

Die Systematik des wichtigen Grundes nach § 159 SGB III bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung

Von Maximilian D. Schweiger*

Wirkt ein Beschäftigter durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags an der Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses mit, führt dies grundsätzlich zu einer Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld von bis zu 12 Wochen, es sei denn, er hat einen wichtigen Grund für den Abschluss des Aufhebungsvertrags. Im Folgenden wird aktuellen Tendenzen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bei der Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs nachgegangen. Dabei zeigt sich, dass die hohen Anforderungen der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts an eine sanktionsfreie Mitwirkung bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses¹ im Schwinden begriffen sind.

A. Entwicklung der Rechtsprechung des BSG zum wichtigen Grund

Hat der Arbeitnehmer sich *versicherungswidrig* verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, so ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit (§ 159 Abs. 1 S. 1 SGB III).

I. Grundsätzliches zum wichtigen Grund

Voraussetzungen für den Eintritt einer Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe gem. § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 1. Alt. SGB III sind die *Lösung* des Beschäftigungsverhältnisses durch den Arbeitslosen (versicherungswidriges Verhalten), grob fahrlässige herbeigeführte Arbeitslosigkeit, Kausalität zwischen der Lösung des Beschäftigungsverhältnisses und der Arbeitslosigkeit sowie das *Fehlen eines wichtigen Grundes* als *negativem Tatbestandsmerkmal* zum Zeitpunkt des versicherungswidrigen Verhaltens.² Mit Abschluss des Aufhebungsvertrags setzt der Beschäftigte durch seine Willenserklärung und damit durch *aktives* Verhalten eine wesentliche Ursache zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und führt seine Arbeitslosigkeit *schuldhaft* herbei, wenn er zum Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags keine Aussicht auf eine nahtlose Anschlussbeschäftigung hat. Eine Sperrzeit tritt jedoch nicht ein, wenn der Arbeitnehmer für seine Mitwirkung am Aufhebungsvertrag einen *wichtigen Grund* hatte. Durch den unbestimmten Rechtsbegriff des wichtigen Grundes erfolgt gewissermaßen eine „Feinjustierung“ des Sperrzeittatbestandes.³ Nach ständiger Rechtsprechung des BSG ist über das Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Sperrzeitregelung *insgesamt* als auch des *einzelnen* einschlägigen Sperrzeittatbestandes zu entscheiden.⁴ Die Sperrzeitvorschrift soll die Solidargemeinschaft typisierend vor der Inanspruchnahme durch Versicherte schützen, die den Eintritt des versicherten Risikos der Arbeitslosigkeit selbst herbeigeführt oder zu vertreten haben. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll eine Sperrzeit nur eintreten, wenn dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung seiner Interessen und der der Versichertengemeinschaft ein anderes Verhalten zugemutet werden kann.⁵

II. Lockerung der Anforderungen an den wichtigen Grund

Grundsätzlich ist dem Arbeitnehmer im Interesse der Versichertengemeinschaft *zuzumuten*, die Kündigung abzuwarten, sofern nicht *besondere Umstände* vorliegen.⁶

1. Unvermeidbare Beschäftigungslosigkeit

Solche *besonderen Umstände* können z. B. dann gegeben sein, wenn dem Arbeitnehmer a) eine *betriebsbedingte* – von seinem Verhalten unabhängige – *Kündigung* zu dem Zeitpunkt *droht*, zu dem er das Arbeitsverhältnis löst, diese Arbeitgeberkündigung b) nach Arbeitsrecht *objektiv rechtmäßig*

ist und der Arbeitnehmer c) durch eine einverständliche Lösung des Arbeitsverhältnisses – mit einer Kündigung typischerweise einhergehende – *Nachteile* vermeiden kann, die sich durch eine Arbeitgeberkündigung *für sein berufliches Fortkommen* und seine Vermittlungschancen ergeben.⁷

2. Sicherung einer Abfindung

In der Folge hat das BSG eine weitergehende Klarstellung dahingehend vorgenommen, dass eine Unzumutbarkeit des Abwartens der arbeitgeberseitigen Kündigung *nicht nur* bei *Nachteilen* für das berufliche Fortkommen in Betracht kommt. Dies sei nur *ein* möglicher in Betracht zu ziehender Gesichtspunkt im Falle einer drohenden rechtmäßigen fristgerechten Arbeitgeberkündigung. Vielmehr können auch *sonstige* Umstände zu einem wichtigen Grund führen, wie z. B. die Sicherung einer günstigen Gestaltung der Modalitäten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder einer im Rahmen eines Aufhebungsvertrags angebotenen *Abfindung* vor dem Hintergrund des ohnehin nicht zu vermeidenden Eintritts der Beschäftigungslosigkeit. Im Falle einer *Abfindung* ist insoweit die tatsächliche Feststellung ausreichend, dass ohne den Abschluss des Aufhebungsvertrags die Abfindung nicht zahlbar gewesen wäre, wobei die *Höhe der Abfindung* in diesem Zusammenhang *unerheblich* ist.⁸ Unter Beachtung des Zwecks der Sperrzeit und des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots besteht in der Konstellation der für den Arbeitnehmer ohnehin unausweichlichen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses keine schützenswertes Interesse der Versicherungsgemeinschaft, das es rechtfertigen würde, den Arbeitnehmer von der Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen abzuhalten und ihm zuzumuten, die *entschädigungslose* Arbeitgeberkündigung abzuwarten und somit auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter günstigeren Modalitäten zu verzichten. In derartigen Fällen bedarf es zur Bejahung eines wichtigen Grundes auch *keiner* Feststellung *weiterer* besonderer Umstände, wie etwa der Verschiebung des Kündigungszeitpunkts oder der Freistellung durch den Aufhebungsvertrag, die ein Abwarten der Kündigung unzumutbar erscheinen lassen.⁹

3. Entsprechende Anwendung des § 1 a KSchG

Das BSG hat darüber hinaus im Rahmen eines obiter dictums erwogen, dass die unmittelbar nur auf das Arbeitsrecht bezogene „Öffnung“ für eine Beendigung von Arbeitsverhältnissen in § 1 a KSchG Veranlassung sein könnte, künftig einen wichtigen Grund bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags ohne die ansonsten ausnahmslose Prüfung der Rechtmäßigkeit der drohenden Arbeitgeberkündigung anzuerkennen, wenn die in § 1 a Abs. 2 KSchG vorgesehene Abfindungshöhe nicht überschritten wird.¹⁰ Später hat das BSG diese Ankündigung wiederholt und zugleich klargestellt, dass jenseits der Regelung des § 1 a KSchG und der von dieser Regelung erfassten Abfindungen an der Prüfung der Rechtmäßigkeit der anderenfalls drohenden Kündigung festgehalten werden soll.¹¹

Seine Ankündigungs-Rechtsprechung hat das BSG mit der Entscheidung vom 2.5.2012 dahingehend weiterentwickelt, dass bei einem Aufhebungsvertrag mit Abfindungsvereinbarung in den Grenzen des § 1 a Abs. 2 KSchG die Prüfung der Rechtmäßigkeit der drohenden Arbeitgeberkündigung entfällt und sich der Arbeitnehmer auf einen wichtigen Grund berufen kann, wenn – im Wege einer Plausibilitätskontrolle – keine Anhaltspunkte für eine Gesetzesumgehung zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft (z. B. bei einer offenkundig rechtswidrigen Kündigung) vorliegen.¹²

