

Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Problematik

Ist ein größerer Personalabbau geplant, liegt häufig eine Betriebsänderung nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG vor. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat umfassende Auskünfte zu seinem Vorhaben zu geben und über Interessenausgleich und Sozialplan zu verhandeln. Auch muss er das Verfahren nach den §§ 17 ff. KSchG beachten, sofern die dort vorgesehenen Sätze innerhalb von dreißig Tagen erreicht bzw. überschritten sind.

In vielen Fällen kann es sich empfehlen, zunächst eine andere Maßnahme vorzuschalten. Ist der Personalabbau einige Zeit vorher absehbar – die Verträge mit den Automobilherstellern laufen in einem Jahr aus und Anschlussverträge sind wegen der Umstellung auf E-Mobilität nicht in Sicht – so kann man versuchen, auf freiwilliger Basis zu einer Personalreduzierung zu kommen. Der Arbeitgeber bietet einen „Abfindungsplan“ oder ein „Freiwilligenprogramm“ an, was für viele einen Anreiz bieten soll, einen Aufhebungsvertrag zu schließen und das Unternehmen zu verlassen.¹ Ein solches Vorgehen verspricht allerdings nur dann Erfolg, wenn Beschäftigte über Alternativen verfügen: Übergang in die Rente oder ein neuer Arbeitsplatz sofort oder in absehbarer Zukunft. Diese zweite Möglichkeit ist die wichtigere und funktioniert nur dann, wenn es sich bei der „Zielgruppe“ vorwiegend um qualifizierte Fachkräfte handelt und die Krise nicht die ganze Branche oder gar die Gesamtwirtschaft betrifft. Unter diesen Umständen ist das Angebot eines freiwilligen Ausscheidens zu angemessenen Bedingungen das bei weitem mildere Mittel, das zudem weniger konfliktanfällig ist als der gesetzlich vorgezeichnete Weg über Interessenausgleich und Sozialplan.

Auch ein „Abfindungsplan“ bewegt sich nicht im rechtsfreien Raum. Zunächst sind verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zu erwägen, die mit Rücksicht auf die absehbare

¹ S. aus der Rechtsprechung etwa die Beispiele *BAG*, NZA 1988, 15; *BAG*, NZA 2010, 561; *LAG Schleswig-Holstein*, NZA-RR 2008, 244. Zu den Vorzügen eines solchen Vorgehens *Meyer/Röger*, NZA-RR 2011, 393

Entwicklung hin zu digitalisierten Arbeitsformen auch (Um-) Qualifizierungsmaßnahmen statt oder neben der Abfindung vorsehen könnten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Diskriminierungsverbote sind zu beachten, die Freiwilligkeit bedarf der Absicherung. Da die Maßnahme schon prima facie eine ähnliche Funktion wie ein Sozialplan hat, sollte der Betriebsrat mit ins Boot geholt werden; dies würde zudem die Akzeptanz der Maßnahme und damit ihre Erfolgsaussichten deutlich erhöhen (dazu unten II).

Lassen sich trotz des freiwilligen Abbaus Kündigungen nicht vermeiden, stellt sich das Problem, ob die freiwillig Ausgeschiedenen bei den Grenzwerten des § 111 Satz 1 BetrVG und des § 17 Abs. 1 KSchG mitzuzählen sind. Dies wird vermutlich meist der Fall sein, so dass sich die weitere Frage nach dem Verhältnis zum Sozialplan stellt, der unter solchen Umständen obligatorisch sein wird. Wäre es denkbar, dass die gezwungen Ausscheidenden im Ergebnis weniger erhalten als die zuvor freiwillig Gegangenen? Oder müsste umgekehrt das Ausscheiden wider Willen zu einer höheren Abfindung führen? Setzt der Arbeitgeber mit seinem „Freiwilligenprogramm“ Maßstäbe für die Höhe der Sozialplanleistungen? (dazu unten III).

