

## Teil 3

### Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

#### 1. Nichtigkeit

Der Aufhebungsvertrag kann wie jedes andere Rechtsgeschäft nach § 105 BGB 1 (Geschäftsunfähigkeit oder vorübergehende Störung der Geistestätigkeit von Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses), § 125 BGB (Nichteinhaltung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses gemäß § 623 BGB<sup>1</sup>), § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) sowie § 138 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten) **nichtig** und damit unwirksam sein. Die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrages muss nicht von einer Partei geltend gemacht werden, sondern ist im Prozess **von Amts wegen** zu berücksichtigen<sup>2</sup>.

##### a) Nichtigkeit nach § 105 BGB

Die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit i.S. von § 105 Abs. 2 BGB 2 setzt einen Zustand voraus, in dem die freie Willensbildung nicht nur geschwächt oder gemindert, sondern völlig ausgeschlossen ist. Bloße Willenschwäche und leichte Beeinflussbarkeit durch andere schließen die Möglichkeit freier Willensbildung nicht aus. Bestimmte krankhafte Vorstellungen und Empfindungen des Erklärenden oder Einflüsse Dritter müssen derart übermäßig geworden sein, dass eine Bestimmung des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen war. „Hochgradige“ alkoholbedingte Störungen reichen nicht ohne Weiteres aus<sup>3</sup>. War der Arbeitnehmer seinen Angaben zufolge beim Abschluss des Aufhebungsvertrages „vollkommen oder erheblich“ verwirrt, so führt dies allein ebenfalls nicht bereits zur Nichtigkeit des Aufhebungsvertrages gemäß §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 und 2 BGB<sup>4</sup>.

##### b) Nichtigkeit nach § 134 BGB

Ein Aufhebungsvertrag kann weiterhin wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder wegen Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften nach § 134 BGB nichtig sein. Unwirksam sind z.B. – wegen Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen – Vertragsvereinbarungen, wonach das Arbeitsverhältnis automatisch endet, wenn der Arbeitnehmer nach dem Ende seines Urlaubs die Arbeit an dem vereinbarten Tag nicht wieder aufnimmt<sup>5</sup>. Veranlasst der Arbeitgeber die Arbeitnehmer im Rahmen einer Be-

1 S.o. Teil 1 Rz. 17 ff.

2 Vgl. BGH vom 18.5.1989 – V ZB 4/89, NJW 1989, 2059 m. w. Nachw.

3 BAG vom 14.2.1996 – 2 AZR 234/95, NZA 1996, 811 (812).

4 Vgl. BAG vom 16.2.1983 – 7 AZR 134/81, NJW 1983, 2958; BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91 (93). S. dazu auch LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 6.7.1995 – 1 Sa 629/94, NZA 1996, 535.

5 Vgl. BAG vom 19.12.1974 – 2 AZR 565/73, DB 1975, 1890.

**Teil 3** Rz. 4 Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

triebsveräußerung zum Abschluss von Aufhebungsverträgen, um dann mit dem Erwerber neue Arbeitsverträge zu schließen, liegt darin eine Umgehung des § 613a Abs. 4 BGB und damit ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S. von § 134 BGB<sup>1</sup>.

- 4 Da sich die allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzbestimmungen gerade nicht auf die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehen, ist ein Aufhebungsvertrag aber grundsätzlich nicht per se wegen Umgehung dieser Kündigungsschutzvorschriften nichtig.

**c) Nichtigkeit nach § 138 BGB**

- 5 Ein Aufhebungsvertrag ist nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig, wenn ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten rechtfertigt<sup>2</sup>. Dieses Erfordernis dürfte beim Aufhebungsvertrag nur in seltenen Fällen gegeben sein. So ist ein Aufhebungsvertrag nicht bereits nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- und Widerrufsrecht eingeräumt und ihm auch das Thema des beabsichtigten Gespräches vorher nicht mitgeteilt hat. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzukommen, um die Annahme zu rechtfertigen, das Geschäft sei nach seinem Gesamtcharakter gemäß § 138 BGB als sittenwidrig und damit als nichtig anzusehen<sup>3</sup>. Ebenso wenig ist ein Aufhebungsvertrag bereits deshalb sittenwidrig, weil er ohne jede Abfindungsregelung geschlossen wird<sup>4</sup>.
- 6 ☛ **Beispiel:** Gehen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer etwa davon aus, dass ein vom Arbeitnehmer vorsätzlich verursachter Schaden 140 000 Euro betragen kann, und einigen sie sich auf Vorschlag des Arbeitnehmers auf eine Ausgleichszahlung in Höhe von 60 000 Euro, liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten auch dann nicht vor, wenn der Schaden tatsächlich

1 BAG vom 28.4.1987 – 3 AZR 75/86, NZA 1988, 198.

2 Vgl. *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414 (419); *Hoß/Kothe-Heggemann*, MDR 1997, 1077 (1084); *Müller*, S. 112; *Bengelsdorf*, S. 12 f.

3 So zu Recht BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209. Ebenso *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414 (419); *Hoß/Kothe-Heggemann*, MDR 1997, 1077 (1084). Bedenklich *Zwanziger*, DB 1994, 982 (984), wonach ein Aufhebungsvertrag gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sei, wenn der Arbeitgeber durch sein Direktionsrecht eine Verhandlungssituation schaffe, um auf den Arbeitnehmer mit dem Ziel einzudringen, einen Aufhebungsvertrag zu schließen und eine Überlegungsfrist nicht eingeräumt werde. S. dazu auch LAG Niedersachsen vom 3.6.2008 – 3 Sa 1041/07, DB 2008, 2084, wonach ein Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, auf Weisung des Arbeitgebers an einem Personalgespräch teilzunehmen, in dem es ausschließlich um Verhandlungen über vom Arbeitgeber gewünschte Änderungen des Arbeitsvertrags gehen soll.

4 *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414 (419); *Hoß/Kothe-Heggemann*, MDR 1997, 1077 (1084); *Ernst*, S. 159; *Bengelsdorf*, S. 13.

nur 50000 Euro beträgt<sup>1</sup>. Allerdings kann nach Ansicht des BAG<sup>2</sup> ein Vergleich, der die Abfindung einer Versorgungsanwartschaft durch einen Kapitalbetrag vorsieht, gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sein, wenn ein grobes Missverhältnis des beiderseitigen Nachgebens besteht.

- ➡ **Hinweis:** Ein **rückdatierter** Aufhebungsvertrag zum Zwecke der Umgehung der Folgen des § 143 SGB III wird zwar grundsätzlich nicht nach § 138 Abs. 1 BGB für nichtig gehalten, da nach dem beiderseitigen Vertragswillen der Hauptzweck eines rückdatierten Aufhebungsvertrages nicht in der Täuschung der Arbeitsverwaltung, sondern in der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (u.U. gegen Zahlung einer Abfindung) liegt<sup>3</sup>. Gleichwohl kann vor rückdatierten Aufhebungsverträgen angesichts drohender strafrechtlicher Konsequenzen (Betrug zum Nachteil der Bundesagentur für Arbeit) nur gewarnt werden. 7

#### d) Nichtigkeit eines Prozessvergleichs

Eine aus **prozessualen Gründen** unwirksame gerichtliche Aufhebungsvereinbarung (z.B. wegen Verstoßes gegen §§ 160 ff. ZPO) kann als außergerichtlicher Vergleich aufrechterhalten werden (s.o. Teil 1 Rz. 83). 8

#### e) Folgen der Teilnichtigkeit eines Aufhebungsvertrages

Sind nur einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages nichtig, ist damit an sich gemäß § 139 BGB grundsätzlich der gesamte Aufhebungsvertrag nichtig, sofern nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre. Eine Teilnichtigkeit ist insbesondere dann gegeben, wenn eine unverfallbare Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung unter Verstoß gegen § 3 BetrAVG im Aufhebungsvertrag finanziell abgegolten wird (s.o. Teil 2 Rz. 285 ff.). Haben die Parteien im Aufhebungsvertrag eine sog. salvatorische Klausel aufgenommen (s.o. Teil 2 Rz. 388), geht diese der Auslegungsregel des § 139 BGB vor<sup>4</sup>. Anderenfalls ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (s.o. Teil 2 Rz. 2) der mutmaßliche Parteiwille zu ermitteln. Bei der unzulässigen Kapitalisierung einer Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung wird die Auslegung regelmäßig ergeben, dass die sonstigen Regelungen der Aufhebungsvereinbarung bestehen bleiben, insbesondere das Arbeitsverhältnis beendet ist<sup>5</sup>. Dies gilt erst recht, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Nichtigkeit der Teilregelung gekannt haben. 9

1 Vgl. BAG vom 11.9.1984 – 3 AZR 184/82, DB 1985, 1352.

2 BAG vom 30.7.1985 – 3 AZR 401/83, NZA 1986, 519.

3 LAG Baden-Württemberg vom 22.5.1991 – 12 Sa 160/90, LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 4; *Bauer*, I Rz. 211; a.A. ArbG Wetzlar vom 24.8.1993 – 1 Ca 209/93, EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 14.

4 Vgl. *Palandt/Ellenberger*, BGB, § 139 Rz. 14, 17.

5 *Bauer*, I Rz. 215.

**Teil 3** Rz. 10      **Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen**

**2. Anfechtung**

- 10 Die Erklärungen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers, gerichtet auf Abschluss der Aufhebungsvereinbarung, können von diesen wie jede andere Willenserklärung nach Maßgabe der §§ 119, 123, 143 BGB angefochten werden<sup>1</sup>. Bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes führt die Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB zur rückwirkenden Beseitigung des Aufhebungsvertrages.

**a) § 119 BGB**

- 11 Ein Anfechtungsrecht wegen Inhaltsirrtums (§ 119 Abs. 1 BGB) oder Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft (§ 119 Abs. 2 BGB) wurde früher im Rahmen von Aufhebungsverträgen zwischen Arbeitgeber und schwangeren Arbeitnehmerinnen oder schwerbehinderten Arbeitnehmern kontrovers diskutiert.
- 12 Einigkeit besteht darüber, dass eine werdende Mutter oder ein Schwerbehinderter, die bei Abschluss des Aufhebungsvertrags von der Schwangerschaft bzw. von der Schwerbehinderung nichts wussten, zur Anfechtung ihrer Erklärungen nach § 119 Abs. 1 BGB nicht berechtigt sind, da dieser Irrtum einen bloßen Motivirrtum darstellt, der im Interesse des Rechtsverkehrs unbeachtlich ist<sup>2</sup>.
- 13 Jedoch sollte nach einer früher z.T. vertretenen Ansicht<sup>3</sup> der Irrtum einer Arbeitnehmerin über den mit dem Aufhebungsvertrag eingetretenen Verlust der Rechte aus dem MuSchG zur Anfechtung wegen Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB berechtigen, da die Erklärung der Schwangeren gleichzeitig einen Verzicht auf mutterschutzrechtliche Ansprüche umfasse. Außerdem wurde vereinzelt angenommen, dass der schwangeren Arbeitnehmerin, die in Unkenntnis ihrer Schwangerschaft einen Aufhebungsvertrag abschließe, ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften i.S. von § 119 Abs. 2 BGB zustehe<sup>4</sup>.

1 Unstreitig. S. etwa *Ehrich*, DB 1992, 2239; *Bauer*, I Rz. 179; *Schaub/Linck*, AR-Hdb., § 122 III 1a (Rz. 25); *Müller*, S. 114 m. w. Nachw. Die Anfechtung eines Aufhebungsvertrages wegen Willensmängeln (§ 123 BGB) enthält nicht ohne Weiteres einen Widerruf des entsprechenden Vertragsangebots des Anfechtenden wegen Vertretungsmängeln bei dessen Annahme durch den Anfechtungsgegner, so BAG vom 31.1.1996 – 2 AZR 91/95, NJW 1996, 2594.

2 *KR-Bader*, § 9 MuSchG Rz. 153; *Bengelsdorf*, S. 14 f.; *Hofß/Kothe-Heggemann*, MDR 1997, 1077 (1084); *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414 (419); *Ehrich*, DB 1992, 2239 m. w. Nachw.

3 *Bulla*, Kommentar zum Mutterschutzgesetz, 3. Aufl. 1968, § 9 Rz. 40; weitere Nachw. bei *Müller*, S. 116.

4 *Bulla*, Kommentar zum Mutterschutzgesetz, 3. Aufl. 1968, § 9 Rz. 40; *Gamillscheg*, Mutterschutz und Sozialstaat, in: FS für Molitor, 1962, S. 57 (80); neuerdings auch *Wank*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 115 Rz. 30.

Demgegenüber lehnen das BAG<sup>1</sup> und die heute weit überwiegende Meinung im Schrifttum<sup>2</sup> zutreffend ein Anfechtungsrecht sowohl nach § 119 Abs. 1 BGB als auch nach § 119 Abs. 2 BGB grundsätzlich ab. Denn einerseits handelt es sich bei dem Irrtum der werdenden Mutter über die mutterschutzrechtlichen Folgen des Aufhebungsvertrages lediglich um einen unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum, der nicht zur Anfechtung wegen Inhaltsirrtums berechtigt, zum anderen können die Schwangerschaft und die mit ihr gesetzlich verbundenen Mutterschutzrechte nicht als Dauerzustände und damit als verkehrswesenschaftliche Eigenschaften in der Person der Arbeitnehmerin gewertet werden.

14

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verzicht auf die mutterschutzrechtlichen Ansprüche ausdrücklicher oder stillschweigender Inhalt der Willenserklärung war und hierüber ein Irrtum vorlag<sup>3</sup> oder dem Arbeitgeber erkennbar war, dass es der Arbeitnehmerin bei der von ihr erklärten Kündigung maßgeblich auf das Fehlen der – ihr bislang unbekannt – Schwangerschaft ankam<sup>4</sup>. Beides dürfte aber kaum feststellbar sein.

15

Zu beachten ist schließlich, dass die Anfechtung in den Fällen des § 119 BGB stets **unverzüglich**, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen muss, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, § 121 Satz 1 BGB<sup>5</sup>.

16

## b) § 123 BGB

### aa) Arglistige Täuschung

Eine Anfechtung des Aufhebungsvertrages gemäß § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber durch be-

17

1 BAG vom 16.2.1983 – 7 AZR 134/81, DB 1983, 1663; BAG vom 6.2.1992 – 2 AZR 408/91, DB 1992, 1529. Ebenso LAG Köln vom 7.11.1997 – 11 Sa 451/97, NZA 1998, 824.

2 KR-Bader, § 9 MuSchG Rz. 152 f.; Hoß/Kothe-Heggemann, MDR 1997, 1077 (1084); Stahlhacke/Preis/Vossen, Rz. 51; Bauer, I Rz. 180; Bengelsdorf, S. 15; Müller, S. 115 ff.; weitere Nachw. bei Ehrich, DB 1992, 2239 (2240).

3 BAG vom 16.2.1983 – 7 AZR 134/81, DB 1983, 1663; BAG vom 6.2.1992 – 2 AZR 408/91, DB 1992, 1529; Weber/Ehrich, NZA 1997, 414 (419); Ehrich, DB 1992, 2239 (2240) m. w. Nachw.