B. Darlegungs- und Beweislast

Das 1. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt hat – auf Vorschlag der Hartz-Kommission und in Übernahme der Rechtsprechung des BSG zur Beweislast – in § 144 Abs. 1 S. 3 SGB III (jetzt § 159 Abs. 1 S. 3 SGB III) eine Regelung zur Feststellungslast bei der Beurteilung des wichtigen Grundes getroffen.¹³ Danach obliegt es dem Arbeitnehmer, die Tatsachen darzulegen und ggf. nachzuweisen (Beweislast), die den wichtigen Grund begründen. Dies gilt allerdings nur für

solche tatsächlichen Verhältnisse, die in der Sphäre oder dem Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers liegen, was aber in der Regel – so auch in der vorliegenden Fallgestaltung des Drohens einer betriebsbedingten Kündigung – anzunehmen ist.¹⁴ Die objektive Beweislast greift jedoch erst und nur dann, wenn die Arbeitsverwaltung und das Gericht im Rahmen der Amtsermittlung (§ 20 SGB X, § 103 SGG) die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen des wichtigen Grundes unter Berücksichtigung aller speziellen Umstände des Einzelfalles erschöpfend ermittelt haben.¹⁵ Das Amtsermittlungsprinzip wird also durch § 159 Abs. 1 S. 3 SGB III nicht außer Kraft gesetzt, sondern lediglich die Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers erhöht¹⁶, dem insoweit dezidierte Einlassungen zu den betrieblichen Veränderungen unter Benennung der Verantwortlichen obliegen.

C. Die Systematik des wichtigen Grundes

Aus der skizzierten Rechtsprechung des BSG lässt sich für den wichtigen Grund gem. § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III folgende Prüfungssystematik ableiten.

I. Drohen einer betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung

Bei der Beurteilung, ob eine Kündigung spätestens zum Zeitpunkt des Abschlusses eines Aufhebungsvertrags aus betrieblichen Gründen konkret droht, kommt es nicht auf die subjektiven Vorstellungen des Arbeitnehmers zu hypothetischen Entwicklungen, sondern auf die *objektive* Sachlage an.¹⁷ Ein *Irrtum* des Arbeitnehmers über das Drohen einer betriebsbedingten Kündigung¹⁸ kann sich jedoch als besondere Härte sperrzeitmindernd gem. § 159 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 b SGB III auswirken.

Von einer drohenden Arbeitgeberkündigung kann keine Rede sein, wenn der Personalabbau in einer Firma anlässlich einer Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG *vollständig ohne Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen* erfolgt¹⁹ oder wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags eine objektiv rechtmäßige betriebsbedingte Kündigung (*noch*) *gar nicht möglich ist*, weil der Arbeitgeber gemäß dem mit dem Betriebsrat geschlossenen *Interessenausgleich* und Sozialplan vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung im Rahmen eines sog. Clearingverfahrens gegenüber dem Arbeitnehmer zu einem Vermittlungsversuch auf einen zumutbaren Arbeitsplatz verpflichtet ist.²⁰ Ebenso wenig ist absehbar, ob bzw. in welchem Umfang überhaupt betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden müssen, wenn das Unternehmen zunächst für einen bestimmten Zeitraum im Rahmen eines sog. Freiwilligenprogramms versucht, seine Personalabbauziele durch den Abschluss freiwilliger Ausscheidungsvereinbarungen zu erreichen, indem den Arbeitnehmern besonders attraktive Leistungen, insbesondere vergleichsweise hohe Abfindungen oder sog. Turboprämien gewährt werden²¹ oder dem Arbeitnehmer ein Wechsel in eine externe Transfergesellschaft ermöglicht wird.²² Auch reicht es nicht, wenn ein „gewisser Druck“ auf den Arbeitnehmer ausgeübt wird. Dem Arbeitnehmer ist es vielmehr zuzumuten, eine entsprechende konkrete Äußerung des Arbeitgebers abzuwarten.²³ *Selbst wenn* der Arbeitgeber einen – wenngleich drastischen – Personalabbau beschließt, von dem auch der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers betroffen ist, und der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer zum Ausdruck bringt, dass er kein besonderes Interesse an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses hat, so folgt daraus nicht notwendigerweise eine hinreichend konkrete objektive Bedrohung durch eine Arbeitgeberkündigung. Auch besagt die in Aufhebungsverträgen oft verwandte Formulierung, dass der Aufhebungsvertrag „zur Vermeidung einer ansonsten erforderlichen betriebsbedingten Kündigung“ geschlossen werde, nichts über ein hinreichend konkretes Drohen einer betriebsbedingten Kündigung.²⁴ Eine konkrete Bedrohung liegt vielmehr erst dann vor, wenn das Personalabbauprogramm des Arbeitgebers so weit gediehen ist, dass eine Sozialauswahl durch den Arbeitgeber erfolgt ist. Erst dann hat dieser konkretisiert, welche Arbeitnehmer gekündigt werden und darüber hinaus geprüft, ob eine rechtmäßige Arbeitgeberkündigung vorgenommen werden

kann.²⁵ Die Sozialauswahl kann im Falle einer Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG auch der namentlichen Bezeichnung in einem Interessenausgleich (Namensliste) zu entnehmen sein (§ 1 Abs. 5 KSchG).²⁶

Festzuhalten ist, dass das Drohen einer Arbeitgeberkündigung aus betrieblichen Gründen nicht mit der *allgemeinen* Bedrohung von Arbeitslosigkeit gem. § 111 Abs. 4 Nr. 1, § 17 SGB III gleichzusetzen ist. Letztere liegt bereits dann vor, wenn sich – anhand der der Anzeige über den Arbeitsausfall (§ 111 Abs. 6, § 99 SGB III) beigefügten Übersicht über die zu kündigenden Arbeitnehmer und damit anhand von hinreichend konkreten objektiven Anhaltspunkten – die ernste Absicht des Arbeitgebers manifestiert, den Arbeitnehmer in absehbarer Zeit durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag zu entlassen oder zur Eigenkündigung zu bewegen, ohne dass es auf die Rechtmäßigkeit des (hypothetischen) Kündigungssachverhalts ankäme.²⁷ Demgegenüber setzt das Drohen der Arbeitgeberkündigung im sperrzeitrechtlichen Sinne – wie dargelegt – ein konkretes Kündigungsszenario mit Überlegungen zur Sozialauswahl voraus.²⁸

II. Keine Vorverlegung des Zeitpunkts der Beschäftigungslosigkeit

Durch den Aufhebungsvertrag darf der Eintritt der Beschäftigungslosigkeit (§ 137 Abs. 1 Nr. 1, § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III) gegenüber der drohenden Kündigungssituation nicht vorverlegt werden. D. h. die Arbeitgeberkündigung müsste, wäre sie denn ausgesprochen worden, entweder zu demselben Zeitpunkt, zu dem das Beschäftigungsverhältnis geendet hat, oder sogar noch früher wirksam geworden sein.

III. Abfindung in den Grenzen des § 1 a KSchG

Nach § 1 a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 KSchG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf eine Abfindung in Höhe von 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG kündigt, er in seiner Kündigungserklärung darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer beim Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann und der Arbeitnehmer die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG tatsächlich hat verstreichen lassen.