Ähnliche Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit den Massenentlassungsvorschriften der §§ 17 ff. KSchG. Sind die Aufhebungsverträge bei den Sätzen des § 17 Abs. 1 KSchG mitzuzählen? Welche Folgen hat es für ihre Wirksamkeit, wenn die Anzeige an die Arbeitsverwaltung aus Rechtsunkenntnis unterblieb oder inhaltlich unvollständig war? (dazu unten IV).

II. Rechtliche Rahmenbedingungen für einen Abfindungsplan

1. Varianten des freiwilligen Ausscheidens

Da die Initiative zu einem Abfindungsplan von der Arbeitgeberseite ausgeht, kann diese im Grundsatz über das „Wie“ bestimmen. Jedem, der sich meldet, einen Aufhebungsvertrag anzubieten, kommt im Grunde nur in Betracht, wenn die Stilllegung des fraglichen Arbeitsbereichs oder gar des Betriebs absehbar ist oder betriebswirtschaftliche Erwägungen eine geringe Rolle spielen. Im Regelfall wird ein Bedürfnis bestehen, Personen mit besonders wichtigen Qualifikationen oder Erfahrungen im Betrieb zu halten. Dies lässt sich in der Weise umsetzen, dass sich die Arbeitgeberseite das Recht vorbehält, Wünsche nach einem

Aufhebungsvertrag abzulehnen. Das kann als allgemeine Regel, ohne Bezugnahme auf bestimmte Gründe, formuliert sein. Möglich und naheliegender ist es, das Ablehnungsrecht von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen, also beispielsweise einen „sachlichen Grund“ oder „dringende betriebliche Erfordernisse für die Weiterbeschäftigung“ zu verlangen. Theoretisch könnte man sogar nur gegenüber denjenigen ein Ablehnungsrecht vorsehen, die nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG als „Leistungsträger“ oder im Hinblick auf die Ausgewogenheit der Personalstruktur aus einer sozialen Auswahl auszuklammern wären, doch sind damit ggf. gerichtliche Auseinandersetzungen vorprogrammiert. Bisweilen wird auch ein „Anspracheprogramm“ vorgesehen, wonach der Arbeitgeber selbst entscheidet, wer von den Arbeitnehmern im Hinblick auf ein freiwilliges Ausscheiden gefragt werden soll.

2. Zulässige und unzulässige Differenzierungen

Wird jedem Wunsch nach Ausscheiden stattgegeben, stellen sich keine Probleme der Gleichbehandlung. Anders ist es jedoch, wenn sich das „Programm“ von vorne herein auf bestimmte Betriebe oder Betriebsteile beschränkt. Hier kann der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt sein, wenn beispielsweise nur solche Teile des Unternehmens erfasst werden, bei denen ein Personalabbau für die nächste Zukunft zu erwarten ist. Da der Kündigungsschutz unternehmensbezogen ist, weil ein betroffener Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG verlangen kann, auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiter beschäftigt zu werden, sollte ein „Freiwilligenprogramm“ auch dort freie Stellen schaffen. Es bedürfte einer besonderen sachlichen Rechtfertigung, Angebote zum einvernehmlichen Ausscheiden nur für einen Teil des Unternehmens vorzusehen. Dies ist etwa dann vorstellbar, wenn eine Abteilung mit Spezialfunktion geschlossen werden soll und die dort Tätigen für keine andere Tätigkeit im Unternehmen in Betracht kommen.

Häufiger wird das Problem auftauchen, dass sich das Angebot auf bestimmte Personengruppen beschränkt, beispielsweise nur Ältere und/oder nur Frauen mit Kindern ansprechen will. Das BAG hatte im vorliegenden Zusammenhang bisher nur über die Frage zu entscheiden, ob die *Herausnahme* Älterer aus einem „Freiwilligenpaket“ eine Diskriminierung wegen Alters darstellte.² Sie wurde primär mit dem Argument verneint, es stelle keine Benachteiligung Älterer dar, wenn ihr Verbleiben in der Beschäftigung zumindest

² BAG, NZA 2010, 561.