4 BAG vom 6.2.1992 – 2 AZR 408/91, DB 1992, 1529; Ehrich, DB 1992, 2239 (2240); Weber/Ehrich, NZA 1997, 414 (419).

5 S. dazu LAG Hamm vom 24.1.2000 – 19 Sa 1637/99, NZA 2000, 960: Die Anfechtung eines im Güetermin des Kündigungsschutzverfahrens (mit anwaltlicher Vertretung) geschlossenen Prozessvergleichs wegen – angeblichen – Inhaltsirrtums mehr als sieben Wochen nach seinem Abschluss, sechs Wochen nach Beratung und Aufklärung über die Anfechtungsmöglichkeit durch einen anderen Rechtsanwalt und Erhebung von gebührenrechtlichen Einwendungen gegenüber dem Arbeitsgericht und weiteren vier Wochen nach Erteilung der Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung über einen Anwaltswechsel ist nicht unverzüglich i.S. des § 121 Abs. 1 BGB und damit verspätet.

**Teil 3** Rz. 18      Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

wusstes Vorspiegeln falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen beim Arbeitnehmer einen Irrtum herbeiführt oder aufrechterhält, um diesen vorsätzlich zum Abschluss des Aufhebungsvertrages zu veranlassen.

- 18 Ein (vertraglich vereinbarter) **Verzicht** auf das Anfechtungsrecht aus § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung ist grundsätzlich **unwirksam**<sup>1</sup>.
- 19 Versichert der Arbeitgeber wahrheitswidrig, dass die vertragliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses den allgemeinen oder besonderen Kündigungsschutz nicht beeinträchtigt und bewegt er den Arbeitnehmer dadurch zur Annahme des Aufhebungsangebots, so ist eine arglistige Täuschung i.S. des § 123 Abs. 1 BGB zu bejahen<sup>2</sup>. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch die Vorspiegelung zum Abschluss des Aufhebungsvertrages veranlasst hat, der Betrieb müsse alsbald stillgelegt werden, obwohl tatsächlich eine Betriebsveräußerung bereits feststeht oder konkret geplant ist<sup>3</sup>. Dagegen berechtigt das Verschweigen des Verlustes eines allgemeinen oder besonderen Kündigungsschutzes den Arbeitnehmer nicht zur Anfechtung des Aufhebungsvertrages nach § 123 Abs. 1 BGB, weil insoweit keine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers besteht<sup>4</sup>.
- 20 Bewusst oder unbewusst falsche Auskünfte des Arbeitgebers über etwaige Sperr- und Ruhenszeiten nach §§ 143, 144 SGB III können zwar Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers begründen (s. Teil 1 Rz. 116, Teil 3 Rz. 92 f.). Eine Anfechtung des Aufhebungsvertrages nach § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung ist hier aber grundsätzlich nicht möglich, da es in aller Regel an der erforderlichen Ursächlichkeit der Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung fehlen wird<sup>5</sup>.
- 21 Unterlässt der Arbeitgeber bei Abschluss des Aufhebungsvertrages einen Hinweis auf die drohende Zahlungsunfähigkeit und Insolvenzzureife, liegt darin eine arglistige Täuschung durch Unterlassen, die den Arbeitnehmer zur Anfechtung des Aufhebungsvertrages berechtigt<sup>6</sup>. Ebenso kann der Arbeitnehmer einen im Kündigungsschutzprozess geschlossenen Vergleich über die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen arglistiger Täuschung des Arbeitgebers anfechten, wenn dieser den Arbeitnehmer durch bewusst wahrheitswidrigen Prozessvortrag, der auch bei pflichtwidrigem Verschweigen entscheidungserheblicher Umstände gegeben ist, zu einem Vergleichsabschluss veranlasst hat<sup>7</sup>.

1 Vgl. BGH vom 17.1.2007 – VIII ZR 37/06, DB 2007, 457.

2 Ehrich, DB 1992, 2239 (2240) m. w. Nachw.

3 Ehrich, DB 1992, 2239 (2240); Weber/Ehrich, NZA 1997, 414 (418); Bengelsdorf, S. 16; Müller, S. 119 m. w. Nachw.

4 Ehrich, DB 1992, 2239 (2240); Bengelsdorf, S. 16; Müller, S. 119 ff.

5 Vgl. BAG vom 10.3.1988 – 8 AZR 420/85, NZA 1988, 837; Bauer, I Rz. 156; a.A. Bengelsdorf, S. 17; Ernst, S. 244; ArbG Wetzlar vom 7.8.1990 – 1 Ca 48/90, DB 1991, 976; ArbG Wetzlar vom 29.8.1995 – 1 Ca 273/95, DB 1995, 2376.

6 ArbG Darmstadt vom 23.12.1987 – 5 Ca 135/87, DB 1988, 918.

7 BAG vom 15.5.1997 – 2 AZR 43/96, NZA 1998, 33.

Umgekehrt soll dem Arbeitgeber weder ein Recht zur Anfechtung einer gerichtlichen Aufhebungsvereinbarung wegen arglistiger Täuschung noch ein Schadensersatzanspruch zustehen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen gerichtlicher Vergleichsverhandlungen wahrheitswidrig erklärt, er habe noch keinen Anschlussarbeitsplatz gefunden und die Höhe der sodann vereinbarten Abfindung nach den in der arbeitsgerichtlichen Praxis üblichen Regeln bestimmt worden ist<sup>1</sup>. Zur Vermeidung dieses Ergebnisses kann im Aufhebungsvertrag vereinbart werden, dass sich die Abfindung reduziert, wenn der Arbeitnehmer einen Anschlussarbeitsplatz findet und damit eventuell überzahlte Beträge vom Arbeitnehmer zurückzuzahlen sind. Möglich ist dies z.B. in Gestalt folgender Regelung:

#### Formulierungsbeispiel

Die Firma . . . verpflichtet sich, an Herrn/Frau . . . für den Verlust des Arbeitsplatzes und des sozialen Besitzstandes eine Abfindung in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG in Höhe von . . . Euro brutto zu zahlen.

Die Abfindungssumme reduziert sich für den Fall, dass Herr/Frau . . . innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anschlussarbeitsplatz findet, für jeden vollen Monat der neuen Beschäftigung um . . . Euro. Herr/Frau . . . verpflichtet sich, die Eingehung des Anschlussverhältnisses innerhalb einer Woche der Firma . . . mitzuteilen.

Herr/Frau . . . verpflichtet sich, eventuell überzahlte Beträge an die Firma . . . zurückzuzahlen. Sollte Herr/Frau . . . den Anschlussarbeitsplatz aus nicht zu vertretenden Gründen innerhalb der ersten sechs Monate des neuen Arbeitsverhältnisses wieder verlieren, so verpflichtet sich die Firma . . ., die Abfindung nachzuzahlen. Ein zu vertretender Arbeitsplatzverlust liegt vor, wenn Herr/Frau . . . durch vertragswidriges und vorwerfbares Verhalten Anlass zu dem Ausscheiden gegeben hat. Auf die Art der Beendigung (Kündigung oder Aufhebungsvertrag) kommt es nicht an.

<sup>1</sup> So jedenfalls LAG Hamm vom 19.5.1994 – 16 (10) Sa 1545/93, BB 1994, 2072 und ArbG Rheine vom 25.6.1993 – 2 Ca 606/93, BB 1993, 1810 (Vorinstanz). A.A. *Lieb-scher* in der Anm. zu ArbG Rheine vom 25.6.1993 – 2 Ca 606/93, BB 1993, 2236; *Bauer*, I Rz. 201 f., wonach der Arbeitgeber in diesem Fall den Prozessvergleich wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB anfechten und das Arbeitsverhältnis gemäß § 626 BGB fristlos kündigen könne. Differenzierend *Hoß/Kothe-Heggemann*, MDR 1997, 1077 (1084), wonach ein Anfechtungsrecht des Arbeitgebers wegen arglistiger Täuschung dann bestehe, wenn dieser zum einen konkret nach einer Anschlussbeschäftigung gefragt habe und zum anderen den Nachweis führen könne, dass sich die wahrheitswidrige Beantwortung des Arbeitnehmers tatsächlich auf die Abfindungshöhe ausgewirkt habe.

---

**Teil 3** Rz. 23      Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen
**bb) Widerrechtliche Drohung**

- 23 Die praktisch wichtigste Rolle im Zusammenhang mit der Anfechtung von Aufhebungsverträgen spielt die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB. Denn immer wieder werden Aufhebungsverträge von Arbeitnehmern mit der Begründung angefochten, sie seien während der Aufhebungsverhandlungen vom Arbeitgeber „massiv unter Druck gesetzt worden“<sup>1</sup>. Das Anfechtungsrecht des Arbeitnehmers wegen widerrechtlicher Drohung richtet sich danach, mit welchen Mitteln dieser zur Annahme des Aufhebungsangebots veranlasst worden ist<sup>2</sup>.

**(1) Androhung einer Kündigung**

- 24 Das „beliebteste“ Druckmittel auf Seiten der Arbeitgeber ist das Inaussichtstellen einer fristlosen oder ordentlichen Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens einer Auflösungsvereinbarung. Nach allgemeiner Ansicht stellt die Ankündigung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer eine Kündigung auszusprechen, eine „Drohung“ i.S. von § 123 Abs. 1 BGB dar<sup>3</sup>. Denn hierdurch kündigt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Zufügung eines zukünftigen, empfindlichen Übels an, dessen Verwirklichung in seiner Macht liegt<sup>4</sup>. Die Drohung muss nicht ausdrücklich ausgesprochen werden, sondern kann auch **durch schlüssiges Verhalten** erfolgen<sup>5</sup>. Unerheblich für die Drohungsanfechtung ist zudem, von welcher Person die Drohung stammt. Diese kann auch von einer Hilfsperson des Arbeitgebers oder von einem Dritten ausgehen<sup>6</sup>.

---

1 Umgekehrt haben die Klageerwiderungen der Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Verfahren ebenfalls beinahe schon Textbausteincharakter („Das Gespräch ist in ruhiger, sachlicher Atmosphäre geführt worden.“).

2 Auf den Sonderfall der „Anfechtung bei Pflichtenkollision“ soll hier nicht näher eingegangen werden. S. dazu ausführlich *Müller*, S. 132 ff.

3 In der Ankündigung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis durch Fristablauf enden zu lassen, wenn der Arbeitnehmer nicht zu einer (u.U. auch objektiv unwirksamen) befristeten Fortsetzung zu den vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Bedingungen bereit sei, liegt dagegen keine Drohung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB. Ein solches Angebot des Arbeitgebers ist kein Übel, sondern bietet dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, seiner Erwerbstätigkeit weiter nachgehen zu können, ohne dass er dies vom Arbeitgeber verlangen könne, so BAG vom 13.12.2007 – 6 AZR 200/07, NZA-RR 2008, 341.

4 S. etwa BAG vom 16.1.1992 – 2 AZR 412/91, NZA 1992, 1923 = EzA § 123 BGB Nr. 36; BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209; BAG vom 6.12.2001 – 2 AZR 396/00, NZA 2002, 731; BAG vom 5.12.2002 – 2 AZR 478/01, DB 2003, 1685; BAG vom 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466; BAG vom 18.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348; *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2240); *Müller*, S. 121 m. w. Nachw.

5 BAG vom 6.12.2001 – 2 AZR 396/00, NZA 2002, 731; BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, NZA, 2006, 841.

6 BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, NZA, 2006, 841.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet dagegen die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Drohung mit einer Kündigung das Tatbestandsmerkmal der „Widerrechtlichkeit“ verwirklicht. 25

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG<sup>1</sup> ist die Androhung einer fristlosen und/oder ordentlichen Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens eines Aufhebungsvertrags widerrechtlich i.S. von § 123 Abs. 1 BGB und soll damit den Arbeitnehmer zur Anfechtung des Aufhebungsvertrags berechtigen, **sofern ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte**. 26

Nicht erforderlich sei zwar, dass sich die in Aussicht gestellte Kündigung, wenn sie ausgesprochen worden wäre, in einem Kündigungsschutzprozess nach der objektiven Rechtslage als wirksam erwiesen hätte. Denn ein Anfechtungsprozess nach § 123 BGB dürfe nicht wie ein fiktiver Kündigungsschutzprozess behandelt werden. Von dem Arbeitgeber könne nicht erwartet werden, dass er bei seiner Abwägung generell die Beurteilung des Tatsachenrichters „treffe“. Die Rechtsgewissheit, die sich erst mit dem Abschluss eines Rechtsstreits über die Wirksamkeit einer Kündigung ergebe, brauche zur Zeit der Drohung daher noch nicht vorgelegen zu haben. Zu berücksichtigen seien allerdings nicht nur die dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Drohung bekannten, sondern auch die – z.B. erst im Prozess gewonnenen – Erkenntnisse weiterer Ermittlungen, die ein verständiger Arbeitgeber zur Aufklärung des Sachverhalts aufgestellt hätte. Maßgebend für die Beurteilung sei also der **objektiv mögliche** und damit hypothetische Wissensstand des Arbeitgebers<sup>2</sup>. Wenn dieser „unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles“ davon ausgehen müsse, die Kündigung werde im Falle ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht standhalten, dürfe er die Kündigungserklärung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung zu veranlassen<sup>3</sup>. 27

1 BAG vom 30.3.1960 – 3 AZR 201/58, DB 1960, 956; BAG vom 16.11.1979 – 2 AZR 1041/77, DB 1980, 1450; BAG vom 24.1.1985 – 2 AZR 317/84, NZA 1986, 25; BAG vom 16.1.1992 – 2 AZR 412/91, NZA 1992, 1023 = EzA § 123 BGB Nr. 36; BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209; BAG vom 31.1.1996 – 2 AZR 91/95, NZA 1996, 756; BAG vom 14.2.1996 – 2 AZR 234/95, NZA 1996, 811; BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030; BAG vom 12.8.1999 – 2 AZR 832/98, NZA 2000, 27; BAG vom 6.12.2001 – 2 AZR 396/00, NZA 2002, 731; BAG vom 5.12.2002 – 2 AZR 478/01, DB 2003, 1685; BAG vom 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597; BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, NZA 2006, 841; BAG vom 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466; zuletzt BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348. Die gegenteilige Rechtsauffassung, die das BAG in einem Urteil vom 14.7.1960 – 2 AZR 64/59 (DB 1960, 1101), vertreten hatte, wurde in einer späteren Entscheidung (BAG vom 20.11.1969 – 2 AZR 51/69, DB 1970, 548) ausdrücklich aufgegeben.

2 Vgl. BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91 (92); BAG vom 16.1.1992 – 2 AZR 412/91, NZA 1992, 1023 = EzA § 123 BGB Nr. 36.

3 So ausdrücklich BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, NZA, 2006, 841; BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348.