Fraglich ist, wann sich eine Abfindung „in den Grenzen“ des § 1 a KSchG bewegt. Der jüngsten Rechtsprechung des BSG lässt sich lediglich entnehmen, dass die gesetzliche Regelung der Abfindung in § 1 a KSchG die Vereinbarung von höheren oder niedrigeren Abfindungen nicht ausschließt und dass bei frei vereinbarten Abfindungssummen, namentlich solcher, die die Grenzen des § 1 a Abs. 2 KSchG *deutlich überschreiten*, ein Anhaltspunkt für einen „Freikauf“ und damit eine Manipulation des Versicherungsrisikos gegeben sein *könne*.²⁹

Im Falle der *Unterschreitung* der durch § 1 a KSchG vorgesehenen Abfindung bejaht die BA einen *noch wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil* und damit die entsprechende Anwendung des § 1 a KSchG, solange für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses zumindest eine Abfindung von 0,25 Monatsgehältern gezahlt wird.³⁰ Gegen diese Verwaltungspraxis sind bislang keine Einwände ersichtlich.

Im Falle der *Überschreitung* der von § 1 a KSchG vorgesehenen Abfindungshöhe ist das Meinungsbild zur Übertragung des Gedankens der Vorschrift in das Sperrzeitrecht hingegen uneinheitlich. Einige Landessozialgerichte legen – ebenso wie die BA – die BSG-Rechtsprechung eng aus. Danach ist die vom BSG geforderte ausnahmslose Prüfung der Rechtmäßigkeit der Arbeitgeberkündigung nur verzichtbar, wenn die Abfindungshöhe die in § 1 a Abs. 2 S. 1 KSchG vorgesehene nicht überschreitet. Die Gerichte nehmen insoweit eine *exakte Vergleichsberechnung* vor.³¹

Anders das bayerische LSG. Das Gericht bejaht einen wichtigen Grund selbst bei *erheblicher* Überschreitung der Grenzen des § 1 a Abs. 2 S. 1 KSchG, solange es keine *Gesetzesumgehung* durch die Arbeitsvertragsparteien im Sinne eines „Freikaufs“ vom Kündigungsschutz feststellen kann. Es vertritt die Auffassung, dass die *Rechtmäßigkeit* der drohenden betriebsbedingten Kündigung – vom Fall der Gesetzesumgehung zu Lasten der Versichertengemeinschaft abgesehen – „in aller Regel“ nicht zu prüfen sei.³²

Damit überdehnt das bayerische LSG die entsprechende Anwendung des § 1 a KSchG im Sperrzeitrecht entgegen der vom BSG – in seiner „Ankündigungs-Rechtsprechung“ – noch klar geäußerten Intention, wonach jenseits der von § 1 a KSchG erfassten Abfindungen gerade an der Prüfung der Rechtmäßigkeit der anderenfalls drohenden Kündigung festgehalten werden soll.³³ Die Zubilligung einer höheren Abfindung durch den Arbeitgeber im Rahmen eines Aufhebungsvertrags stellt eine rechtlich erhebliche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild dar, die tendenziell dafür spricht, dass das Risiko einer Rechtswidrigkeit der Kündigung als besonders hoch eingeschätzt wird. Daher ist in Fällen, in denen sich die Abfindung außerhalb des Rahmens von 0,25 – 0,5 Monatsgehältern bewegt, an der Prüfung der Rechtmäßigkeit der drohenden betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung festzuhalten, sofern man Manipulationen zu Lasten der Versichertengemeinschaft und auch der Allgemeinheit nicht Tür und Tor öffnen will.³⁴ Bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes ist der Fall einer zu niedrigen oder (unwesentlich) höheren Abfindung richtigerweise systematisch im Rahmen des § 159 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 b SGB III – der besonderen Härte – zu verorten.³⁵

IV. Plausibilitätskontrolle der drohenden Arbeitgeberkündigung

Der Wirkung des § 1 a KSchG – in Gestalt des Verzichts auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der drohenden Arbeitgeberkündigung – auf das Arbeitsförderungsrecht sind durch den Zweck der Sperrzeitregelung Grenzen gesetzt, die Versichertengemeinschaft gegen Risikofälle zu schützen, deren Eintritt der Arbeitnehmer selbst zu vertreten hat.³⁶ Anhaltspunkte für eine derartige Manipulation des Versicherungsrisikos liegen vor, wenn die Arbeitsvertragsparteien den Weg über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags nur deshalb gehen, um eine Sperrzeit zu vermeiden, die ansonsten wegen einer offenkundig rechtswidrigen Kündigung³⁷ eintreten würde.³⁸ In solchen Fällen hat das Gericht die Rechtmäßigkeit der in Aussicht gestellten Kündigung einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen, also etwa zu prüfen, ob ein tariflich unkündbarer Mitarbeiter entsprechend § 626 BGB ausnahmsweise doch aus betriebsbedingten Gründen unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist außerordentlich kündbar war, weil sein Arbeitsplatz weggefallen ist und der Arbeitgeber ihn auch unter Einsatz aller zumutbaren Mittel nicht weiterbeschäftigen konnte.³⁹ Die Rechtsprechung begnügt sich insoweit mit entsprechend nachvollziehbaren Darlegungen des Arbeitnehmers.⁴⁰

V. Kein Abfindungsanspruch gem. § 1 a Abs. 2 KSchG

Erhält der Arbeitnehmer im Rahmen des Aufhebungsvertrags keine Abfindung oder bewegt sich diese außerhalb der Grenzen des § 1 a Abs. 2 KSchG, so sind im Anschluss an die Frage der Vorverlegung des Eintritts der Beschäftigungslosigkeit (II.) die folgenden Punkte zu prüfen.

1. Rechtmäßigkeit der hypothetischen betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung

Bei der Rechtmäßigkeit der angedrohten betriebsbedingten Kündigung ist nicht auf das subjektive Vorstellungsbild des Arbeitnehmers, sondern auf die objektive Rechtslage abzustellen.⁴¹ Ob eine – nach arbeitsrechtlichen Maßstäben – rechtmäßige (hypothetische) Kündigung vorliegt, haben Arbeitsverwaltung und Sozialgerichte nach dem Amtsermittlungsgrundsatz zu untersuchen.⁴²

a) Allgemeiner Kündigungsschutz nach KSchG

Sofern für den hypothetisch zu prüfenden Kündigungssachverhalt sowohl der personelle (§ 1 Abs. 1 KSchG) wie auch sachliche Anwendungsbereich (vgl. § 23 KSchG) eröffnet ist, bedarf die Kündigung der sozialen Rechtfertigung gem. § 1 Abs. 1 KSchG.⁴³ Eine betriebsbedingte Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG) und/oder auf einer fehlerhaften Sozialauswahl beruht (§ 1 Abs. 3 KSchG). Darauf hindeutenden Anhaltspunkten hat das Sozialgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht nachzugehen.⁴⁴ Bei der schwierigen Prüfung der Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 KSchG⁴⁵ sind folgende wesentliche Aspekte zu beachten.

aa) Betriebsbedingter Kündigungsgrund

(1) Außer – oder innerbetriebliche Gründe

Eine Kündigung kann auf Auftragsrückgang resp. Umsatzeinbußen als typischen außerbetrieblichen Grund gestützt werden. Dieser Grund führt insofern zu einer Selbstbindung des Arbeitgebers, als ein direkter Zusammenhang zwischen Auftragsmangel und Beschäftigungsabbau bestehen muss. Der Arbeitgeber ist gehalten, Arbeitsplätze (nur) in dem Umfang abzubauen, wie dies durch die geltend gemachten äußeren Umstände gerechtfertigt ist. Fehlt es an einer solchen Darlegung oder ist die Kalkulation des Arbeitgebers nicht nachvollziehbar, so ist die Kündigung trotz an sich anerkannter unternehmerischer Motive unwirksam.

