsam, Abwicklungsverträge erst nach Erhebung einer Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht zu schließen und dort zu protokollieren. Dabei sollte alles vermieden werden, was eine vorhergehende Absprache zwischen den Parteien vermuten lassen könnte.

Arbeitgebern ist zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen zu empfehlen, nicht anwaltlich beratene Arbeitnehmer vor Abschluss eines Abwicklungsvertrages entweder auf etwaige negative sozialversicherungsrechtlichen Folgen hinzuweisen oder sie diesbezüglich an die örtliche Arbeitsagentur zu verweisen. Aus Beweisgründen sollte der entsprechende Hinweis schriftlich dokumentiert werden.

Bei der Gestaltung einer Aufhebungs- oder Abwicklungsvereinbarung sollten zur Vermeidung späterer Rechtsstreitigkeiten stets die umfänglichen Dienstanweisungen der Bundesagentur für Arbeit an die örtlichen Arbeitsagenturen in ihrer jeweils aktuellen Fassung beachtet werden.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Nägele*, Die Abfindungsoption nach § 1a KSchG – praxisrelevant?, ArbRB 2004, 80 ff.