Teil 3 Rz. 28 Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

- 28 Die Instanzgerichte<sup>1</sup> und das Schrifttum<sup>2</sup> sind der Rechtsprechung des BAG größtenteils gefolgt.
- 29 Zwar ist dem BAG insoweit zuzustimmen, als es den Anfechtungsprozess nicht für einen fiktiven Kündigungsschutzprozess erachtet. Gleichwohl ist die Rechtsprechung des BAG zur Widerrechtlichkeit der Drohung mit einer fristlosen oder ordentlichen Kündigung nicht unproblematisch<sup>3</sup>. Denn für den Arbeitgeber wird nicht selten Unklarheit bestehen, wann er sich nur als „verständiger Arbeitgeber“ fühlen darf, der in der konkreten Situation eine ordentliche oder gar eine außerordentliche Kündigung „ernsthaft in Erwägung“ ziehen kann. Das ganze Ausmaß der Tragödie um den „**verständigen Arbeitgeber**“ zeigt sich in der Entscheidung des BAG vom 21.3.1996<sup>4</sup>. Dieser lag folgender – vereinfachter – Sachverhalt zugrunde:

Die 1947 geborene Klägerin war seit 1974 als Schwesternhelferin bei der Beklagten beschäftigt und nach den – kraft einzelvertraglicher Bezugnahme anwendbaren – Bestimmungen des Bundes-Angestelltentarifvertrages ordentlich unkündbar. Von 1991 bis 1993 fehlte sie an insgesamt ca. 600 Tagen. Aus diesem Grund war für den 25.2.1994 ein Personalgespräch mit ihr anberaumt. Einen Tag vor dem Gespräch erfuhr die Beklagte gerüchteweise, die Klägerin habe während einer längeren Arbeitsunfähigkeitsperiode im Jahre 1991 in ihrer tschechischen Heimat den Führerschein gemacht. Bei dem Personalgespräch wurde die Klägerin hierzu befragt und mit dem Vorwurf konfrontiert, auch die seit 1991 aufgetretenen weiteren Fehlzeiten seien vorgetäuscht gewesen. Die Klägerin wurde aufgefordert, ihren Führerschein vorzulegen. Dieser trug als Ausstellungsdatum den 24.6.1991. Seine Gültigkeit ist auf den 20.6.1991 zurückdatiert. Der Personalleiter der Beklagten teilte der Klägerin daraufhin mit, man beabsichtige, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, vor allem weil die Klägerin während ihrer Krankheit in Urlaub gefahren sei und den Führerschein gemacht habe. Zugleich wurde der Klägerin der Abschluss eines Aufhebungsvertrages angeboten. Ihr wurde ein Schreiben vorgelegt, mit dem sie um die sofortige Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses bat. Dieses Schreiben

1 LAG Düsseldorf vom 30.4.1991 – 16 Sa 98/91, LAGE § 123 BGB Nr. 14; LAG Frankfurt vom 19.12.1985 – 3 Sa 6/85, LAGE § 123 BGB Nr. 9; LAG Frankfurt vom 17.6.1991 – 10 Sa 95/91, LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 7; LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 6.7.1995 – 1 Sa 629/94, NZA 1996, 535; Hessisches LAG vom 2.6.1997 – 11 Sa 2061/96, DB 1998, 82 = BB 1998, 111; ArbG Hannover vom 10.1.2002 – 10 Ca 250/01, NZA-RR 2002, 582. Anders aber LAG München vom 28.1.1988 – 4 Sa 1056/87, LAGE § 123 Nr. 10, wonach die Erklärung des Arbeitgebers, er werde das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen, falls der Arbeitnehmer nicht selbst kündigt oder in einen Aufhebungsvertrag einwillige, auch dann, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung habe ziehen dürfen, nach allgemeinem Urteil sittlich noch nicht in so hohem Maße missbilligenswert sei, dass sie als rechtswidrige Drohung i.S. von § 240 Abs. 2 StGB anzusehen sei, sofern nicht sonstige gravierende unzulässige Maßnahmen des Arbeitgebers hinzukämen.

2 *Schaub/Linck*, AR-Hdb., § 122 III 3b (Rz. 28); *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Rz. 51; *Bengelsdorf*, S. 19. Zu abweichenden Ansichten s. *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2240 f.).

3 S. dazu im Einzelnen die Kritik von *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2241).

4 BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030.

wurde von ihr und sodann mit dem handschriftlichen Vermerk „Zur Kenntnis genommen und einverstanden“ auch von dem Personalleiter unterzeichnet. Etwa zwei Wochen später hat sie den Aufhebungsvertrag gemäß § 123 BGB angefochten.

Das BAG ging – ebenso wie die Vorinstanzen – davon aus, dass die Aufhebungsvereinbarung vom 25.2.1994 durch die Anfechtungserklärung der Klägerin rückwirkend beseitigt worden sei. Zur Begründung führte das BAG im Wesentlichen aus, ein verständiger Arbeitgeber hätte zumindest im Rahmen einer Interessenabwägung nach den Gesamtumständen eine außerordentliche Kündigung nicht ernsthaft in Betracht gezogen, selbst wenn zugunsten der Arbeitgeberin unterstellt würde, die Klägerin sei während ihrer Krankheit in ihr Heimatland gefahren und habe dort die Führerscheinprüfung abgelegt. 30

Zwar könne die Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit je nach den Umständen des Einzelfalles eine fristlose Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen. Unstreitig habe die Klägerin der Beklagten aber ein ärztliches Attest vorgelegt, nach dem sie in der Zeit, in der sie angeblich in ihr Heimatland gefahren sei und dort die Führerscheinprüfung abgelegt habe, arbeitsunfähig krank gewesen sei. Mit der Auslandsreise und der Führerscheinprüfung hätten zwar Umstände vorgelegen, die bei der Beklagten Bedenken hätten aufkommen lassen, ob die Klägerin während des fraglichen Zeitraums wirklich krank gewesen sei. Ohne weitere Sachverhaltsaufklärung seien diese Bedenken jedoch nicht geeignet gewesen, den Beweiswert des ärztlichen Attestes zu erschüttern. Eine Auslandsreise hätte nach Ansicht des BAG „bequem nachts mit dem Zug erfolgt sein“<sup>1</sup> können. Außerdem sei eine Führerscheinprüfung den Ausführungen des BAG zufolge mit einem geringen Zeitaufwand zu absolvieren gewesen. Dabei sei nicht einmal klar gewesen, ob die Klägerin nicht ohnehin berechtigt gewesen sei, sich zum Auskurieren ihrer Krankheit an ihrem Heimatort aufzuhalten. Es seien zahlreiche Krankheiten denkbar, die zwar eine vollschichtige Arbeit der Klägerin als Krankenschwesternhelferin ausgeschlossen, eine Auslandsreise und das Ablegen einer Fahrprüfung aber ohne Weiteres zugelassen hätten<sup>2</sup>. 31

Da der Beweiswert des ärztlichen Attestes sonach nicht erschüttert gewesen sei, sondern nur gewisse Verdachtsmomente bestanden hätten, die Arbeitnehmerin habe andere Tätigkeiten verrichtet, die der Arbeitgeber mit der Erkrankung nicht für vereinbar halte, müsse er die Arbeitnehmerin konkreter zu der Art ihrer Erkrankung befragen und ihr Gelegenheit zu der Erklärung geben, weshalb die Krankheit diese anderen Tätigkeiten zulasse, aber der vertragsgemäßen Arbeit im Betrieb entgegenstehe. Angesichts der Gesamtumstände, vor allem im Hinblick auf den erheblichen sozialen Besitzstand der Klägerin, stelle es aus der Sicht eines verständigen Arbeitgebers eine völlig überzogene Reaktion dar, wenn die Beklagte ohne weitere Sachaufklärung sofort an das äußerste Mittel der fristlosen Kündigung gedacht, eine solche der Klägerin an- 32

1 BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030.

2 BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030.

**Teil 3** Rz. 33      Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

gedroht und die Klägerin damit zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages bewegt habe<sup>1</sup>.

- 33 Die Entscheidung des BAG vom 21.3.1996 mag zwar menschlich verständlich sein. Den Bedürfnissen der betrieblichen Praxis trägt sie unter dem Gesichtspunkt der Befriedungsfunktion des Aufhebungsvertrages (s.o. Teil 1 Rz. 3) jedoch wenig Rechnung. Überdies begegnet sie auch durchgreifenden dogmatischen Bedenken. Denn die Begründung der Entscheidung läuft in weiten Teilen auf einen fiktiven Kündigungsschutzprozess hinaus, um den es sich bei dem Anfechtungsprozess nach bisheriger Rechtsprechung des BAG gerade nicht handeln soll<sup>2</sup>. Die Formel vom „verständigen Arbeitgeber“ hat zwar – wie die Entscheidung vom 21.3.1996 zeigt – durchaus den Vorteil, dass sich mit ihr jedes gewünschte Ergebnis begründen lässt. Allerdings handelt es sich bei ihr um nichts anderes als eine nichtssagende Leerfloskel, an der im Interesse der Rechtssicherheit nicht länger festgehalten werden sollte. Stattdessen sollte zur Klärung der Frage, ob die Androhung einer fristlosen und/oder ordentlichen Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens eines Aufhebungsvertrages widerrechtlich ist, darauf abgestellt werden, ob bei objektiver Betrachtung eine solche Kündigung zum Zeitpunkt ihrer Androhung **nach dem möglichen und zumutbaren Kenntnisstand des Arbeitgebers von der Rechtslage von vornherein offensichtlich unwirksam** wäre.
- 34 Offen bleibt nach der Entscheidung des BAG vom 21.3.1996 weiterhin, ob der Arbeitgeber jedenfalls dann zur Androhung einer – ordentlichen oder fristlosen – Kündigung berechtigt ist, wenn er zuvor versucht hat, die Verdachtsmomente durch Befragung des Arbeitnehmers (hier über die Art der Erkrankung) aufzuklären, der Arbeitnehmer jedoch nicht bereit ist, sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen (substantiiert) zu äußern<sup>3</sup>.
- 35 In einer späteren Entscheidung vom 28.11.2007<sup>4</sup> hat das BAG gleichsam noch „einen draufgesetzt“: Im Streitfall war der Kläger bei einer beklagten Gesellschaft bürgerlichen Rechts als angestellter Rechtsanwalt beschäftigt. Am 10.12.2004, einem Freitag, übersandte ein Gesellschafter dem Kläger eine E-Mail, in der diesem der Ausspruch einer fristlosen Kündigung angedroht werde, sofern er am folgenden Montag den der E-Mail beigefügten Aufhebungsvertrag nicht unterschreibe, der u.a. eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.6.2005, die Zahlung einer Abfindung in Höhe von 12000 Euro, die sich bei einem Ausscheiden zum 31.3.2005 auf 18000 Euro erhöhen sollte, sowie die Erteilung eines „wohlwollenden“ Zeugnisses vorsah. Etwa zwei Stunden später antwortete der Kläger mit einer E-Mail, in der er den Entwurf des Aufhebungsvertrages mit kenntlich gemachten Änderun-

1 BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030.

2 Vgl. BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91; BAG vom 16.1.1992 – 2 AZR 412/91, NZA 1992, 1023 = EzA § 123 BGB Nr. 36.

3 S. dazu nunmehr BAG vom 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, NZA-RR 2008, 344 = EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 4; BAG vom 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

4 BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348.

gen zurücksandte. Noch am selben Tag kam es zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags, in dem es u.a. heißt, dass sich die Parteien einig sind, das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2005 zu beenden, der Kläger berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis bereits zuvor mit einer Ankündigungsfrist von einer Woche vorzeitig zu beenden, der Kläger für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von 18000 Euro erhält und dem Kläger ein wohlwollendes, als „sehr gut“ zu beurteilendes Zeugnis erhält. Nach Abschluss des Aufhebungsvertrags war der Kläger weiterhin für die beklagte Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätig. Mit Schreiben vom 1.12.2005 erklärte der Kläger die Anfechtung des Aufhebungsvertrags wegen widerrechtlicher Drohung.

Nach unbefangener Lektüre dieses – stark verkürzten – Sachverhalts dürfte bei Anwendung des im Volksmund gerne zitierten sog. „gesunden Menschenverstands“ die Anfechtung an sich keinen Erfolg haben. Das BAG sah dies anders: 36

Unter ausdrücklicher Ablehnung der bis dahin im Schrifttum – wohl überwiegend – vertretenen Auffassung<sup>1</sup> soll nach dem Sechsten Senat des BAG eine Widerrechtlichkeit der Drohung mit einer Kündigung, die im Streitfall bei ihrem Ausspruch „mit hoher Wahrscheinlichkeit an § 626 Abs. 2 BGB scheitern würde“, nicht durch eine dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eingeräumte **Bedenkzeit** ausgeräumt werden. Wörtlich heißt es in der Entscheidung vom 28.11.2007 u.a.: „Falls eine Widerrechtlichkeit der Drohung vorgelegen haben sollte, wird diese nicht durch die dem Kläger von der Beklagten eingeräumte Bedenkzeit beseitigt. Soweit dies im Schrifttum ohne nähere Gründe vertreten wird (...), steht dem entgegen, dass die angedrohte Kündigung durch die eingeräumte Bedenkzeit nicht ‚wirksamer‘ wird. Zur Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Drohung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB sind äußere Umstände nicht einzubeziehen, wenn sie nicht von Einfluss auf den Inhalt der Drohung sind (...). Dies ist für die Bedenkzeit zu verneinen. An der Inadäquanz zwischen dem Mittel und dem Zweck ändert eine dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Drohung eingeräumte Bedenkzeit nichts. Der Zweck – Abschluss des Aufhebungsvertrags – und das Mittel – Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung – bleiben auch bei einer eingeräumten Möglichkeit einer rechtlichen Beratung unverändert.“<sup>2</sup> 37

Das sich hieraus an sich ergebende Ergebnis – „einmal Drohung, immer Drohung“ (mit der Konsequenz der Anfechtungsmöglichkeit eines Aufhebungsvertrags durch den Arbeitnehmer selbst bei Einräumung einer Bedenkzeit) – 38

<sup>1</sup> S. etwa *Bauer*, I Rz. 186; *Legerlotz*, in: Mues/Eisenbeis/Legerlotz/Laber, Handbuch zum Kündigungsrecht, Teil 1 Rz. 615. Noch offen gelassen von BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, NZA 2006, 841, wonach es dahingestellt bleiben könne, ob eine ausreichende und angemessene Bedenkzeit die Widerrechtlichkeit der Drohung ausschließe, weil zwischen der ausdrücklichen Drohung der Vorgesetzten und der Unterzeichnung des Auflösungsvertrags durch den Arbeitnehmer lediglich ein Zeitraum von ca. drei Stunden vergangen sei und der Arbeitnehmer in diesen Zeitraum unter Fortwirkung der Drohung durch seine Vorgesetzten zur Räumung seines Spindes und Abgabe seiner Ausrüstungsgegenstände veranlasst worden sei.

<sup>2</sup> BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348.

**Teil 3** Rz. 39 Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

schien dem BAG offenbar selbst Unbehagen zu bereiten, da es in der Entscheidung vom 28.11.2007 weiterhin ausführte, die **Drohung** müsse für die angefochtene Willenserklärung des Bedrohten gemäß § 123 Abs. 1 BGB **ursächlich** gewesen sein. Dabei genüge es, dass die Drohung nach der Vorstellung des Drohenden **mitursächlich** gewesen sei. Eine Willenserklärung könne nur dann erfolgreich wegen Drohung angefochten werden, wenn der Anfechtende einem auf die Bestimmung des Willens gerichteten Verlangen nachgegeben und die Willenserklärung nicht aus eigener, selbständiger Überlegung abgegeben habe<sup>1</sup>.