Typische innerbetriebliche Gründe sind Rationalisierungsmaßnahmen mit Einschränkung der Produktion sowie organisatorische Veränderungen, die Betriebsbeschränkungen oder Betriebs(abteilungs-)schließungen zur Folge haben. Es handelt sich dabei um eine gestaltende unternehmerische Entscheidung, die einen Arbeitskräfteüberhang zur Folge hat. Diese Auswirkung der unternehmerischen Entscheidung auf den Arbeitsplatz muss vom Arbeitgeber so nachvollziehbar dargestellt werden, dass sie vom Gericht überprüft werden kann. Schlagwortartige Aussagen, einschneidende Rationalisierungsmaßnahmen machten eine Verringerung des Personalbestandes erforderlich, sind daher völlig unzureichend.⁴⁶

(2) Unternehmerische Entscheidung und kausaler Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit

Der außerbetriebliche Kündigungsgrund als solcher führt noch nicht zum Wegfall des Arbeitsplatzes, vielmehr bedarf es dazu einer entsprechenden unternehmerischen Entscheidung. Die innerbetriebliche Ursache fällt dagegen i. d. R. mit der Unternehmerentscheidung zusammen. Vom Gericht voll nachzuprüfen ist, ob eine unternehmerische Entscheidung *tatsächlich* vorliegt und ob *durch* ihre Umsetzung das Beschäftigungsverhältnis für den einzelnen Arbeitnehmer im Betrieb *tatsächlich* entfallen ist. Die unternehmerische Entscheidung selbst, d. h. deren Sinnhaftigkeit, unterliegt keiner Zweckmäßigkeit-, sondern nur einer Missbrauchskontrolle im Hinblick auf offensichtliche Willkürlichkeit.⁴⁷

bb) Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Liegen dringende betriebliche Erfordernisse vor, die den Wegfall des Arbeitsplatzes zur Folge haben, so sind diese nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG nur dann zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung geeignet, wenn keine Möglichkeit zur anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers besteht. Entsprechend dem *ultima-ratio-Prinzip* ist weiter zu prüfen, ob es anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten auf einem gleichwertigen *freien* Arbeitsplatz im *Unternehmen* gegeben hat (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 b KSchG)⁴⁸ oder ob eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach

zumutbaren⁴⁹ Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder unter geänderten Arbeitsbedingungen (Vorrang der Änderungskündigung) – ggf. auch in einem anderen Betrieb des Unternehmens – möglich und der Arbeitnehmer einverstanden gewesen wäre (§ 1 Abs. 2 S. 3 KSchG).

cc) Ordnungsgemäße Sozialauswahl

Lagen die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitnehmers wegen eines Personalüberhangs infolge Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung und fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vor, so bedarf es der personellen Konkretisierung in Form der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG. Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist die (drohende) Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse unwirksam, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmers bestimmte soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat.⁵⁰

(1) Vergleichbarkeit

Bei der Sozialauswahl hat der Arbeitgeber zunächst Überlegungen zum Kreis der – ggf. nach kurzer Einarbeitungszeit⁵¹ – nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen vergleichbaren und wechselseitig qua Direktionsrecht austauschbaren Arbeitnehmer anzustellen.⁵² Arbeitnehmer, denen auf Grund gesetzlicher, tarifvertraglicher oder arbeitsvertraglicher Regelungen nicht ordentlich gekündigt werden kann, sind nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen⁵³, ebenso wenig Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung trotz schlechter Sozialdaten wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs *im berechtigten betrieblichen Interesse* liegt (§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG).⁵⁴ Aus der Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl folgt, dass diese entbehrlich ist, wenn der gesamte Betrieb geschlossen wird.⁵⁵

(2) Auswahlkriterien

Die Auswahl eines Arbeitnehmers aus dem ermittelten Personenkreis hat unter „ausreichender Berücksichtigung“ der sozialen Gesichtspunkte des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltsverpflichtung und Schwerbehinderung) zu erfolgen.⁵⁶ Ist im Rahmen einer Massenentlassung eine Punktetabelle zur Anwendung gekommen, in welcher den einzelnen Auswahlkriterien Punktwerte zugeordnet werden, und dabei ein Auswahlfehler unterlaufen, so macht dieser Fehler nicht sämtliche Kündigungen sozialwidrig bzw. unwirksam, sondern nur diejenigen, die bei richtiger Anwendung des Punkteschemas nicht hätten ausgesprochen werden dürfen. Alle anderen Kündigungen bleiben trotz des Fehlers in Anbetracht einer zumindest „ausreichenden“ Sozialauswahl voll wirksam.⁵⁷ Sind bei einer Kündigung wegen einer Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG die zu kündigenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich namentlich bezeichnet, so muss die Sozialauswahl nur der Prüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit standhalten (§ 1 Abs. 5 S. 2 KSchG).⁵⁸

b) Kündigung tariflich unkündbarer Arbeitnehmer

Da dringende betriebliche Erfordernisse regelmäßig nur eine ordentliche Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG rechtfertigen, kann einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer nur in extremen Ausnahmefällen außerordentlich betriebsbedingt mit sozialer Auslaufzeit nach § 626 BGB gekündigt werden. Ein wichtiger Grund zur Kündigung kann sich daraus ergeben, dass wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer notfalls bis zum Erreichen der Pensionsgrenze weiterbezahlen müsste und ihm dies unzumutbar ist. In Anknüpfung an § 624 BGB sieht die Rechtsprechung ein dauerhaft unzumutbares – sinnenleeres – Arbeitsverhältnis noch nicht als gegeben an, wenn etwa bei Wegfall des Arbeitsplatzes der Zeitraum bis zur Pensionierung des Arbeitnehmers deutlich unter 5 Jahren liegt. Nicht jede mit dem Festhalten

am Vertragsinhalt verbundene Last bildet also einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung. Aus den Angaben des Arbeitgebers muss vielmehr schlüssig hervorgehen, dass er unter Berücksichtigung der von ihm vertraglich eingegangenen besonderen Verpflichtung alle irgendwie zumutbaren Alternativen einer Weiterbeschäftigung – in anderer Form, an anderer Stelle, ggf. nach Umschulung, Umorganisation und zumutbaren Überbrückungsmaßnahmen – geprüft hat und eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu anderen Arbeitsbedingungen tatsächlich ausgeschlossen oder unzumutbar ist.⁵⁹

c) Einhaltung der für den Arbeitgeber geltenden Kündigungsfrist

Die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber maßgeblichen *ordentlichen* Kündigungsfristen ergeben sich aus dem Arbeitsvertrag (vgl. § 622 Abs. 6 BGB), dem Tarifvertrag (vgl. § 622 Abs. 4 S. 1 BGB) oder dem Gesetz (§ 622 Abs. 2 BGB). Bei einer *außerordentlichen* Kündigung *unkündbarer* Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber die einschlägige gesetzliche bzw. tarifliche Kündigungsfrist zu beachten, die gelten würde, wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre. Ansonsten würde der besonders geschützte unkündbare Arbeitnehmer schlechter stehen als der ordentlich kündbare Arbeitnehmer, dem aus dem gleichen Grund nur ordentlich unter Beachtung der einschlägigen Kündigungsfrist gekündigt werden könnte.⁶⁰

2. Unzumutbarkeit des Abwartens der Arbeitgeberkündigung

Unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots ist anlässlich des Abschlusses eines Aufhebungsvertrags bei drohender rechtmäßiger Kündigung stets zu prüfen, ob *Anhaltspunkte* dafür vorliegen, dass mit einer *rechtmäßigen* Arbeitgeberkündigung typischerweise einhergehenden *Nachteile vermieden* wurden, *welche* unter Abwägung mit den Interessen der Versichertengemeinschaft die *Unzumutbarkeit* der Hinnahme der Arbeitgeberkündigung bedingen.⁶¹ Eine solchermaßen *günstigere Gestaltung der Beendigungsmodalitäten* kommt bei Vorliegen eines der folgenden Kriterien in Betracht.