- 39 Die Ursächlichkeit der Drohung könne nicht schon dann ohne Weiteres bejaht werden, wenn die widerrechtliche Drohung *conditio sine qua non*, d.h. nicht wegzudenkende Ursache für die angefochtene Willenserklärung sei. Nach § 123 Abs. 1 BGB müsse der Anfechtende vielmehr **durch die Drohung zur Abgabe der Willenserklärung „bestimmt“** worden sein. Er müsse noch bei der Abgabe der Willenserklärung unter dem Eindruck der Drohung gehandelt haben und nicht aufgrund einer davon „nicht mehr maßgeblich beeinflussten autonomen Willensbildung“<sup>2</sup>. Davon sei zwar regelmäßig auch dann auszugehen, wenn dem widerrechtlich Bedrohten eine Bedenkzeit eingeräumt worden sei. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände ändere eine dem Arbeitnehmer eingeräumte Bedenkzeit nichts an der Ursächlichkeit der Drohung. Für eine von der Drohung nicht mehr maßgeblich beeinflusste Willenserklärung spreche jedoch, dass der Anfechtende die Bedenkzeit dazu genutzt habe, die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung durch ein aktives Verhalten – z.B. neue eigene Angebote – erheblich zu seinen Gunsten zu beeinflussen, insbesondere wenn er selbst rechtskundig sei oder zuvor Rechtsrat eingeholt habe bzw. aufgrund der Dauer der eingeräumten Bedenkzeit hätte einholen können. Nach § 150 Abs. 2 BGB gelte nämlich die Annahme eines Vertragsangebots unter Erweiterungen, Einschränkungen, oder sonstigen Änderungen als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. In diesem Fall bedürfe es weiterer substantiiertes Darlegungen und im Bestreitensfall eines entsprechenden Beweisantritts dafür, dass der Anfechtende seine Willenserklärung letztlich immer noch unter dem Druck der widerrechtlichen Drohung abgegeben und damit weiterhin nur das kleinere wenn auch aufgrund des Nachverhandelns verkleinerte Übel gewählt und nicht etwa die Drohung nur zum Anlass dafür genommen habe, einen selbstbestimmt gewählten Willen (hier: Abkehrwillen) zu von ihm angestrebten oder jedenfalls im Ergebnis als annehmbar angesehenen Bedingungen zu verwirklichen. Maßgebend seien insoweit die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt der Abgabe der angefochtenen Willenserklärung<sup>3</sup>.

1 BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348.

2 BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348.

3 BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348. Das BAG hat die Sache an das LAG zurückverwiesen, um dem Kläger „Gelegenheit“ zu geben, darzulegen und zu beweisen, dass er den Aufhebungsvertrag im Streitfall „letztlich“ immer noch unter dem Druck der widerrechtlich Drohung abgeschlossen und damit weiterhin nur das kleinere, wenn auch aufgrund des Nachverhandelns verkleinerte Übel gewählt hat. Wie der Arbeitnehmer diese subjektive Komponente konkret darlegen und im

➔ **Hinweis:** Aufgrund dieser Entscheidung und des Umstands, dass mit einer grundlegenden Änderung der Rechtsprechung des BAG zum „verständigen Arbeitgeber“ kaum zu rechnen ist, kann jedem Arbeitgeber nur dringend empfohlen werden, in Verhandlungen mit dem Arbeitnehmer über die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag entweder von der Androhung einer fristlosen und/oder ordentlichen Kündigung im Falle des Nichtzustandekommens eines Aufhebungsvertrags entweder ganz abzusehen oder eine solche Kündigung nur dann in Aussicht zu stellen, wenn „unter verständiger Abwägung aller Umstände des Einzelfalles“ davon ausgegangen werden kann, dass die anzudrohende Kündigung im Falle ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung im Sinne der dargestellten Rechtsprechung des BAG „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ standhalten wird. Für den Arbeitgeber sollte nach seinem objektiv möglichen und hypothetischen Wissensstand die Gewissheit bestehen, dass die – fiktive – Kündigung in allen Punkten rechtmäßig wäre<sup>1</sup>.

40

Im Einzelnen muss dabei zwischen den Gründen, aus denen das Arbeitsverhältnis beendet und aufgrund derer eine Kündigung in Aussicht gestellt werden soll, unterschieden werden.

41

#### **(a) Androhung einer ordentlichen Kündigung**

##### **(aa) Verhaltensbedingte Gründe**

Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen Störungen im Verhaltens- und Leistungsbereich, die nach der Rechtsprechung eine vorherige Abmahnung erfordern (z.B. Verletzung der Anzeige- und Nachweispflichten im Krankheitsfall, wiederholtes Zuspätkommen), mit dem Arbeitnehmer durch Aufhebungsvertrag beenden, so darf er bei den Aufhebungsverhandlungen eine ordentliche Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens einer Aufhebungsvereinbarung nur androhen, wenn der Arbeitnehmer zuvor wegen **gleichartiger** Pflichtverletzungen bereits wirksam abgemahnt worden ist (s.o. Teil 1 Rz. 285 ff., 294). Zur Entbehrlichkeit einer vorherigen Abmahnung s.o. Teil 1 Rz. 286 f.

42

##### **(bb) Personenbedingte Gründe**

Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus personenbedingten Gründen, etwa wegen häufiger Kurzerkrankungen des Arbeitnehmers, durch Aufhebungsvertrag beenden, darf er den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens einer Aufhebungsvereinbarung nur in Aussicht stellen, wenn nach seinem objektiv möglichen und hypotheti-

43

<sup>1</sup> Falle des Bestreitens durch den Arbeitgeber nachweisen soll, lässt sich – soweit ersichtlich – der Entscheidung des BAG vom 28.11.2007 trotz zahlreicher „Beachtungshinweise“ an die Vorinstanz nicht entnehmen.

<sup>1</sup> Ehrich, DB 1992, 2239 (2241).

**Teil 3** Rz. 44 Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

schen Wissensstand die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung i.S. der Rechtsprechung des BAG gegeben sind (s.o. Teil 1 Rz. 244 ff.).

- 44 Danach wäre die Androhung einer Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens eines Aufhebungsvertrages z.B. widerrechtlich, wenn der Arbeitnehmer erstmals in einem Kalenderjahr weniger als 30 Arbeitstage arbeitsunfähig krank war, oder – bei höheren Fehlzeiten – die Krankheit mittlerweile vollständig ausgeheilt ist (s.o. Teil 1 Rz. 247). Dagegen dürfte die Androhung einer krankheitsbedingten Kündigung für den Fall der Nichtunterzeichnung eines Aufhebungsvertrages im Allgemeinen nicht widerrechtlich sein, wenn der Mitarbeiter während eines Zeitraumes von mindestens zwei Jahren krankheitsbedingte – nicht ausgeheilte – Fehlzeiten aufweist, die 30 Tage jeweils erheblich übersteigen und dadurch Entgeltfortzahlungskosten für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen entstanden sind (s.o. Teil 1 Rz. 263 f.). Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer bereits längere Zeit arbeitsunfähig krank und die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit noch völlig ungewiss ist (s.o. Teil 1 Rz. 266 f.).

**(cc) Betriebsbedingte Gründe**

- 45 Besondere Probleme entstehen, wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen einen Aufhebungsvertrag schließen und für den Fall des Nichtzustandekommens eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung androhen will. Insoweit dürfte – nach Maßgabe der Rechtsprechung des BAG – die Androhung einer solchen Kündigung nur dann nicht widerrechtlich sein, wenn dringende betriebliche Erfordernisse gegeben sind, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem vergleichbaren freien Arbeitsplatz nicht möglich ist und vom Arbeitgeber soziale Gesichtspunkte i.S. von § 1 Abs. 3 KSchG ausreichend berücksichtigt worden sind (s.o. Teil 1 Rz. 300).

**(b) Androhung einer fristlosen Kündigung**

- 46 Die Drohung mit einer fristlosen Kündigung für den Fall des Nichtzustandekommens eines Aufhebungsvertrages ist nicht widerrechtlich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einer strafbaren Handlung (z.B. Spesen- oder Stechkartenbetrug, Diebstahl, Unterschlagung oder Untreue) überführt hat oder nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten gegen den Arbeitnehmer der **schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung** besteht<sup>1</sup>.
- 47 ☛ **Beispiel:** Konkret darf der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung etwa eine fristlose Kündigung ernsthaft in Erwägung ziehen, wenn
- der Arbeitnehmer erhebliche Vertragsverletzungen begangen hat<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414 (418); wohl auch BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030.

<sup>2</sup> Vgl. BAG vom 31.1.1996 – 2 AZR 91/95, NZA 1996, 756; BAG vom 6.11.1997 – 2 AZR 162/97, NZA 1998, 373.

- der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht hat<sup>1</sup>,
- der Arbeitnehmer gefälschte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt hat<sup>2</sup>,
- der als arbeitsunfähig krankgeschriebene Arbeitnehmer trotz Vergütungsfortzahlung im eigenen Betrieb oder bei einem anderen Arbeitgeber tätig geworden ist<sup>3</sup>,
- eine Gleitzeitmanipulation vorliegt und der Arbeitnehmer vorsätzlich falsche Zeitangaben auch noch beharrlich leugnet<sup>4</sup>,
- der stellvertretende Marktleiter einer ausdrücklichen Weisung seines Vorgesetzten zuwider eine Betriebsvereinbarung unterzeichnet<sup>5</sup>,
- eine Buchhalterin, die erfahren hat, dass eine andere Mitarbeiterin einen Firmenscheck über ihr Privatkonto hat einziehen lassen, anschließend dieser Mitarbeiterin den fraglichen Kontoauszug noch aushändigt, anstatt den Arbeitgeber sofort zu benachrichtigen<sup>6</sup>,
- der Arbeitnehmer wider besseren Wissens Belege falsch ausgefüllt hat, um sich auf Kosten des Arbeitgebers zu bereichern<sup>7</sup>,
- Unstimmigkeiten und Widersprüchlichkeiten in der Spesenabrechnung eines Außendienstmitarbeiters vorliegen, bei dem Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers schwierig sind<sup>8</sup>,
- ein (auch langjährig beschäftigter) Arbeitnehmer umfangreiche private Telefongespräche geführt und diese nicht abgerechnet hat<sup>9</sup>,
- der in einem Kaufhaus angestellte Arbeitnehmer einen auf der unteren Ablage des Einkaufswagens mitgeführten Bierkasten an der Kasse nicht abgerechnet und sich dadurch dem Diebstahlsverdacht ausgesetzt hat<sup>10</sup>,
- die als Abteilungsleiterin eingesetzte Mitarbeiterin entgegen einer ausdrücklichen Anordnung drei Kleider aus ihrer Abteilung entnommen, den Betrieb nicht auf dem vorgeschriebenen Weg durch den Personal Eingang verlassen hat und die Kleider unauffindbar geblieben sind<sup>11</sup>,

1 BAG vom 21.3.1996 – 2 AZR 543/95, NZA 1996, 1030 unter Hinweis auf BAG vom 26.8.1993 – 2 AZR 154/93, NZA 1994, 63.

2 BAG vom 14.2.1996 – 2 AZR 234/95, NZA 1996, 811.

3 BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91; Hessisches LAG vom 2.6.1997 – 11 Sa 2061/96, DB 1998, 82 = BB 1998, 111.

4 BAG vom 12.8.1999 – 2 AZR 832/98, NZA 2000, 27.

5 BAG vom 6.12.2001 – 2 AZR 396/00, NZA 2002, 731.

6 BAG vom 6.11.1997 – 2 AZR 162/97, NZA 1998, 374.

7 BAG vom 30.3.1960 – 3 AZR 201/58, DB 1960, 956.

8 LAG Düsseldorf vom 30.4.1991 – 16 Sa 98/91, LAGE § 123 BGB Nr. 14.

9 BAG vom 5.12.2002 – 2 AZR 478/01, DB 2003, 1685.

10 BAG vom 24.1.1985 – 2 AZR 317/84, NZA 1986, 25.

11 BAG vom 16.11.1979 – 2 AZR 1041/77, DB 1980, 1450.

**Teil 3** Rz. 48 Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

- der Arbeitnehmer fremde User ID und Codes seines Vorgesetzten entschlüsselt, um sie latent für spätere – wenn auch nur dienstliche – Zwecke zu nutzen<sup>1</sup>.
- 48 Besonders zu beachten ist weiterhin, dass ein „verständiger Arbeitgeber“ eine außerordentliche Kündigung unabhängig vom Gewicht der Pflichtverletzungen dann nicht (mehr) ernsthaft in Betracht ziehen darf, wenn die insoweit maßgebenden Tatsachen bereits länger als zwei Wochen bekannt waren und damit die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB abgelaufen ist<sup>2</sup>.
- 49 Dagegen ergibt sich die Widerrechtlichkeit der Drohung **nicht** bereits aus der **fehlenden Anhörung des Betriebsrats**, weil allein der Ausspruch, nicht aber die Androhung der Kündigung eine Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG voraussetzt<sup>3</sup>. Gleiches gilt für die Zustimmungserfordernisse nach § 15 KSchG i.V. mit § 103 BetrVG, § 9 Abs. 3 MuSchG, § 18 Abs. 1 BEEG, § 5 Abs. 2 PflegeZG, §§ 85 ff. SGB IX.
- 50 Ebenso wenig ist die Drohung mit einer ordentlichen Kündigung widerrechtlich, wenn der Arbeitnehmer keinen Kündigungsschutz genießt (z.B. wegen Nichterfüllung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG oder weil es sich um einen Kleinbetrieb i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG handelt) und das Arbeitsverhältnis durch den Aufhebungsvertrag zu einem Zeitpunkt beendet wird, zu dem es auch durch die Kündigung beendet werden könnte<sup>4</sup>. Insoweit wird aber der Abschluss eines Aufhebungsvertrages regelmäßig gerade wegen der Kündigungsfreiheit nicht in Betracht kommen.
- 51 Äußerst bedenklich ist die teilweise vertretene Ansicht, die Androhung einer (ordentlichen) Kündigung sei nicht widerrechtlich, wenn zwar der Arbeitgeber damit rechnen müsse, dass seine Kündigung sozialwidrig sei, er aber annehmen könne, wenigstens mit einem hilfsweisen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG (s.o. Teil 1 Rz. 453) das Arbeitsverhältnis beenden zu können<sup>5</sup>. Streng dogmatisch darf hier der Arbeitgeber (allein) die Kündigung als solche gerade nicht „ernsthaft in Erwägung“ ziehen. Insoweit dürfte konsequenterweise vom Arbeitgeber auch nur – gleichsam vollständig – mit dem Ausspruch einer Kündigung und der Stellung eines Auflösungsantrags im Kündigungsschutzprozess für den Fall des Nichtzustandekommens eines Aufhebungsvertrags gedroht werden.

☞ **Hinweis:** Da das BAG zu dieser Frage – soweit ersichtlich – noch nicht Stellung genommen hat und für einen „verständigen“ Arbeitgeber regelmäßig kaum vorhersehbar ist, ob bei objektiver Betrachtung tatsächlich Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zu-

1 ArbG Hannover vom 10.1.2002 – 10 Ca 250/01, NZA-RR 2002, 582.

2 Vgl. BAG vom 5.12.2002 – 2 AZR 478/01, DB 2003, 1685; BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 197/05, NZA 2006, 841; BAG vom 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348.

3 Ehrich, DB 1992, 2239 (2241); Bengelsdorf, S. 20; Müller, S. 131.

4 Bauer, I Rz. 186.

5 So Bauer, I Rz. 190.

sammenarbeit zwischen den Vertragsparteien nicht erwarten lassen (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG), kann vor dieser Vorgehensweise allerdings nur dringend gewarnt werden.

Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gekündigt und schließen die Parteien sodann einen Aufhebungsvertrag, ist eine Anfechtung durch den Arbeitnehmer nach § 123 Abs. 1 BGB wegen widerrechtlicher Drohung nicht möglich, da es – im Hinblick auf die bereits ausgesprochene Kündigung – begrifflich schon an einer Drohung fehlt<sup>1</sup>. Lediglich bei einem engen zeitlichen Zusammenhang soll nach Auffassung des BAG<sup>2</sup> eine angedrohte Kündigung auch nach ihrem Ausspruch beim Arbeitnehmer als Androhung eines künftigen Übels auf den später abgeschlossenen Aufhebungsvertrag nachwirken.

Höchstrichterlich bislang noch nicht entschieden ist die Frage, ob eine Anfechtung des Aufhebungsvertrages durch den Arbeitnehmer gemäß § 123 Abs. 1 BGB wegen widerrechtlicher Drohung in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch die Äußerung „Wir wollen uns von Ihnen trennen“ zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages veranlasst hat. Die Möglichkeit der Anfechtung ist hier von vornherein zu verneinen, da es bereits an dem Merkmal der Drohung fehlt. Ein konkretes „zukünftiges Übel“<sup>3</sup> für den Fall des Nichtzustandekommens einer Aufhebungsvereinbarung wird dem Arbeitnehmer mit einer solchen Mitteilung gerade nicht in Aussicht gestellt.

## (2) Androhung einer Strafanzeige

Auch die Drohung mit einer Strafanzeige kann den Arbeitnehmer nach § 123 Abs. 1 BGB zur Anfechtung des Aufhebungsvertrages berechtigen. Die Widerrechtlichkeit der Drohung ist zu bejahen, wenn die Verdachtsmomente völlig haltlos sind<sup>4</sup>. Die Drohung mit einer Strafanzeige ist aber rechtmäßig, wenn **schwerwiegende Verdachtsmomente** gegen den Arbeitnehmer vorliegen und das Begehren des Arbeitgebers mit der Straftat in einem inneren Zusammenhang steht<sup>5</sup>. Ein solcher Zusammenhang liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch die Straftat, auf die sich die angedrohte Strafanzeige bezieht, konkret berührt wird. Nach Auffassung des BAG<sup>6</sup> beurteilt sich die Widerrechtlichkeit in erster Linie danach, ob das Gewicht des erhobenen Vorwurfs einen Tatverdacht ergibt, der – unter Berücksichtigung auch später gewonnener Ermittlungsergebnisse – einen verständigen Arbeitgeber bewogen hätte, eine Strafanzeige ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Letzteres ist beispielsweise zu bejahen, wenn der arbeitsunfähig krankgeschriebene Arbeitnehmer während der Zeit der Entgeltfortzahlung bei einem anderen Arbeitgeber tätig ist und

1 BAG vom 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466; LAG Brandenburg vom 16.10.1997 – 3 Sa 196/97, NZA-RR 1998, 248; *Bauer*, Rz. 186.

2 BAG vom 12.8.1999 – 2 AZR 832/98, NZA 2000, 27.

3 Vgl. BAG vom 16.1.1992 – 2 AZR 412/91, NZA 1992, 1023 = EZA § 123 BGB Nr. 36.

4 LAG Baden-Württemberg vom 29.12.1966 – 4 Sa 85/66, BB 1967, 1421.

5 *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2241) m. w. Nachw.

6 BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91 (92 f.).

**Teil 3** Rz. 55 Mängel und Beseitigungsmöglichkeiten von Aufhebungsverträgen

sich dieses Fehlverhalten für seinen Arbeitgeber als Missbrauch der Entgeltfortzahlung darstellt<sup>1</sup>.

**(3) Androhung von Schadensersatzforderungen**

- 55 Entsprechend den Grundsätzen zur Androhung einer Strafanzeige (s.o. Rz. 54) kommt ein Anfechtungsrecht des Arbeitnehmers wegen widerrechtlicher Drohung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB nur dann in Betracht, wenn der vom Arbeitgeber bezweckte Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der angedrohten Geltendmachung von Schadensersatzforderungen in keinem inneren Zusammenhang steht<sup>2</sup>.

**(4) Androhung der Betriebsratsanrufung**

- 56 Die Ankündigung des Arbeitgebers, den Betriebsrat einzuberufen, um mit diesem die Kündigung des Arbeitnehmers zu beraten, mag zwar als Drohung zu werten sein. Gleichwohl berechtigt sie den Arbeitnehmer wegen fehlender Widerrechtlichkeit nicht zur Anfechtung eines daraufhin abgeschlossenen Aufhebungsvertrages, da anderenfalls die Mitbestimmung des Betriebsrats in Personalangelegenheiten in Misskredit gebracht würde<sup>3</sup>.

**(5) Abhängigmachen nicht geschuldeter Leistungen vom Aufhebungsvertrag**

- 57 Die im Rahmen von Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag gefallene Äußerung des Arbeitgebers oder seines Bevollmächtigten, dass der Arbeitnehmer eine Abfindung und ein gutes Zeugnis nur erhalte, wenn er die Auflösung des Arbeitsverhältnisses akzeptiere, stellt – wie das LAG Brandenburg in einer Entscheidung vom 16.10.1997<sup>4</sup> zu Recht ausgeführt hat – keine Drohung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB dar, die zur Anfechtung des Aufhebungsvertrags berechtigt. Denn ein Anspruch auf eine Abfindung steht dem Arbeitnehmer nur in den Ausnahmefällen der §§ 1a, 9, 10 KSchG bzw. § 112 BetrVG zu. Ebenso wenig besteht per se ein Anspruch auf ein „gutes“ Zeugnis. Vielmehr müssen hierfür entsprechende Leistungen des Arbeitnehmers vorliegen. Die Infragestellung der Abfindung und eines „guten“ Zeugnisses betrifft daher zusätzlich zu vereinbarte Vertragskomponenten und kann nicht als Drohung mit einem „Übel“ aufgefasst werden, die eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB rechtfertigt<sup>5</sup>.

**(6) Zeitdruck**

- 58 Bloßer Zeitdruck infolge Drängens auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages kann den Arbeitnehmer nach allgemeiner Ansicht<sup>6</sup> nicht zur Anfechtung

1 Vgl. BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91 (92 f.).

2 *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2241).

3 LAG Baden-Württemberg vom 6.12.1973 – 7 Sa 63/73, DB 1974, 195; *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2242); *Bengelsdorf*, S. 20.

4 LAG Brandenburg vom 16.10.1997 – 3 Sa 196/97, DB 1998, 2376.

5 Zutreffend LAG Brandenburg vom 16.10.1997 – 3 Sa 196/97, DB 1998, 2376.

6 Grundlegend BAG vom 16.2.1983 – 7 AZR 134/81, DB 1983, 1663; bestätigt von BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209; LAG Frankfurt vom 19.12.1985 – 3

nach § 123 Abs. 1 BGB wegen widerrechtlicher Drohung berechtigen. Zwar hat das BAG in mehreren Entscheidungen<sup>1</sup> offen gelassen, ob eine widerrechtliche Drohung dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitgeber eine überstürzte Entscheidung erzwingt und dem Arbeitnehmer durch das Ablehnen jeder Überlegungsfrist die Möglichkeit der freien EntschlieÙung nimmt. Eine analoge Anwendung des § 123 BGB auf Fälle, in denen eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung allein wegen eines „Zeitdruckes“ zustandegekommen ist, lehnt das BAG<sup>2</sup> jedoch zu Recht ab. Insoweit rechtfertigt der Zweck des § 123 Abs. 1 BGB – Schutz der freien Selbstbestimmung im Rechtsverkehr – keine analoge Anwendung dieser Bestimmung, da die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Einzelnen nicht allgemein gegen jede Art von Beeinträchtigung durch eine Zwangslage, sondern nur gegen die rechtswidrige Beeinflussung durch arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung geschützt wird<sup>3</sup>.

Die vom BAG bislang offen gelassene Frage, ob eine widerrechtliche Drohung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn eine vom Arbeitnehmer erbetene Bedenkzeit seitens des Arbeitgebers abgelehnt wird, ist zu verneinen<sup>4</sup>. Denn die bloÙe **Ablehnung einer Bedenkzeit** bedeutet als solche kein Inaussichtstellen eines Übels und kann nicht als derart schwerwiegender Eingriff in die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit gewertet werden, der an Intensität einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung gleichsteht. Lehnt der Arbeitgeber den Wunsch des Arbeitnehmers auf Bedenkzeit ab und geht dem Arbeitnehmer gleichsam „alles zu schnell“, liegt nichts näher, als das Angebot des Arbeitgebers auf einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses einfach abzulehnen<sup>5</sup>.

### c) Anfechtungsverzicht

Zuweilen enthalten Aufhebungsverträge folgende Vereinbarung:

60

#### Formulierungsbeispiel

Beide Seiten verzichten auf ein etwa bestehendes Recht der Anfechtung wegen aller in Betracht kommender Anfechtungsgründe.

Sa 6/85, LAGE § 123 Nr. 9 (in einem „abschließenden Hinweis“); *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2243); *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Rz. 34; *Müller*, S. 122.

1 BAG vom 30.1.1986 – 2 AZR 196/85, NZA 1987, 91; BAG vom 16.1.1992 – 2 AZR 412/91, NZA 1992, 1023 = EzA § 123 BGB Nr. 36; BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209.

2 BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209.

3 BAG vom 16.2.1983 – 7 AZR 134/81, DB 1983, 1663; BGH vom 7.6.1988 – IX ZR 245/86, NJW 1988, 2599; BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209; *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2243); *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414 (417 f.).

4 S. *Ehrich*, DB 1992, 2239 (2244); ebenso *KR-Bader*, § 9 MuSchG Rz. 154.

5 So zu Recht BAG vom 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, NZA 1994, 209.

## Teil 4

### Aufhebungsverträge bei Betriebsänderung und Insolvenz

#### I. Aufhebungsvertrag bei Betriebsänderung

Vor dem Hintergrund der Probleme, die betriebsbedingte Kündigungen, insbesondere im Hinblick auf die Sozialauswahl, mit sich bringen (vgl. Teil 1 Rz. 300, 322 ff.), bietet sich der Aufhebungsvertrag gerade im Rahmen von Betriebsänderungen und den damit häufig verbundenen Massenentlassungen als die gegenüber der Kündigung bessere Alternative an. Da die Betriebsänderung in der Regel mit dem Abschluss eines Sozialplanes verbunden ist<sup>1</sup>, hat ein ausscheidender Arbeitnehmer in der Regel bereits einen Anspruch auf die Zahlung einer Abfindung. Insofern stellt sich dann die Frage, in welchem Verhältnis die sich aus dem Sozialplan ergebende Abfindung zu der sich aus einem Aufhebungsvertrag ergebenden Abfindung steht und ob gegebenenfalls Mitarbeiter, die einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben, von den Sozialplanabfindungen ganz oder zumindest teilweise ausgeschlossen werden können. Daneben ist zu klären, welche Anreizwirkung ein Arbeitgeber setzen kann und darf, um einen möglichst zügigen und komplikationsfreien Personalabbau durch einvernehmliche Lösungen zu erreichen, um Kündigungsschutzprozesse zu vermeiden. Insoweit kommt die Möglichkeit einer zusätzlichen Abfindung außerhalb eines Sozialplans in Betracht, die unter dem Begriff „Turboprämie“ diskutiert wird.<sup>2</sup>

- <sup>1</sup> Unabhängig von den im Gesetz genannten und unten näher dargestellten Voraussetzungen einer Betriebsänderung setzt ein Sozialplan stets voraus, dass in dem von der Betriebsänderung betroffenen Betrieb im Zeitpunkt der Durchführung der Personalreduzierung bereits ein gewählter Betriebsrat besteht. Entschließt sich die Belegschaft erst in dem Zeitpunkt dazu, einen Betriebsrat zu wählen, in dem der Arbeitgeber bereits mit der Durchführung des Personalabbaus begonnen hat, kann dieser dann gewählte Betriebsrat die im Rahmen einer Betriebsänderung bestehenden Mitwirkungsrechte – insbesondere einen Sozialplan – nicht mehr geltend machen (BAG vom 20.4.1982 – 1 ABR 3/80, AP Nr. 15 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, NZA 1993, 420). Von einer Durchführung des Personalabbaus kann nach herrschender Meinung allerdings erst dann gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber bereits mit dem Ausspruch der Kündigungen begonnen hat; streitig. Besteht ein Unternehmen aus mehreren Betrieben und betrifft der Personalabbau nur einen einzigen dieser Betriebe, in dem kein Betriebsrat gewählt worden ist, so kann der Sozialplan nunmehr nicht vom Gesamtbetriebsrat durchgesetzt werden. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Personalabbau mehrere Betriebe betrifft oder der betroffene Betrieb nicht betriebsratsfähig ist, d.h. weniger als 5 wahlberechtigte Mitarbeiter hat.
- <sup>2</sup> BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997; BAG vom 3.5.2006 – 4 AZR 189/05, NZA 2006, 1420; BAG vom 15.2.2005 – 9 AZR 116/04, NZA 2005, 1117; vgl. hierzu auch *Gaul/Otto*, ArbRB 2005, 344 ff.

## 1. Betriebsänderung

### a) Voraussetzungen einer Betriebsänderung

- 2 Was unter einer Betriebsänderung zu verstehen ist, definiert § 111 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Gemäß § 111 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BetrVG ist hierunter beispielsweise die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen zu verstehen. Umstritten war in diesem Zusammenhang zunächst die Frage, ob unter den Tatbestand der Nr. 1 nur die Einschränkung sächlicher Betriebsmittel oder auch der **bloße Personalabbau** fällt, sofern von letzterem erhebliche Teile der Belegschaft betroffen sind. Das BAG hat diese Frage bereits früh bejaht und ausgeführt, dass die Betriebseinschränkung i.S.von § 111 BetrVG durch eine erhebliche und nicht nur vorübergehende Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Betriebes gekennzeichnet sei<sup>1</sup>. Unerheblich sei insofern, ob die Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Betriebes auf einer Außerbetriebsetzung von Fertigungsanlagen bzw. einzelner Abteilungen oder auf einem erheblichen Personalabbau beruhe.
- 3 Dieser Ansicht des BAG hat sich im Jahre 1985 auch der Gesetzgeber angeschlossen. Im Rahmen des Beschäftigungsförderungsgesetzes<sup>2</sup> wurde § 112a BetrVG in das Betriebsverfassungsgesetz aufgenommen, der die Erzwingbarkeit eines Sozialplans auch auf die Fälle erweiterte, in denen die Betriebsänderung „alleine in der Entlassung von Arbeitnehmern“ besteht, wenn die in § 112a BetrVG genannten Zahlen erreicht werden (s. Rz. 4).
- 4 Trotz der Einführung des § 112a BetrVG stellt das BAG hinsichtlich der Frage, wann erhebliche Teile der Belegschaft i.S. von § 111 BetrVG betroffen sind, nach wie vor auf die Zahlen und Prozentangaben des § 17 KSchG mit der Maßgabe ab, dass mindestens 5 % der gesamten Belegschaft betroffen sein müssen<sup>3</sup>. Der für § 17 KSchG maßgebliche Beurteilungszeitraum von 30 Tagen spielt allerdings für die Einordnung eines Personalabbaus als Betriebsänderung keine Rolle. Unerheblich ist darüber hinaus, ob die Personalreduzierung in einem einzigen Schritt oder stufenweise über einen längeren Zeitraum erfolgt, solange die einzelnen Entlassungswellen auf eine einheitliche Unternehmerentscheidung zurückzuführen sind<sup>4</sup>. Nach einer Entscheidung des LAG Köln vom 21.2.1997 stellt ein vom Unternehmen aufgestellter Rahmenplan über einen eventuellen Personalabbau noch keine **einheitliche Unternehmerentscheidung** dar, wenn zunächst nur einige Mitarbeiter entlassen werden, um die weitere Entwicklung abzuwarten<sup>5</sup>.

1 Vgl. BAG vom 22.5.1979 – 1 AZR 848/76, AP Nr. 3 zu § 111 BetrVG 1972; BAG vom 2.8.1983 – 1 AZR 516/81, AP Nr. 12 zu § 111 BetrVG 1972; BAG vom 7.8.1990 – 1 AZR 445/89, NZA 1991, 113; BAG vom 31.5.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307.