a) Abfindung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1 a KSchG

Nach der oben unter A. dargelegten Rechtsprechung des BSG führt eine Abfindungszahlung „außerhalb der Grenzen“ des § 1 a KSchG stets zur Unzumutbarkeit der Hinnahme einer Arbeitgeberkündigung, wenn feststeht, dass die Abfindung im Falle der Kündigung nicht gezahlt worden wäre. Würde auch bei einer Kündigung eine Abfindung gezahlt, so muss die im Aufhebungsvertrag vereinbarte Abfindung mindestens 10 Prozent höher sein.⁶²

b) Verlegung des Beendigungszeitpunkts

Auch eine im Rahmen des Aufhebungsvertrags vereinbarte – gegenüber der drohenden Kündigung – längere Beschäftigungsdauer stellt eine – zur Unzumutbarkeit des Abwartens der Arbeitgeberkündigung führende – *günstigere Gestaltung der Beendigungsmodalitäten* dar.

c) Freistellung und Sonderkündigungsrecht

Das bayerische LSG sieht in einer in der Aufhebungsvereinbarung *vereinbarten* (widerruflichen) Freistellung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts einen geldwerten Vorteil, den der Arbeitnehmer – unabhängig von einer vorhergehenden *tatsächlichen* Freistellung – nicht hätte beanspruchen können, wenn er eine Kündigung abgewartet hätte. Die *vereinbarte* entgeltliche Freistellung sei, soweit die Entbindung von der Arbeitspflicht über den arbeitsvertraglich vereinbarten Urlaub hinausgehe, als bezahlter Urlaub zu qualifizieren. Diesem sei, im Hinblick auf den Abgeltungsanspruch des § 7 Abs. 4 BUrlG, grundsätzlich *Geldwert* beizumessen.⁶³

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien im Aufhebungsvertrag, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis entgegen den gesetzlichen und arbeitsvertraglich vereinbarten Kündigungsfristen *fristlos* oder mit einer Auslauffrist beenden kann, so soll auch in einem solchen Sonderkündigungsrecht des Arbeitnehmers nach Auffassung des bayerischen LSG eine *günstigere* Beendigungsmöglichkeit liegen, die ein Abwarten der *angedrohten* Arbeitgeberkündigung unzumutbar macht. Der Aufhebungsvertrag mit Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts trägt nach Auffassung des Gerichts in hohem Maß dem Interesse der Versichertengemeinschaft Rechnung, da der Arbeitnehmer so die *Möglichkeit* erhält, durch autonomes Handeln übergangslos in ein neues Beschäftigungsverhältnis zu wechseln und sich dadurch die Gefahr des Eintritts der Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers im Vergleich zur Kündigungssituation *objektiv* vermindert.⁶⁴

Der Auffassung des bayerischen LSG, dass ein Aufhebungsvertrag, der zwar keine Abfindungsregelung, aber eine entgeltliche Freistellung oder ein Sonderkündigungsrecht des Arbeitnehmers enthält, bereits die Unzumutbarkeit des Abwartens der Arbeitgeberkündigung begründet, ist kritisch zu betrachten. Das BSG erwähnt, wie unter A. dargelegt, die Freistellung lediglich im Zusammenhang mit dem Erhalt einer Abfindung als weiteres, letztlich jedoch *entbehrliches* Unzumutbarkeitskriterium. Die Erhebung von Freistellung und Sonderkündigungsrecht zu eigenständigen Unzumutbarkeitskriterien durch das bayerische LSG führt dazu, dass ein nicht sperrzeitbewehrter Aufhebungsvertrag für den Arbeitgeber ohne spürbare finanzielle Zuwendung an den Arbeitnehmer zu erlangen ist. Der Anreiz, Arbeitnehmern mit dem Aufhebungsvertrag noch eine Entlassungsentschädigung zuzubilligen, dürfte damit gegen Null gehen. Hingegen beruhen die – nach Auffassung des bayerischen LSG – auf Seiten des Arbeitnehmers mit Freistellung und Sonderkündigungsrecht verbundenen erhöhten Eingliederungschancen in ein neues Arbeitsverhältnis auf einer rein hypothetischen Annahme.⁶⁵ Auch kann in einer entgeltlichen Freistellung in einer Trennungssituation, in der der Arbeitgeber betriebsbedingt ohnehin keinen Beschäftigungsbedarf mehr hat, kein finanzielles Zugeständnis an den Arbeitnehmer gesehen werden. Letztlich begründet die auf Seiten des Arbeitnehmers mit Freistellung und Sonderkündigungsrecht verbundene – unter pekuniären wie arbeitsmarktlichen Gesichtspunkten – magere „Ausbeute“ kein die Interessen der Versichertengemeinschaft überwiegendes Arbeitnehmerinteresse, das es rechtfertigt, der betriebsbedingten Kündigung zuvorzukommen. Die Rechtsprechung des bayerischen LSG befördert – ohne erkennbare Notwendigkeit – lediglich ein Handeln des Arbeitgebers zu Lasten der Versichertengemeinschaft sowie des Arbeitnehmers.

d) Qualifiziertes Arbeitszeugnis

Fraglich ist, ob eine Vereinbarung im Rahmen des Aufhebungsvertrags, wonach der Arbeitnehmer ein überdurchschnittliches Arbeitszeugnis mit einer wohlwollenden Schlussformulierung erhält, geeignet ist, ein Abwarten der Arbeitgeberkündigung unzumutbar zu machen.⁶⁶

Dagegen spricht, dass der Arbeitgeber nach § 109 Abs. 1 S. 3 GewO *ohnehin* – unabhängig von der Beendigungsform – auf Verlangen des Arbeitnehmers zur Ausstellung eines qualifizierten Zeugnisses verpflichtet ist und dabei dem Grundsatz der Zeugniswahrheit unterliegt. Für Zugeständnisse im Rahmen der Leistungsbeurteilung besteht somit nur ein äußerst geringfügiger Spielraum, in dem sich der Arbeitgeber bewegen kann, ohne Gefahr zu laufen, ein unwahres Zeugnis auszustellen.⁶⁷ Vor diesem Hintergrund ist die Zusage eines qualifizierten Zeugnisses im Aufhebungsvertrag nicht geeignet, einen hinreichend gewichtigen Vorteil zu begründen, der es rechtfertigt würde, einer Arbeitgeberkündigung zuvorzukommen.

Was die Aufnahme einer „Dankes- und Wunschformel“ in das Arbeitszeugnis anbelangt, so hat der Arbeitgeber insoweit zwar größere Gestaltungsmöglichkeiten, weil der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG auf die schriftliche Bescheinigung des Bestehens von persönlichen Empfindungen anlässlich seines Ausscheidens, wie z. B. Dankbarkeit oder Bedauern, keinen Anspruch

hat.⁶⁸ Andererseits lässt das Fehlen einer solchen Wunschabschiedsformel, auch wenn diese in vielen Zeugnissen anzutreffen ist, keineswegs den Schluss auf ein unfriedliches Ausscheiden zu.⁶⁹

Die „Aufwertung“ des Arbeitszeugnisses mittels einer „Dankes- und Wunschformel“ kann damit nicht als nennenswerter Beitrag zur Steigerung der Eingliederungschancen angesehen werden, der ein Abwarten der Arbeitgeberkündigung unzumutbar erscheinen lässt.

e) Keine Nachteile für das berufliche Fortkommen

Im Falle eines Aufhebungsvertrags *ohne günstigere Beendigungsmodalitäten wie Abfindungszahlung oder Verlängerung der Beschäftigungsdauer* ist umstritten, ob der (zusätzliche) Nachweis eines besonderen Interesses an der Auflösungsvereinbarung in Form der Vermeidung zukünftiger beruflicher Nachteile für die Bejahung eines wichtigen Grundes erforderlich ist.