2 Gesetz vom 26.4.1985, BGBl. I 1985 S. 710.

3 Vgl. BAG vom 21.10.1980 – 1 AZR 145/79, AP Nr. 8 zu § 111 BetrVG 1972; BAG vom 7.8.1990 – 1 AZR 445/89, NZA 1991, 113.

4 Vgl. BAG vom 8.6.1989 – 2 AZR 624/88, AP Nr. 6 zu § 17 KSchG 1969; LAG Düsseldorf vom 14.5.1986 – 6 Ta BV 18/86, LAGE § 111 BetrVG Nr. 4.

5 Vgl. LAG Köln vom 21.2.1997 – 11 Sa 271/96, DStR 1997, 1380.

Notwendige Entlassungen für:	§ 17 KSchG	§ 112a BetrVG
in Betrieben mit		
21–59 AN:	6 AN	20 %, mind. 6 AN
60–249 AN:	10 % od. 26 AN	20 % od. 37 AN
250–499 AN:	10 % od. 26 AN	15 % od. 60 AN
>500 AN:	30 AN	10 % od. 60 AN

Ein **Betriebsübergang** i.S. von § 613a BGB stellt nach h.M. in Rechtsprechung<sup>1</sup> 5 und Literatur<sup>2</sup> als solcher keine Betriebsänderung im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes dar, da der Begriff der Betriebsänderung voraussetzt, dass sich konkrete Änderungen der betrieblichen Arbeitsorganisation bzw. Eingriffe in die Betriebsidentität ergeben, während der Wechsel des Arbeitgebers die Betriebsorganisation gerade unverändert lässt, so dass eine derartige Maßnahme auch nicht sozialplanpflichtig ist. Die Rechte der Arbeitnehmer werden hier durch § 613a BGB umfassend gesichert. Etwas anderes gilt regelmäßig für den Teilbetriebsübergang, da dieser grundsätzlich mit einer Spaltung des Ausgangsbetriebs einhergeht und damit einen Tatbestand der Betriebsänderung nach § 111 BetrVG erfüllt. Ist der Betriebsübergang nach § 613a BGB aber mit Maßnahmen verbunden, die **als solche** einen der Tatbestände des § 111 Satz 3 BetrVG erfüllen, so stehen dem Betriebsrat die Beteiligungsrechte der §§ 111, 112 BetrVG zu<sup>3</sup>.

## b) Unterrichtungspflichten

### aa) Betriebsrat

Liegt eine Betriebsänderung i.S. von § 111 BetrVG vor, so ist diese Maßnahme 6 nur mit Beteiligung des Betriebsrates, sofern ein solcher besteht und in dem Unternehmen noch mindestens 21 Mitarbeiter beschäftigt sind<sup>4</sup>, durchzuführen.

<sup>1</sup> Vgl. BAG vom 25.1.2000 – 1 ABR 1/99, DB 2000, 2329; BAG vom 24.7.1979 – 1 AZR 219/77, DB 1980, 164; BAG vom 17.3.1987 – 1 ABR 47/85, AP Nr. 18 zu § 111 BetrVG 1972.

<sup>2</sup> Vgl. *Fitting*, § 111 BetrVG Rz. 49 ff.; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, § 111 BetrVG Rz. 55; *Richardi*, § 111 BetrVG Rz. 84; a.A. *Däubler/Kittner/Klebe/Schneider*, § 111 BetrVG Rz. 94; *GK-Fabricius*, § 111 BetrVG Rz. 296; *Weber/Ehrich/Hörchens*, Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, Teil J Rz. 20.

<sup>3</sup> BAG vom 25.1.2000 – 1 ABR 1/99, DB 2000, 2329.

<sup>4</sup> Hinsichtlich der Feststellung der Zahl der in der Regel in dem betroffenen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer siehe die Ausführungen des BAG (noch zum Betrieb) in der Entscheidung vom 9.5.1995 – 1 ABR 51/94, AP Nr. 33 zu § 111 BetrVG 1972. Hier hatte sich das BAG mit der Frage auseinander zu setzen, inwieweit auch ein bereits vor der Stilllegung durchgeführter schrittweiser Personalabbau bei der Feststellung der Anzahl der regelmäßig beschäftigten Mitarbeiter zu berücksichtigen ist. Das BAG differenziert insofern wie folgt:

„a) Erweist er [= vorhergehender Personalabbau] sich im Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses rückblickend als Vorstufe der Betriebsstilllegung, die damit in der Form

ren. Der Betriebsrat ist nicht nur rechtzeitig und umfassend über die geplante Maßnahme zu unterrichten, sondern sie ist darüber hinaus vor ihrer Durchführung mit ihm zu beraten. Die Pflicht zur Information des Betriebsrates beginnt in dem Zeitpunkt, in dem sich die Geschäftsleitung des Unternehmens entschlossen hat, die von ihr geplante Maßnahme grundsätzlich durchzuführen. Fehlt im Zeitpunkt der Entscheidung noch die Genehmigung eines Beirates, Aufsichtsrates oder der Gesellschafterversammlung, so ist dies für die Auslösung des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates unbedeutend, da es für § 111 BetrVG alleine auf den Beschluss der Geschäftsleitung/des Vorstandes ankommt<sup>1</sup>. Während des Stadiums der bloßen Vorüberlegungen innerhalb der Geschäftsleitung, ob eine bestimmte Änderung der betrieblichen Organisationsstruktur grundsätzlich vorgenommen werden soll, besteht hingegen noch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, so dass dieser im Planungsstadium noch keine Beteiligungsrechte reklamieren kann<sup>2</sup>.

- 7 Sind von einer Betriebsänderung mindestens zwei Betriebe eines Unternehmens betroffen, so sind grundsätzlich nicht die einzelnen Betriebsräte, sondern der Gesamtbetriebsrat für die Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan zuständig. Verhandelt der Arbeitgeber mit dem falschen Gremium, so droht ihm die Verurteilung zu einem Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG bei denjenigen Arbeitnehmern, die ihren Arbeitsplatz verlieren oder sonstige Nachteile durch die Betriebsänderung erleiden<sup>3</sup>.
- 8 ➡ **Hinweis:** Dem Arbeitgeber ist deshalb zu empfehlen, die in Betracht kommenden Arbeitnehmervertretungen zur Klärung der Zuständigkeitsfrage bei Zweifeln über den zuständigen Verhandlungspartner aufzufordern. Verhandelt er mit der Arbeitnehmervertretung, die ihm gegenüber von den in Betracht kommenden betriebsverfassungsrechtlichen Organen übereinstimmend als zuständig bezeichnet wurde, liegt ein dem Sanktionszweck des § 113 Abs. 2 BetrVG genügender Versuch eines Interessenausgleichs vor<sup>4</sup>.

#### bb) Sprecherausschuss

- 9 Da gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG die leitenden Angestellten nicht durch den Betriebsrat repräsentiert werden, hat der Arbeitgeber im Hinblick auf diese Arbeitnehmergruppe den Sprecherausschuss der leitenden Angestellten ähnlich

*eines gleitenden Übergangs eingeleitet wurde, so bleibt er außer Betracht; maßgebend ist die ursprüngliche Beschäftigtenzahl.*

*b) Sollte die Personalverminderung dagegen eine Fortführung des Betriebs ermöglichen und hat sie für eine nicht unerhebliche Zeit zu einer Stabilisierung der Belegschaftsstärke auf niedrigerem Niveau geführt, so ergibt sich die Zahl der in der Regel Beschäftigten aus der Belegschaftsstärke dieser Zwischenstufe.“*

1 Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, § 111 BetrVG Rz. 129 m. w. Nachw.; Weber/Ehrich/Hörchens, Handbuch Betriebsverfassungsrecht, Teil J Rz. 49.

2 Stege/Weinspach, §§ 111–113 BetrVG Rz. 14; HWK-Hohenstatt/Willemsen, § 111 BetrVG Rz. 60.

3 Vgl. BAG vom 24.1.1996 – 1 AZR 542/95, AP Nr. 16 zu § 50 BetrVG 1972.

4 BAG vom 24.1.1996 – 1 AZR 542/95, AP Nr. 1 zu § 113 BetrVG 1972.

wie den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme auf die leitenden Angestellten zu unterrichten. Nach dem Sprecherausschussgesetz ist in Betrieben mit in der Regel mindestens zehn leitenden Angestellten ein Sprecherausschuss zu wählen.

#### **cc) Wirtschaftsausschuss**

Der nach § 106 BetrVG in Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern zu bildende Wirtschaftsausschuss hat die Aufgabe, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu informieren. Gemäß § 106 Abs. 3 BetrVG gehören zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten insbesondere:

- die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens;
- die Produktions- und Absatzlage;
- das Produktions- und Investitionsprogramm;
- Rationalisierungsvorhaben;
- Fabrikations- und Arbeitsmethoden, insbesondere die Einführung neuer Arbeitsmethoden;
- Fragen des betrieblichen Umweltschutzes;
- die Einschränkung oder Stilllegung von Betrieben oder Betriebsteilen;
- die Verlegung von Betrieben oder Betriebsteilen;
- der Zusammenschluß oder die Spaltung von Unternehmen oder Betrieben;
- die Änderung der Betriebsorganisation oder des Betriebszwecks;
- die Übernahme des Unternehmens, wenn hiermit der Erwerb der Kontrolle verbunden ist, sowie
- sonstige Vorgänge und Vorhaben, welche die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können.

Zu den Unterlagen, die dem Wirtschaftsausschuss vorgelegt werden müssen gehören beispielsweise: Berichte, Vorschläge, Pläne und Analysen zur Verbesserung der Arbeitsmethoden, Organisations- und Rationalisierungspläne, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Erfolgsberechnungen, Betriebsstatistiken, Investitionsplanungen und Marktanalysen.

#### **dd) Agentur für Arbeit**

Neben den zuvor erwähnten innerbetrieblichen Gremien hat der Arbeitgeber die örtliche Agentur für Arbeit vor Durchführung der Betriebsänderung in bestimmten Fällen rechtzeitig zu informieren.

Gemäß § 17 Abs. 1 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Agentur für Arbeit anzuzeigen, wenn er innerhalb von 30 Kalendertagen Mitarbeiter in der in dieser Vorschrift genannten Größenordnung entlässt. Kündigungen, die oh-

ne eine entsprechende Anzeige an die Agentur für Arbeit erfolgen, sind gemäß § 18 KSchG unwirksam. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut fallen nicht nur Kündigungen, sondern auch sonstige vom Arbeitgeber veranlasste Beendigungen – insbesondere **Aufhebungsverträge** – unter die Sperrwirkung des § 17 KSchG. Für den Arbeitgeber bedeutet dies, dass er verstärkt auf den Beendigungszeitpunkt der von ihm ausgesprochenen Kündigungen bzw. abgeschlossenen Aufhebungsverträge achten muss, wenn er vermeiden will, dass sämtliche Kündigungen bzw. Aufhebungsverträge wegen der fehlenden Anzeige an die Agentur für Arbeit unwirksam werden. § 17 KSchG ist insbesondere dann im Auge zu behalten, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, ein Anstellungsverhältnis unter Einhaltung einer bestimmten Ankündigungsfrist vorzeitig zu beenden<sup>1</sup>. Hier droht dem Unternehmen die Gefahr, dass ggf. erst durch die Handlung eines Dritten die Voraussetzungen für eine anzeigepflichtige Massenentlassung entstehen.

- 14 Die Anzeige an die Agentur für Arbeit hat auf einem dafür vorgesehenen Formular zu erfolgen. Der Anzeige ist eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat über die vorgesehene Massenentlassung beizufügen. Gemäß § 17 Abs. 2 KSchG muss der Arbeitgeber den Betriebsrat über folgende Punkte im Zusammenhang mit einer geplanten Massenentlassung i.S. von § 17 KSchG informieren:

- die Gründe für die geplanten Entlassungen,
- die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,
- die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
- den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
- die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,
- die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.

Die Information an den Betriebsrat hat mindestens zwei Wochen vor der Erstattung der Anzeige bei der Agentur für Arbeit zu erfolgen. Der Anzeige ist dann eine Stellungnahme des Betriebsrates beizufügen. Gibt der Betriebsrat keine Stellungnahme ab, so reicht es aus, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass er den Betriebsrat rechtzeitig informiert hat und der Agentur für Arbeit gegenüber den Stand der Beratungen darlegt<sup>2</sup>.

- 15 Folge einer Massenentlassungsanzeige ist, dass die Kündigungen vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit nur mit

<sup>1</sup> Siehe oben Musterverträge Teil 2 Rz. 389 f.

<sup>2</sup> Bei Konzernunternehmen ist hier zu beachten, dass die Auskunfts-, Beratungs- und Anzeigepflichten nach § 17 KSchG auch dann bestehen, wenn die Entscheidung über die Entlassungen von der Konzernobergesellschaft getroffen wurden. Das Unternehmen kann sich nach dem eindeutigen Wortlaut nicht darauf berufen, dass das für die Entlassungen verantwortliche Unternehmen die erforderlichen Auskünfte nicht mitgeteilt hat.

ausdrücklicher Zustimmung der Agentur für Arbeit wirksam werden. Im Einzelfall kann diese so genannte Sperrfrist durch die Agentur für Arbeit auf bis zu zwei Monate ausgedehnt werden. Nach Ablauf der Sperrfrist müssen die beantragten Entlassungen gemäß § 18 Abs. 4 KSchG innerhalb einer Frist von 90 Tagen durchgeführt werden. Hinsichtlich dieser Durchführung ist seit der so genannten Junk-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27.1.2005 eine Rechtsprechungswende zu beachten. Seit dieser Entscheidung des EuGH<sup>1</sup> und der dem folgenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>2</sup> ist unter dem Begriff der Entlassung in §§ 17, 18 KSchG der **Ausspruch der Kündigungen** und nicht mehr die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber, der einen Personalabbau plant, auf der Grundlage der Belegschaftsstärke zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigungen prüfen muss, ob die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG überschritten sind und eine anzeigepflichtige Massenentlassung vorliegt. Bejahendenfalls hat er hierüber zunächst den Betriebsrat und dann die Agentur für Arbeit zu unterrichten. Nach § 18 Abs. 1 KSchG werden anzeigepflichtige Massenentlassungen nicht vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit wirksam, sofern die Agentur für Arbeit dem nicht ausdrücklich zustimmt. Nach § 18 Abs. 2 KSchG kann die Agentur für Arbeit im Einzelfall bestimmen, dass die Entlassungen nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach Eingang der Anzeige wirksam werden.

## 2. Sozialplan

Im Falle einer Betriebsänderung i.S. von § 111 BetrVG kann der Betriebsrat in 16 Unternehmen mit regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmern gemäß § 112 Abs. 4 BetrVG die Aufstellung eines Sozialplanes erzwingen. Der Sozialplan regelt anders als ein Interessenausgleich nicht das Ob, Wann und Wie der Betriebsänderung, sondern regelt vielmehr deren Folgen, die für die Betroffenen sozial verträglich gestaltet werden sollen. Sozialplanansprüche sind nach der Rechtsprechung des BAG ihrem Zweck nach keine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes, sondern dienen einzig und allein als Ausgleich bzw. Milderung für die wirtschaftlichen Nachteile, die der Arbeitnehmer infolge der geplanten Betriebsänderung erleidet<sup>3</sup>. Falls sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einvernehmlich auf einen bestimmten Sozialplan einigen, so kann jede Seite die **Einigungsstelle** anrufen, deren Spruch dann gemäß § 112 Abs. 4 Satz 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt. Beabsichtigt der Unternehmer, einen Betrieb stillzulegen, in dem ein Betriebsrat besteht, ohne zuvor mit dem Betriebsrat über einen Sozialplan verhandelt zu haben, so entfällt dessen Anspruch auf Aufstellung eines Sozialplans nicht dadurch, dass der Betriebsrat nunmehr wegen Stilllegung des Betriebes nicht mehr existiert. Zwar erlischt mit Stilllegung des Betriebes auch das Betriebsratsamt, doch wurde schon bislang von der Rechtsprechung für

<sup>1</sup> EuGH vom 27.1.2005, Slg. 2005, I 885, DB 2005, 454.

<sup>2</sup> BAG vom 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971.

<sup>3</sup> Vgl. BAG vom 9.11.1994 – 10 AZR 281/94, AP Nr. 85 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 6.11.2007 – 1 AZR 960/06, NZA 2008, 232.

die Verhandlungen über die Aufstellung eines Sozialplanes dem Betriebsrat ein so genanntes „**Restmandat**“ zuerkennt, da andernfalls der Arbeitgeber durch bloße Verweigerung von Verhandlungen vor und während der Betriebsstilllegung die Aufstellung eines Sozialplanes verhindern könnte<sup>1</sup>. Seit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 ist in § 21b BetrVG das Restmandat ausdrücklich anerkannt.

- 17 Sinn und Zweck eines Sozialplanes besteht in erster Linie darin, wie oben bereits dargestellt, einen Ausgleich für die wirtschaftlichen Nachteile der von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer zu schaffen. Von daher wird bei Sozialplanverhandlungen das Hauptaugenmerk auf die Regelungen über die Berechnung der Abfindung für die einzelnen Arbeitnehmer gelegt. Hinsichtlich der Frage, auf welche Art und Weise die Abfindung für die Arbeitnehmer berechnet wird, steht den Betriebspartnern, die hinsichtlich der Frage, welche Nachteile sie ausgleichen oder mildern wollen, grundsätzlich frei sind<sup>2</sup>, ein weiter Gestaltungsspielraum zu<sup>3</sup>. Im Rahmen dieses Gestaltungsspielraumes müssen die Betriebspartner lediglich den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten und im Falle von Differenzierungen sachliche Gründe vorweisen können<sup>4</sup>. Hinsichtlich der Regelung von Abfindungsformeln im Sozialplan ist jüngst die Problematik von **Höchstbetragsklauseln** bzw. anspruchsbeschränkender **Berücksichtigung etwaiger Rentennähe** vor dem Hintergrund der europäischen Diskriminierungsrichtlinien (insbesondere RL 2000/78/EG) und des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes diskutiert worden. Dabei ist § 10 AGG, der im Wesentlichen auf Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 beruht und deren Umsetzung dient<sup>5</sup>, richtlinienkonform auszulegen. Dabei kann sich eine besondere Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters aus § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ergeben, der Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen erlaubt, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben. Dazu müssen die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sein, wobei die gesetzliche Regelung sogar den Ausschluss von Leistungen des Sozialplans erlaubt, wenn die Beschäftigten gesetzlich abgesichert sind, weil sie, ggf. unterbrochen durch eine Phase des Bezugs von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind. Mit dieser Norm hat sich der Gesetzgeber erkennbar an der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts orientiert<sup>6</sup>. Das Ziel, eine wirtschaftliche Absicherung rentennaher Jahrgänge bei der Abfindungsbemessung anspruchsbeschränkend zugunsten weniger gut abgesicherter jüngerer Arbeitnehmer zu berücksichtigen, ist daher legitim i.S. von

1 Vgl. BAG vom 28.10.1992 – 10 ABR 75/91, AP Nr. 63 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 5.10.2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849; BAG vom 14.8.2001 – 1 ABR 52/00, NZA 2002, 109.

2 BAG vom 25.1.2000 – 1 ABR 1/99, NZA 2000, 1069.

3 BAG vom 14.8.2001 – 1 AZR 760/00, NZA 2002, 451.

4 Vgl. BAG vom 28.10.1992 – 10 AZR 489/91, EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 66.

5 BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

6 BAG vom 19.10.1999 – 1 AZR 838/98, NZA 2000, 723.

§ 10 AGG und auch Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG<sup>1</sup>. Auch eine Altersdifferenzierung ist danach möglich, solange ein legitimes Ziel angeführt werden kann.

Zu den Eckpunkten eines Sozialplanes, die grundsätzlich beachtet werden sollten, gehören insbesondere: 17a

- **Deckelung der individuellen Abfindung**, d.h. dass der Sozialplan hinsichtlich der Abfindung Höchstbegrenzungsklauseln enthält, die die Abfindung unabhängig von der im Sozialplan enthaltenen Formel begrenzt;
- **Differenzierung zwischen einzelnen Arbeitnehmergruppen**; der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nicht, aus sachlichen Gründen zwischen einzelnen Arbeitnehmergruppen zu differenzieren. Hieraus folgt unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten insbesondere, dass für Arbeitnehmer aus „rentennahen Jahrgängen“ eine andere Regelung gefunden werden kann, als für die übrigen Mitarbeiter<sup>2</sup>;
- **Verhinderung von zweifachen Abfindungen**; um zu verhindern, dass das Unternehmen unter bestimmten Umständen doppelt zahlen muss, muss in dem Sozialplan klargestellt werden, dass die Sozialplanabfindung mit einer im Kündigungsschutzverfahren erstrittenen Abfindung verrechnet wird;
- **Persönlicher Geltungsbereich**; der Sozialplan sollte nicht nur festlegen, für welche Maßnahme er gilt, sondern darüber hinaus auch, welche Mitarbeiterkreise unter den Sozialplan fallen sollen;
- **Verfallklausel**; sofern auf die Arbeitsverhältnisse kein Tarifvertrag<sup>3</sup> mit entsprechender Verfallklausel Anwendung findet, kann der Sozialplan selbst bestimmen, dass Ansprüche aus diesem Sozialplan innerhalb von beispielsweise drei Monaten geltend zu machen sind; bei Versäumnis dieser Frist verfallen die Ansprüche;
- **Regelung von Aufhebungsverträgen und Eigenkündigungen**; um spätere Auseinandersetzungen über die Berechtigung bezüglich des Bezuges einer Abfindung aus dem Sozialplan zu vermeiden, sollte der Sozialplan von vornherein im Rahmen der diesbezüglichen Rechtsprechung des BAG klar regeln, inwieweit Mitarbeiter, die eine Eigenkündigung ausgesprochen oder einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben, von den Leistungen des Sozialplanes ausgeschlossen sind bzw. inwieweit Leistungen des Sozialplanes gegenüber diesen Mitarbeitern gemindert werden<sup>4</sup>;

1 Körner, NZA 2008, 497 (502).

2 Vgl. BAG vom 26.7.1988 – 1 AZR 156/87, AP Nr. 45 zu § 112 BetrVG 1972, wonach es zulässig ist, diejenigen Arbeitnehmer von Sozialplanabfindungen auszuschließen, die vorgezogenes Altersruhegeld in Anspruch nehmen können. Hessisches LAG vom 23.10.2007 – 4/11 Sa 2089/06, *juris*; LAG Berlin-Brandenburg vom 20.11.2007 – 19 Sa 1416/07, AE 2008, 124.

3 Nach Auffassung des BAG sind auch Ansprüche aus einem Sozialplan innerhalb der tariflichen Ausschlussfrist geltend zu machen; vgl. BAG vom 30.11.1994 – 10 AZR 79/94, AP Nr. 88 zu § 112 BetrVG 1972.

4 Vgl. unten Rz. 19.

- **Stichtagsregelung**; nach der Rechtsprechung des BAG ist es darüber hinaus zulässig, im Sozialplan festzulegen, dass nur diejenigen Mitarbeiter Anspruch auf Leistungen aus dem Sozialplan haben, die zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem ungekündigten Anstellungsverhältnis gestanden haben. Eine derartige Regelung setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber bis zu diesem Stichtag selbst noch keine betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen hat. Nach Auffassung des BAG verstößt eine derartige Stichtagsregelung nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 BetrVG, wenn sich die Wahl des Zeitpunktes am gegebenen Sachverhalt orientiert und somit sachlich vertretbar ist. Im Übrigen ist jeder Stichtagsregelung immanent, dass sie gewisse Härten in sich birgt<sup>1</sup>;
- Hinweis auf **Pfändbarkeit** der Sozialplanabfindung, so dass die betroffenen Arbeitnehmer rechtzeitig beim Amtsgericht gemäß § 850i ZPO Pfändungsschutz beantragen können<sup>2</sup>;
- keine Abfindung bei Vermittlung eines neuen Arbeitsplatzes (weiter Vermittlungsbegriff)<sup>3</sup>;
- keine Abfindung aus Sozialplan bei Aufhebungsvertrag und Tod des Arbeitnehmers vor Beendigungsdatum<sup>4</sup>.

Abgesehen von diesen beachtenswerten Eckpunkten eines Sozialplans ist es unbedingt zu empfehlen, die Variablen in der üblicherweise im Sozialplan enthaltenen Formel zur Berechnung der Sozialplanabfindung klar zu definieren, um spätere Streitigkeiten über die richtige Berechnung der Abfindungshöhe zu vermeiden. Wegen der in § 77 Abs. 4 BetrVG geregelten grundsätzlichen Unverzichtbarkeit auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung<sup>5</sup> schützen auch Aufhebungs- bzw. Abwicklungsvertrag regelmäßig nicht vor Folgestreitigkeiten bei unklaren Regelungen, es sei denn, sie beinhalten auch einen so genannten Tatsachenvergleich, nach dem Einigkeit über die zutreffende Berechnung besteht.

- 17b Wenn **leitende Angestellte** i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG von der Betriebsänderung betroffen sind und in deren Folge wirtschaftliche Nachteile erleiden, sind diese von einem Sozialplan nach § 112 BetrVG regelmäßig nicht erfasst. Insbesondere kann der Betriebsrat insoweit mangels Zuständigkeit keinen Sozialplan erzwingen. Der Arbeitgeber hat hier aber mit dem Sprecherausschuss nach § 32 SprAuG über Maßnahmen zum Ausgleich oder zur Milderung der Nachteile zu beraten. Es besteht hier jedoch keine Verpflichtung zum Abschluss von Vereinbarungen, die dem Sozialplan nach § 112 BetrVG entsprechen. Der Arbeitgeber kann daher im Grundsatz frei darüber befinden, ob er Einzelvereinbarungen in Anlehnung an den Sozialplan abschließen möchte.

1 Vgl. BAG vom 30.11.1994 – 10 AZR 578/93, AP Nr. 89 zu § 112 BetrVG 1972.

2 Vgl. BAG vom 13.11.1991 – 4 AZR 20/91, AP Nr. 13 zu § 850 ZPO.

3 Vgl. BAG vom 19.9.1996 – 10 AZR 23/96, AP Nr. 102 zu § 112 BetrVG 1972.

4 Vgl. BAG vom 25.9.1996 – 10 AZR 311/96, AP Nr. 105 zu § 112 BetrVG 1972.

5 Nach § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG hat der Sozialplan die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, so dass ein Verzicht auf eingeräumte Rechte wegen § 77 Abs. 4 BetrVG nur mit Zustimmung des Betriebsrats wirksam ist.

Insoweit gelten die §§ 145 ff. BGB, und das Zustandekommen des Aufhebungsvertrages mit Abfindungsabrede richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Verhältnis zu dem Sozialplan unterfallenden Arbeitnehmern i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG nicht einschlägig. Er könnte allenfalls im Verhältnis zu anderen leitenden Angestellten in Betracht kommen.

### 3. Aufhebungsvertrag

#### a) Aufhebungsvertrag als Entlassung

Wie oben dargestellt hängt die Frage, ob bei einem reinen Personalabbau ein Sozialplan erzwungen werden kann, davon ab, wieviele Mitarbeiter entlassen werden. Da das Gesetz in § 112a BetrVG von Entlassungen spricht, könnte man zunächst auf den Gedanken kommen, den Personalabbau nur teilweise durch betriebsbedingte Kündigung durchzuführen, um auf diese Art und Weise die für einen Sozialplan notwendigen Zahlen zu unterschreiten. Da der Gesetzgeber diese Umgehungsmöglichkeit gesehen hatte, bestimmte er in § 112a Abs. 1 Satz 2 BetrVG, dass als Entlassung auch der vom Arbeitgeber aus Gründen der Betriebsänderung veranlasste Aufhebungsvertrag gilt. Für den Betriebsrat stellt sich insofern jedoch das Problem, dass er nur über die Kündigungen im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG informiert wird, da es bei Aufhebungsverträgen kein Beteiligungsrecht des Betriebsrates gibt.

#### b) Ausschluss im Sozialplan

In einem Sozialplan wird unter der Rubrik „Persönlicher Geltungsbereich“ vielfach bestimmt, dass nur diejenigen Mitarbeiter eine Abfindung erhalten, die aufgrund betriebsbedingter, arbeitgeberseitiger Kündigung aus dem Anstellungsverhältnis ausscheiden. Derartige Regelungen sieht das BAG grundsätzlich als Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 75 BetrVG an<sup>1</sup>. Enthält der Sozialplan somit keinerlei Regelung bezüglich derjenigen Mitarbeiter, die mittels Aufhebungsvertrag ausgeschieden sind, so ist nach betriebsverfassungskonformer Auslegung des Sozialplanes davon auszugehen, dass auch diese Mitarbeiter Anspruch auf die aus dem Sozialplan resultierende Abfindung haben, wenn die Eigenkündigung oder der Aufhebungsvertrag vom Arbeitgeber veranlasst worden ist. Eine **Veranlassung** in diesem Sinne wird von der Rechtsprechung allerdings nur dann angenommen, wenn der Arbeitgeber den Mitarbeiter *„im Hinblick auf eine konkret geplante Betriebsänderung bestimmt, selbst zu kündigen oder einen Aufhebungsvertrag zu schließen, um so eine sonst notwendig werdende Kündigung zu vermeiden. Ein bloßer Hinweis des Arbeitgebers auf eine unsichere Lage des Unternehmens, auf notwendig werdende*

<sup>1</sup> Vgl. BAG vom 28.4.1993 – 10 AZR 222/92, AP Nr. 67 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 20.4.1994 – 10 AZR 323/94, AP Nr. 77 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 19.7.1995 – 10 AZR 885/94, AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972.

*Betriebsänderungen oder der Rat, sich eine neue Stelle zu suchen, genügt nicht*<sup>1</sup>. Für die im Einzelfall zu beantwortende Frage der arbeitgeberseitigen Veranlassung der Eigenkündigung bzw. des Aufhebungsvertrages kommt es entscheidend darauf an, ob der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bzw. des Abschlusses des Aufhebungsvertrages auf Grund der Erklärungen des Arbeitgebers davon ausgehen musste, er werde möglicherweise durch die ihm in Umrissen dargelegte Betriebsänderung und den damit auch in seinem Tätigkeitsbereich zu erwartenden Personalabbau betroffen<sup>2</sup>.

- 20 Vor diesem Hintergrund ist daher den Betriebspartnern zu raten, für derartige Fälle Sonderregelungen in den Aufhebungsvertrag aufzunehmen. Als **wirksam** wurde von der Rechtsprechung des BAG beispielsweise folgende Klausel in einem Sozialplan angesehen<sup>3</sup>:

#### Formulierungsbeispiel

Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis durch betriebsbedingte Kündigung oder durch nach dem 20.12.1990 abgeschlossene Beendigungsvereinbarung endet bzw. geendet hat, erhalten eine volle Abfindung.

Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis durch eine nach dem 8.10.1990, aber vor dem 20.12.1990 geschlossene Beendigungsvereinbarung endet bzw. geendet hat, erhalten 50 % der im Folgenden angesetzten Abfindung.