Das BSG hat sich – wie unter A. ausgeführt – bislang nur zu Aufhebungsverträgen mit Abfindungsregelungen geäußert. Der BSG-Rechtsprechung lässt sich folglich keine Absenkung der Anforderungen an den Nachweis eines besonderen Interesses dergestalt entnehmen, dass ein Aufhebungsvertrag per se bereits die Vermeidung von Nachteilen für das berufliche Fortkommen impliziert.⁷⁰ Die vom bayerischen LSG unter Berufung auf die Entscheidung des BSG vom 12.7.2006 vertretene Auffassung, dass in Fällen des Aufhebungsvertrags *ohne Abfindungszahlung* im Regelfall ein wichtiger Grund anzunehmen sei, ohne dass es des Nachweises der Vermeidung zukünftiger beruflicher Nachteile bedürfe, ist daher zu weitgehend.⁷¹

Es ist vielmehr an der Prüfung festzuhalten, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, wonach im speziellen Einzelfall das berufliche Fortkommen und die Vermittlungschancen durch den Aufhebungsvertrag weniger beeinträchtigt sind als durch eine Arbeitgeberkündigung. Eine pauschale Behauptung dahingehend, dass weite Teile der Bevölkerung und damit auch potentielle Arbeitgeber eine Arbeitgeberkündigung (wenn auch irrational) als Makel ansähen⁷², der die Vermittlungschancen beeinträchtigen könne, kann diesbezüglich nicht anerkannt werden, da keinerlei empirische Untersuchungen vorliegen, die die verlässliche Annahme gestatten, dass durch Aufhebungsverträge allgemein oder auch nur für bestimmte Altersgruppen die Eingliederungsmöglichkeiten gesteigert würden. Vielmehr bedarf es hierfür eines konkreten, einzelfallbezogenen Nachweises, dass durch den Abschluss des Aufhebungsvertrags Nachteile vermieden werden, die sich im Falle einer Kündigung für das berufliche Fortkommen ergeben.⁷³

D. Sonderfälle

I. Leitender Angestellter

Der Fall des Drohens einer betriebsbedingten Kündigung gegenüber einem *ähnlichen leitenden Angestellten* i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 KSchG fügt sich nicht in die unter C. dargestellte Prüfungssystematik ein.

Wie § 1 a KSchG, so weicht auch § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG unter bestimmten Voraussetzungen von der Konzeption des KSchG als Bestandsschutzgesetz ab. Der Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass der Arbeitgeber ein legitimes Interesse daran hat, sich von einem Angestellten mit exponierter Vertrauensstellung, der in gleicher Weise wie der Arbeitgeber Entscheidungsbefugnisse im Unternehmen hat, leichter trennen zu können.⁷⁴ Gem. § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG unterliegt ein Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses *nicht dem strengen Begründungserfordernis* gem. § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG, wonach der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Tatsachen trägt, die eine *den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit* zwischen den Arbeitsvertragsparteien nicht erwarten lassen. Wirtschaftliche oder *betriebsbedingte* Gründe

reichen hierfür regelmäßig nicht aus. Vielmehr ist ein Auflösungsgrund erforderlich, der seinen Ursprung in der Person des Arbeitnehmers oder seinem Verhalten hat.⁷⁵ Da der Arbeitgeber bei *ähnlichen leitenden Angestellten* i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 KSchG jedoch gerade keinem Begründungserfordernis unterliegt, kann er einen Auflösungsantrag nach § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG auch dann stellen, wenn die ausgesprochene Kündigung nicht auf dem Fortfall der Vertrauensgrundlage, sondern auf *betriebsbedingten* Gründen beruht. Insofern eröffnet § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG dem Arbeitgeber auch bei *Rationalisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen* die Möglichkeit einer erleichterten Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegenüber *ähnlichen leitenden Angestellten*.⁷⁶ Der Arbeitgeber kann m. a. W. selbst eine *sozial ungerechtfertigte betriebsbedingte* Kündigung gegen den Willen des leitenden Angestellten durchsetzen.⁷⁷

Diese arbeitsrechtliche Schutzlosigkeit des Arbeitnehmers muss im Arbeitsförderungsrecht dergestalt Berücksichtigung finden, dass ein wichtiger Grund *bereits dann* anzunehmen ist, wenn aufgrund der Angaben des Arbeitgebers zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem *ähnlichen leitenden Angestellten*⁷⁸ ohne Abschluss des Aufhebungsvertrags unter Einhaltung der Kündigungsfrist zum selben Zeitpunkt betriebsbedingt gekündigt hätte (konkretes Drohen der betriebsbedingten Kündigung) und im Falle einer Kündigungsschutzklage einen Auflösungsantrag gem. § 9 Abs. 1 S. 2, § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG gestellt hätte.⁷⁹

II. Wechsel in eine Transfergesellschaft

Auch der *tatsächlich vollzogene* Wechsel in eine Transfergesellschaft ist nicht dem unter C. dargestellten Prüfungsregime unterworfen und damit privilegiert.⁸⁰ Arbeitnehmer, die einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben, um im Rahmen eines Sozialplans gem. § 112 Abs. 1 BetrVG *ohne Einhaltung der Kündigungsfrist* unter Verwendung eines sog. dreiseitigen Vertrages aus einem (unbefristeten) Beschäftigungsverhältnis in ein (befristetes) Beschäftigungsverhältnis bei einer Transfergesellschaft zu wechseln und *tatsächlich* gem. § 111 SGB III gefördert werden, haben für ihr damit verbundenes versicherungswidriges Verhalten einen *wichtigen Grund*.⁸¹ Von der BA wird anerkannt, dass die durch den *sofortigen* Eintritt in die Transfergesellschaft eingesparten Löhne zur teilweisen Finanzierung der Transfergesellschaft verwendet werden.⁸² Voraussetzung ist allerdings, dass die *Arbeitslosigkeit* durch die Folgebeschäftigung im Rahmen der Transferkurzarbeit *nicht früher* eintritt als bei der durch die Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) bedingten Kündigung. Die *Laufzeit der Transferkurzarbeit* muss also *mindestens so lang* sein wie die *individuelle Kündigungsfrist*.⁸³

E. Schluss

In der Rechtsprechung mancher Sozialgerichte zeichnet sich die Tendenz ab, bei Abschluss eines – auch *entschädigungslosen* – Aufhebungsvertrags im Falle drohender betriebsbedingter Kündigung – ohne deren arbeitsrechtliche Überprüfung – einen wichtigen Grund für das Lösen des Beschäftigungsverhältnisses anzunehmen. Allein der Aufhebungsvertrag an sich, mit in betriebsbedingten Trennungssituationen völlig üblichen Regelungsbestandteilen, wie Freistellung oder Sonderkündigungsrecht, wird damit zu der das versicherungswidrige Verhalten rechtfertigenden Beendigungsmodalität. Durch diese mit der BSG-Rechtsprechung unvereinbare und für die Arbeitsvertragsparteien allzu großzügige Konkretisierung des wichtigen Grundes wird der Schutzfunktion des § 159 SGB III in Fällen drohender betriebsbedingter Kündigung nicht mehr hinreichend Rechnung getragen.