Auf diese Abfindungen werden bereits in den Aufhebungsverträgen vereinbarte Abfindungen angerechnet.

- 21 In den Fällen, in denen der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran nachweisen kann, dass kein Mitarbeiter vor dem vorgesehenen Stilllegungstermin ausscheidet, ist es nach der Rechtsprechung des BAG sogar zulässig, Mitarbeiter, die durch Eigenkündigung bzw. durch Aufhebungsvertrag vorzeitig ausscheiden, ganz von den Abfindungszahlungen des Sozialplanes auszunehmen<sup>4</sup>.

#### c) Begrenzte Wirkung der Ausgleichsklausel

- 22 Wie oben in Teil 2 unter Rz. 369 ff. erläutert, gehört zu den wesentlichen Bestandteilen eines Aufhebungsvertrages die so genannte Ausgleichsklausel. Durch die Ausgleichsklausel soll vermieden werden, dass im Anschluss an die einvernehmliche Beendigung des Anstellungsverhältnisses zwischen den Parteien Streit über weitere mögliche Ansprüche entsteht. Der Schutz einer

1 Vgl. BAG vom 19.7.1995 – 10 AZR 885/94, AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972.

2 BAG vom 17.4.1996 – 10 AZR 560/95, ArbuR 1996, 408.

3 Vgl. BAG vom 24.11.1993 – 10 AZR 311/93, AP Nr. 72 zu § 112 BetrVG 1972.

4 Vgl. BAG vom 9.11.1994 – 10 AZR 281/94, AP Nr. 85 zu § 112 BetrVG 1972.

derartigen Ausgleichsklausel ist jedoch nicht grenzenlos. Gerade im Zusammenhang mit Sozialplanansprüchen entfaltet eine derartige Ausgleichsklausel in der Regel keinerlei Wirkung. Gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG hat der Sozialplan die Wirkung einer Betriebsvereinbarung. Dies bedeutet, dass auch auf einen Sozialplan die für die Betriebsvereinbarung geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG darf ein Arbeitnehmer nur mit Zustimmung des Betriebsrates auf Ansprüche aus einer Betriebsvereinbarung verzichten. Fehlt diese Zustimmung, so ist der Verzicht unwirksam. Die in einem Aufhebungsvertrag enthaltene Ausgleichsklausel bezüglich anderweitiger, im Vertrag nicht geregelter Ansprüche stellt nichts anderes als den Verzicht auf den Anspruch aus dem Sozialplan dar. Da der Aufhebungsvertrag in der Regel nur vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer unterzeichnet wird, fehlt es somit an der Zustimmung des Betriebsrates bezüglich der Verzichtserklärung des Mitarbeiters, so dass die Ausgleichsklausel im Hinblick auf die Sozialplanabfindung keinerlei Wirkung entfalten kann<sup>1</sup>. Die Tatsache, dass der Personalleiter in den individuellen Aufhebungsvereinbarungen des Unternehmens wirtschaftlich günstigere Konditionen erzielt hat, als ihm dies in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat im Rahmen des Sozialplanes gelungen ist, ist somit für das Unternehmen letztendlich bedeutungslos, da es verpflichtet ist, den Mitarbeitern die Differenz zwischen der sich aus dem Aufhebungsvertrag und der sich aus dem Sozialplan ergebenden Abfindung zu zahlen<sup>2</sup>. Im umgekehrten Fall, d.h., die im Aufhebungsvertrag ausgehandelte Abfindung ist höher als die im Sozialplan festgelegte Abfindung, besteht im Übrigen kein Rückforderungsrecht des Arbeitgebers, da es an einer entsprechenden Anspruchsgrundlage fehlt; denn der Sozialplan gewährt nur dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zahlung der dort festgelegten Abfindung.

Als Fazit aus der oben beschriebenen Rechtsprechung des BAG lässt sich für die Arbeitgeberseite daher festhalten, dass der Arbeitgeber, der bei Abfindungen im Vorfeld des Sozialplanes erfolgreich gepokert hat, anschließend im Sozialplan nicht vergessen darf, Regelungen hinsichtlich dieser Mitarbeiter zu treffen. Vergisst er diese Mitarbeiter, kann dies ggf. zu erheblichen Nachzahlungen für das Unternehmen führen und das Abfindungsvolumen in nicht vorhergesehene Höhe treiben. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber mit älteren Arbeitnehmern sog. Frühpensionierungsvereinbarungen geschlossen hat und von daher die Abfindung unter Berücksichtigung von Alter und Beschäftigungszeit relativ gering ist. Wird nunmehr im Sozialplan vergessen, diese Frühpensionierungsregelung einschließlich des persönlichen Geltungsbereiches aufzunehmen, so haben die älteren Mitarbeiter ebenfalls Anspruch auf die „normale“ Abfindung, was im Regelfall für den Arbeitnehmer wesentlich günstiger ist. 23

<sup>1</sup> Zulässig soll nach der Rechtsprechung des BAG nur ein so genannter Tatsachengleich sein, d.h. eine einvernehmliche Festschreibung von Tatsachen; BAG vom 31.7.1996 – 10 AZR 138/96, AP Nr. 63 zu § 77 BetrVG 1972.

<sup>2</sup> Vgl. BAG vom 28.4.1993 – 10 AZR 222/92, AP Nr. 67 zu § 112 BetrVG 1972; BAG vom 20.4.1994 – 10 AZR 323/94, AP Nr. 77 zu § 112 BetrVG 1972.

**d) Anspruch auf Aufhebungsvertrag**

- 24 Ein Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages besteht grundsätzlich nicht, da es sich hierbei um eine Individualvereinbarung handelt. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann ein Mitarbeiter jedoch ausnahmsweise dann einen Anspruch auf Zahlung einer freiwilligen Abfindung haben, wenn der Arbeitgeber im Rahmen einer Betriebsänderung freiwillig an seine ausscheidenden Arbeitnehmer eine Abfindung zahlt. Eine derartige Fallkonstellation dürfte immer dann in Betracht kommen, wenn der Personalabbau entweder nicht sozialplanpflichtig ist oder wenn es in dem betroffenen Betrieb keinen Betriebsrat gibt. Gewährt der Arbeitgeber in diesem Fall der Mehrzahl seiner ausscheidenden Mitarbeiter eine freiwillige Abfindung, so sind diese Leistungen gemäß § 242 BGB nach dem vom Arbeitgeber bestimmten Verteilungsschlüssel am **Gleichbehandlungsgrundsatz** zu messen. Sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Betriebsänderung für verschiedene Arbeitnehmergruppen gleich oder zumindest vergleichbar, so darf das Unternehmen nicht willkürlich der einen Gruppe eine Abfindung zahlen und die andere Gruppe von derartigen Leistungen ausnehmen<sup>1</sup>.

**e) Nachbesserungsklausel**

- 25 Plant ein Unternehmen einen größeren Personalabbau, so wird es neben den Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Sozialplan häufig auch Einzelgespräche mit Mitarbeitern bezüglich einer einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses führen. Werden die Gespräche über einen Aufhebungsvertrag vor den Sozialplanverhandlungen mit dem Betriebsrat abgeschlossen, so kann in den Aufhebungsvertrag eine so genannte „Nachbesserungsklausel“ aufgenommen werden. Sinn und Zweck dieser Klausel ist es, dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Nachzahlung zu gewähren, falls der Sozialplan eine höhere Abfindung als der Aufhebungsvertrag enthält. Die Nachbesserungsklausel kann von den Betriebspartnern nach der Rechtsprechung des BAG nicht dadurch umgangen werden, dass der zeitliche Geltungsbereich des Sozialplans so gestaltet wird, dass der Arbeitnehmer nicht mehr unter den Sozialplan fällt<sup>2</sup>. Enthält der Sozialplan allerdings eine Regelung für Arbeitnehmer, die eine Aufhebungsvereinbarung im Vorfeld unterzeichnet haben, wonach diese Mitarbeiter eine geringere Sozialplanabfindung erhalten, so führt die Nachbesserungsklausel jetzt nicht dazu, dass dem Arbeitnehmer die gleiche Abfindung zusteht wie Mitarbeitern, denen betriebsbedingt gekündigt wurde<sup>3</sup>. Zweck der Nachbesserungsklausel ist nur, zu verhindern, dass der Mitarbeiter aus dem zeitlichen Geltungsbereich des Sozialplans herausfällt. Im Übrigen kann die Klausel nicht in den Sozialplan eingreifen.

1 Vgl. BAG vom 25.11.1993 – 2 AZR 324/93, AP Nr. 114 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG vom 8.3.1995 – 5 AZR 869/93, AP Nr. 123 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

2 BAG vom 6.8.1997 – 10 AZR 66/97, AP Nr. 116 zu § 112 BetrVG 1972.

3 BAG vom 6.8.1997 – 10 AZR 66/97, AP Nr. 116 zu § 112 BetrVG 1972.

**f) „Turboprämie“**

Leistungen in Sozialplänen i.S. des § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dürfen nicht vom Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage abhängig gemacht werden<sup>1</sup>, was gleichermaßen für einen im Sozialplan selbst geregelten Abfindungszuschlag bei Klageverzicht gilt<sup>2</sup>. Hintergrund hierfür ist der Zweck des Sozialplans, die wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer infolge der geplanten Betriebsänderung auszugleichen bzw. zu mildern, was nicht im Sinne einer Bereinigungsfunktion dem arbeitgeberseitigen Interesse an Planungssicherheit zu dienen bestimmt ist<sup>3</sup>. Der Sozialplan dient danach nicht dazu, die individualrechtlichen Risiken des Arbeitgebers bei der Durchführung der Betriebsänderung zu reduzieren oder gar zu beseitigen. Ein so ausgestalteter Sozialplan verfehlt seine Funktion, insbesondere wenn der Anspruch auf Sozialplanabfindung von dem individualrechtlichen Verzicht des Arbeitnehmers zur gerichtlichen Überprüfung einer ihn betreffenden Kündigung abhängig gemacht wird, da dies nichts mit den wirtschaftlichen Nachteilen zu tun hat, die dem betreffenden Arbeitnehmer durch die Betriebsänderung entstehen<sup>4</sup>. Das Bundesarbeitsgericht hält diese Würdigung auch im Licht des § 1a Abs. 1 KSchG aufrecht: Diese Norm belegt zwar, dass nach der legislatorischen Wertung die Verknüpfung eines individuellen Abfindungsanspruchs mit der Nichtwahrnehmung des Klagerechts nach § 4 KSchG von der Rechtsordnung belegt werde, woraus sich aber nichts für Sozialplanansprüche herleiten lasse<sup>5</sup>. Der in § 1a KSchG vorgesehene Abfindungsanspruch entspreche seinem Charakter nach einer einzelvertraglich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für die Hinnahme einer Kündigung vereinbarten Abfindung, womit Sozialplanleistungen nicht vergleichbar seien.

Möglich ist jedoch nach aktueller Rechtsprechung eine der Planungssicherheit dienende Abfindungszusage **außerhalb des Sozialplans**. Nach den beiden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 15.2.2005<sup>6</sup> und vom 31.5.2005<sup>7</sup> gilt, dass der Arbeitgeber (im Fall einer Betriebsänderung, wenn er der Pflicht zur Aufstellung eines Sozialplans nachgekommen ist) grundsätzlich frei in der Bestimmung der Zwecke ist, die er mit einer bisher noch nicht vereinbarten freiwilligen Leistung verfolgen will. Neben einer freiwilligen Betriebsvereinbarung, die im Interesse des Arbeitgebers an alsbaldiger Planungssicherheit finanzielle Leistungen für den Fall vorsieht, dass der Arbeitnehmer von der Möglichkeit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage keinen Gebrauch macht, kommt hier auch eine einzelvertragliche Regelung, z.B. eine Gesamtzusage in Betracht. Der Arbeitgeber muss sich dabei nicht am Leitbild

1 BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997 m. w. Nachw.

2 LAG Schleswig-Holstein vom 20.4.2004 – 5 Sa 539/03, NZA-RR 2005, 30.

3 BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997 unter Verweis auf BAG vom 20.12.1983 – 1 AZR 442/82, NZA 1984, 53.

4 BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997.

5 BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997.

6 BAG vom 15.2.2005 – 9 AZR 116/04, NZA 2005, 1117.

7 BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997.

des § 112 BetrVG (Ausgleich oder Milderung der infolge der Betriebsänderung eintretenden finanziellen Nachteile) orientieren, sondern ist vielmehr befugt, die Zahlung von Abfindungen als Steuerungsmittel einzusetzen, um die geplante und begonnene Betriebsänderung störungsfrei durchzusetzen, solange dadurch nicht das Verbot, Sozialplanabfindungen von einem entsprechenden Verzicht abhängig zu machen, umgangen wird. Außerhalb eines Sozialplans kann die Abfindung sogar insgesamt mit der Bedingung verknüpft werden, dass keine Kündigungsschutzklage erhoben wird. Unschädlich ist dabei, wenn der Arbeitgeber die Höhe einer solchen freiwilligen Leistung sozialplanähnlich nach abstrakt-generellen Merkmalen bestimmt, wenn dies den mit der Abfindung verfolgten Zweck (Planungssicherheit) nicht „sachfremd“ macht. Für das Vorhandensein eines sachlichen Grundes für eine solche Abfindungszusage außerhalb eines Sozialplans spricht dabei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das berechnete Interesse des Arbeitgebers an der frühzeitigen Klärung, ob das Arbeitsverhältnis ohne Durchführung eines Kündigungsschutzrechtsstreits und unter Vermeidung der damit verbundenen Kosten beendet wird. Durch ein solches Anreizmodell wird das Maßregelungsverbot – so das Bundesarbeitsgericht – auch nicht tangiert, da dessen Zweck nicht in der Verhinderung der Einigung der Arbeitsvertragsparteien bei Kündigungen liegt. Im Fall der Abfindung bzw. Abfindungserhöhung bei Klageverzicht würde der Arbeitnehmer auch nicht für die Wahrnehmung seiner Rechte gemäßregelt. Vielmehr bleibt ihm die freie Entscheidung, ob er sein Klagerecht verfolgt oder für den Verzicht auf dieses Recht die Gegenleistung des Arbeitgebers erhält<sup>1</sup>. Auch in seiner Entscheidung vom 3.5.2006<sup>2</sup> bestätigt das Bundesarbeitsgericht die Möglichkeit von Regelungen außerhalb von Sozialplänen, in denen den Arbeitnehmern für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung versprochen wird, die jedoch dann entfallen soll, wenn der Begünstigte Kündigungsschutzklage erhebt. Betont wird dabei aber, worauf arbeitgeberseitig zu achten ist, dass eine solche Regelung dahingehend nach Sinn und Zweck einschränkend auszulegen ist, dass die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nur dann zum Erlöschen des Abfindungsanspruches führt, wenn für den Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt erkennbar ist, dass er die Wahl zwischen Abfindung und Klageerhebung hat.

➔ **Hinweis:** Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, die schriftliche Kündigungserklärung um den entsprechenden Hinweis des Arbeitgebers auf diese Wahlmöglichkeit (Abfindung oder Klageerhebung) zu ergänzen. Der Arbeitgeber muss also die im Zusammenhang mit einer „Turboprämie“ stehenden Verhaltensalternativen klar und unmissverständlich deutlich machen. Etwaige Unklarheiten würden schon wegen §§ 305c Abs. 2, 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB im Zweifel zu seinen Lasten gehen.

<sup>1</sup> BAG vom 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997.

<sup>2</sup> BAG vom 3.5.2006 – 4 AZR 189/05, NZA 2006, 1420.