*

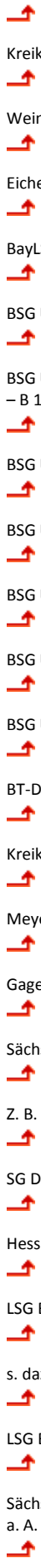
Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wider.



1

Geiger, NZA 2003, S. 839.

2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25



Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, SGB III, § 159, Rn. 72.

Weinreich, SGB 2013, S. 428.

Eicher/Schlegel, SGB III, § 144, Rn. 164.

BayLSG Urt. v. 28.2.2013 – L 9 AL 42/10-, Juris, Rn. 29.

BSG Urt. v. 2.9.2004 – B 7 AL 18/04 R-, Juris, 15.

BSG Urt. v. 17.10.2002 – B 7 AL 136/01 R-, Juris, Rn. 20, 25; BSG Urt. v. 2.9.2004 – B 7 AL 18/04 R-, Juris, 16; BSG Urt. v. 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R-, Juris, Rn. 19.

BSG Urt. v. 17.11.2005 – B 11 a/11 AL 69/04 R-, Juris, Rn. 19; Urt. v. 12.7.2006 – B 11 a AL 47/05 R-, Juris, Rn. 16, 17

BSG Urt. v. 17.11.2005 – B 11 a/11 AL 69/04 R-, Juris, Rn. 20 f.; Urt. v. 12.7.2006 – B 11 a AL 47/05 R-, Juris, Rn. 17.

BSG Urt. v. 12.7.2006 – B 11 a AL 47/05 R-, Juris, Rn. 19

BSG Urt. v. 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R-, Juris, Rn. 19.

BSG Urt. v. 2.5.2012 – B 11 AL 6/11 R-, NZS 2012, 876, 877, Rn. 22, 29

BT-Drs. 15/25, 31

Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, SGB III, § 159, Rn. 74.

Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 103, Rn. 19 a; Gagel, SGB III, § 159, Rn. 394.

Gagel, SGB III, § 159, Rn. 201.

SächsLSG Urt. v. 24.1.2013 – L 3 AL 112/11-, Juris, Rn. 40.

Z. B. bei Unkenntnis von einer Namensliste eines Interessenausgleichs, aus dem sich die Weiterbeschäftigung ergibt.

SG Darmstadt Urt. v. 16.12.2013 – S 1 AL 419/10-, Juris, Rn. 43.

HessLSG Urt. v. 22.6.2012 – L 7 AL 186/11-, Juris, Rn. 31; Ricken, NZA 2012, S. 1024.

LSG BadWürtt Urt. v. 21.10.2011 – L 12 AL 4621/10-, Juris, Rn. 24; Meyer/Röger, NZA-RR 2011, 394, 395.

s. dazu unter D. II.

LSG BadWürtt Urt. v. 25.2.2014 – L 13 AL 283/12, Rn. 11.

SächsLSG Urt. v. 24.1.2013 – L 3 AL 112/11-, Juris, Rn. 44, 47; LSG BadWürtt Urt. v. 21.10.2011 – L 12 AL 4621/10-, Juris, Rn. 24; a. A. BayLSG Urt. v. 28.2.2013 – L 9 AL 42/10 -, Juris, Rn. 39.

SächsLSG Ur. v. 24.1.2013 – L 3 AL 112/11-, Juris, Rn. 12, 47.

26

Eine Namensliste kann i. d. R. nur mit einem erhöhten Sozialplanvolumen erkaufte werden. Sie muss mit dem Interessenausgleich untrennbar und dauerhaft verbunden sein oder es müssen Namensliste und Interessenausgleich von den Betriebsparteien unterzeichnet sein (Seel, JA 2012, S. 697; Bader, NZA-Beil. 2010, 90; LSG BadWürtt Ur. v. 21.10.2011 – L 12 AL 4621/10-, Juris, Rn. 9).

27

BSG Ur. v. 29.1.2008 – B 7/7 a AL 20/06 R-, Juris, Rn. 16.

28

LSG BadWürtt Ur. v. 21.10.2011 – L 12 AL 4621/10-, Juris, Rn. 24.

29

BSG Ur. v. 2.5.2012 – B 11 AL 6/11 R-, NZS 2012, 876, 877, Rn. 27.

30

Geschäftsweisung (GA) 159.103, <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A07-Geldleistung/A071-Arbeitslosigkeit/Publikation/pdf/GA-Alg-159.pdf>.

31

SächsLSG Ur. v. 24.1.2013 – L 3 AL 112/11-, Juris, Rn. 42 f.; LSG BadWürtt Ur. v. 21.10.2011 – L 12 AL 4621/10-, Juris, Rn. 23.

32

BayLSG Ur. v. 28.2.2013 – L 9 AL 42/10-, Juris, Rn. 34, 46 (vereinbarte Abfindung von 103.406,77 € gegenüber Ausgleichsbetrag gem. § 1 a Abs. 2 S. 1 KSchG i. H. v. ca. 71.200 €); BayLSG Ur. v. 18.9.2013 – L 10 AL 158/12-, *unveröff.* (vereinbarte Abfindung von 14.500 € gegenüber Ausgleichsbetrag gem. § 1 a Abs. 2 S. 1 KSchG i. H. v. ca. 12.000 €)

33

BSG Ur. v. 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R-, Juris, Rn. 19; LSG BadWürtt Ur. v. 21.8.2012 – L 13 AL 1434/11-, Juris, Rn. 21 unter Betonung der vom BSG intendierten Grenzen bei der entsprechenden Anwendung des § 1 a KSchG.

34

LSG BadWürtt Ur. v. 21.10.2011 – L 12 AL 4621/10-, Juris, Rn. 23.

35

Eicher/Schlegel, SGB III, § 144 aF, Rn. 513.

36

BSG Ur. v. 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R-, Juris, Rn. 20

37

Eine Kündigung ist offensichtlich rechtswidrig, wenn z. B. die maßgebende Kündigungsfrist nicht eingehalten ist, tarif- oder einzelvertragliche Unkündbarkeit besteht, der Arbeitnehmer besonderen Kündigungsschutz genießt (§ 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 85 SGB IX, § 15 KSchG), vgl. GA 159.17.

38

LSG BadWürtt Ur. v. 16.2.2011 – L 3 AL 712/09-, Juris, Rn. 29.

39

BSG Ur. v. 2.5.2012 – B 11 AL 6/11 R-, NZS 2012, 877, Rn. 22, 29, 31; BayLSG Ur. v. 28.2.2013 – L 9 AL 42/10-, Juris, Rn. 37. Die einschlägige Weisung der BA, GA 159.102, Stand 06/2014, vollzieht diese BSG Rechtsprechung nicht, indem sie (tariflich) unkündbare Arbeitnehmer von der entsprechenden Anwendung des § 1 a KSchG ausnimmt.

40

BayLSG Ur. v. 18.9.2013 – L 10 AL 350/12-, *unveröff.*

41

BSG Ur. v. 17.10.2002 – B 7 AL 136/01 R-, Juris, Rn. 19, 22 f.; SächsLSG Ur. v. 24.1.2013 – L 3 AL 112/11-, Juris, Rn. 40.

42

Gagel, SGB III, § 159, Rn. 157, 394; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, SGB III, § 144, Rn. 96; BSG Ur. v. 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R-, Juris, Rn. 21, 22; LSG BadWürtt Ur. v. 18.10.2011 – L 13 AL 5030/10-, Juris, Rn. 29 ff.; Schulz, Die Sperrzeit beim Arbeitslosengeld bei Arbeitsaufgabe, S. 150.

43

Die Nichterweislichkeit der für die soziale Rechtfertigung der angedrohten Kündigung erheblichen Tatsachen geht dabei – nach Erschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen (Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Betriebsrat) – nach den allgemeinen Grundsätzen der objektiven Beweislast grundsätzlich zu Lasten der BA (BSG Ur. v. 17.10.2002 – B 7 AL 136/01 R-, Juris, Rn. 23 f.), sofern der Arbeitnehmer seiner erhöhten Mitwirkungspflicht (§ 159 Abs. 1 S. 3 SGB III) nachgekommen ist.

44

Vgl. ThürLSG Urt. v. 14.10.2004 – L 3 AL 494/00-, Juris, Rn. 38 ff.

45

Vgl. Gagel, SGB III, § 159, Rn. 158.

46

Seel, JA 2012, S. 693; Bader, NZA-Beil. 2010, 85 f.

47

Nicht tragfähig ist der bloße Beschluss als solcher, Stellen abzubauen (Bader, NZA-Beil. 2010, 86; zur sozialgerichtlichen Prüfung der unternehmerischen Entscheidung auf offensichtlich Willkür, vgl. LSG BadWürtt Urt. v. 18.10.2011 – L 13 AL 5030/10-, Juris, Rn. 30).

48

Diese Prüfung ist nicht betriebs-, sondern unternehmensbezogen. M. a. W. wäre eine betriebsbedingte Beendigungskündigung dann nicht gerechtfertigt, wenn eine anderweitige Beschäftigung für den betroffenen Arbeitnehmer in demselben Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens möglich ist, wobei grundsätzlich nur *freie* Arbeitsplätze im Unternehmen relevant sind (Seel, JA 2012, 694).

49

Was zumutbar ist, bestimmt sich nach einer Interessenabwägung unter Einbeziehung der gesamten Vertragsbeziehung und der betriebs- und unternehmensbezogenen Umstände (z. B. Erfolgsaussichten und Aufwand der Maßnahme, bisherige und restliche Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers; Seel, JA 2012, 694)

50

Bader, NZA-Beil. 2010, 88.

51

Da es dabei um alsbaldige Substituierbarkeit geht, können drei Monate bereits zu lang sein (Bader, NZA-Beil. 2010, 88).

52

Das Direktionsrecht geht i. d. R. nicht so weit, dass dem Arbeitnehmer Tätigkeiten einer *niedrigeren* Vergütungsgruppe zugewiesen werden können. Eine Austauschbarkeit ist erst ausgeschlossen, wenn die betriebliche Spezialisierung einen solchen Grad erreicht hat, dass ein Einsatz des zu kündigenden Arbeitnehmers auf dem Platz eines „Spezialisten“ auch nach angemessener Einarbeitungsfrist im gesamten Betrieb wirtschaftlich nicht erfolgen kann (Bader, NZA-Beil. 2010, 88 f.; Seel, JA 2012, 694 f.).

53

Gagel, SGB III, § 159, Rn. 158; Bader, NZA-Beil. 2010, 89.

54

Reine Nützlichkeitsabwägungen reichen für die Ausklammerung eines Arbeitnehmers aus der Sozialauswahl nicht aus. Ebenso verstößt die generelle Herausnahme sog. Leistungsträger aus der Sozialauswahl gegen § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG, weil ein einzelfallbezogene Interessenabwägung stattzufinden hat (Bader, NZA-Beil. 2010, 89; vgl. ThürLSG Urt. v. 14.10.2004 – L 3 AL 494/00-, Juris, Rn. 46).

55

Bader, NZA-Beil. 2010, 90.

56

Aufgrund des gesetzlich eingeräumten Beurteilungsspielraums ist die Sozialauswahl nur dann fehlerhaft, wenn der von der Kündigung bedrohte Arbeitnehmer deutlich schutzwürdiger war als im Betrieb verbliebene Arbeitnehmer (Bader, NZA-Beil. 2010, 90; Seel, JA 2012, 696). Eine Kündigung, die sich nur am Alter der Mitarbeiter orientiert („Jahrgangsmethode“), ist eindeutig sozial nicht zu rechtfertigen (ThürLSG Urt. v. 14.10.2004 – L 3 AL 494/00-, Juris, Rn. 44 ff.).

57

Boemke, jurisPR-ArbR 33/2007 Anm. 1; BAG Urt. v. 9.11.2006 – 2 AZR 812/05 –, Juris, Rn. 19.

58

Seel, JA 2012, 697.

59

Bröhl, RdA 2010, 175 f. mwN.

60

Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, § 622, Rn. 31.

61

vgl. BayLSG Urt. v. 18.9.2013 – L 10 AL 158/12-, *unveröff.*

62

GA 159.105.

63

BayLSG, Urt. v. 18.9.2013 – L 10 AL 158/12-, *unveröff.*; BayLSG Urt. v. 29.5.2013 – L 10 AL 256/11-, *unveröff.*

64

BayLSG Urt. v. 18.9.2013 – L 10 AL 158/12-, *unveröff.*

65

Vgl. Schulz aaO, 151.

66

Eine derartige Klausel in einem Aufhebungsvertrag könnte lauten: „Unter dem oben vereinbarten Beendigungsdatum erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein wohlwollendes, qualifiziertes Abschlusszeugnis, das seinem beruflichen Fortkommen dienlich ist und nachfolgende Schlussformulierung enthält: ‚Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf des Wir bedauern dies, bedanken uns für eine langjährige gute Zusammenarbeit und wünschen Herrn/Frau ... für seine/ihre private und berufliche Zukunft alles Gute.‘“ (Hilgenstock, ArbRAktuell 2013, 256).

67

Hilgenstock, ArbRAktuell 2013, 255; Seel, JA 2006, 369; Schulz aaO, 151.

68

BAG Urt. v. 11.12.2012 – 9 AZR 227/11-, Juris, Rn. 11.

69

Jobst-Hubertus Bauer, ArbRAktuell 2013, 14.

70

LSG BadWürtt Urt. v. 18.10.2011 – L 13 AL 5030/10-, Juris, Rn. 33.

71

BayerLSG Beschl. v. 25.5.2011 – L 10 AL 121/11 NZB-, Juris, Rn. 10.

72

Niesel/Brand, SGB III, § 159, Rn. 131 m. w. N.

73

Schulz aaO, 152; Geiger, NZA 2003, 840.

74

Horn, NZA 2012, 187.

75

Als Auflösungsgründe geeignet sind z. B. Beleidigungen, Verleumdungen, ehrverletzende Äußerungen sowie persönliche Angriffe des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber und den Kollegen (Horn, NZA 2012, 187).

76

Horn, NZA 2012, 187 f.

77

SG München Urt. v. 14.10.2011 – S 36 AL 976/08-, Juris, Rn. 26.

78

Das Gericht muss dem Vorliegen dieser Tatsache anhand des strengen Prüfungsmaßstabs des BAG nachgehen (BAG Urt. v. 14.4.2011 – 2 AZR 167/10-; Horn, NZA 2012, 188 f.).

79

SG München Urt. v. 14.10.2011 – S 36 AL 976/08-, Juris, Rn. 9, 27.

80

Vgl. Gaus/Niklas, NZA, 2008, 139.

81

Vgl. GA 159.97; Schindele, ArbRAktuell 2013, 512; a. A. Gagel, SGB III, § 111, Rn. 173, wonach der Wechsel in eine *externe* Transfergesellschaft als solcher schon keine Lösung des Arbeitsverhältnisses sein soll und damit keine Sperrzeit nach § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III auslöst.

82

Schindele, ArbRAktuell 2013, 512.

83

Vgl. GA 159.97; vgl. Schindele, ArbRAktuell 2013, 512.