vorübergehend gesichert werde. Viel typischer als die vom BAG behandelte Konstellation ist der spiegelbildliche Fall, dass sich ein Freiwilligenprogramm speziell an die Älteren wendet. Ihr damit angezieltes Ausscheiden aus dem Arbeitsprozess stellt in der Logik des BAG³ eine Benachteiligung dar, doch kann diese nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt sein, um die Beschäftigungschancen Jüngerer zu verbessern.⁴ Die grundsätzliche Bindung des Arbeitgebers an die Diskriminierungsverbote steht außer Zweifel. Eine Beschränkung auf Frauen und Ausländer oder gar auf Frauen mit Kindern muss daher ausscheiden, dürfte aber auch in der Praxis kaum eine Rolle spielen. Die Benachteiligung läge hier u. a. darin, dass mit dem selektiven Angebot die konkludente Einschätzung verbunden ist, die Dienste solcher Personen seien am ehesten verzichtbar. Das Diskriminierungsverbot wäre auch dann verletzt, wenn sich zwar jede interessierte Person melden könnte, aber nur Anträge von Frauen und Ausländern positiv beschieden würden. Der Arbeitgeber ist weiter verpflichtet, eine Benachteiligung von Teilzeitkräften zu vermeiden, die aber nicht schon darin liegt, dass die Abfindung wegen der geringeren Arbeitszeit niedriger als bei Vollzeitbeschäftigten ausfällt.⁵ Ausgeschlossene Gruppen können Gleichbehandlung verlangen, also ggf. einen Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags geltend machen.⁶

3. Sicherung der Freiwilligkeit

Bei Aufhebungsverträgen spielt die Freiwilligkeit auf Arbeitnehmerseite seit jeher eine große Rolle; nicht wenige Gerichtsentscheidungen mussten sich mit der Frage befassen, ob eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung seitens des Arbeitgebers vorlag.⁷ Die zweite Alternative wäre wohl gegeben, wenn ein Arbeitnehmer mit der Erklärung konfrontiert würde „Sie sind bei den Kündigungen sicher dran“, obwohl die Weiterbeschäftigung an einem andern Arbeitsplatz und die Frage noch gar nicht geprüft wurde, ob er nach den Grundsätzen über die soziale Auswahl überhaupt gekündigt werden könnte. Die jüngste Rechtsprechung des BAG geht allerdings über die Anwendung des § 123 BGB hinaus und verlangt „faïres Verhandeln“; den Arbeitgeber trifft nach § 241 Abs. 2 BGB die Nebenpflicht, den Arbeitnehmer nicht in eine „psychische Drucksituation“ zu bringen.⁸ Welche Einzelpflichten sich daraus ergeben, ist noch nicht endgültig geklärt.⁹ Rechtsfolge einer Nichtbeachtung wäre

³ a.a.O. Ls 3.

⁴ Näher dazu Däubler/Bertzbach-Brors, AGG, 4. Aufl. 2018, § 10 Rn. 102 ff.

⁵ BAG, NZA 2007, 860, 861: „Pro rata temporis“ ist zulässig.

⁶ Meyer/Röger, NZA-RR 2011, 393, 295.

⁷ S. den Überblick bei DDZ-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl. 2020, Aufhebungsvertrag Rn. 78 ff., 81 ff.

⁸ BAG, NZA 2019, 688.

⁹ Dazu u. a. Fischinger, NZA 2019, 729.

eine Schadensersatzpflicht; der Arbeitgeber müsste nach § 249 BGB den Zustand (wieder-) herstellen, der bei fairem Umgang bestanden hätte. In der Regel führt dies dazu, dass der Aufhebungsvertrag rückgängig zu machen ist.¹⁰

Die Arbeitgeberseite ist unter diesen Umständen gut beraten, wenn sie dem Arbeitnehmer eine Bedenkzeit von einigen Tagen einräumt, damit er sich mit sachkundigen Personen seines Vertrauens ohne jeden Druck beraten kann. Angesichts der Tragweite der zu treffenden Entscheidung gilt dies auch dann, wenn der Arbeitnehmer selbst sein Interesse an dem „Freiwilligkeitsprogramm“ bekundet hat.

4. Gestaltungsprobleme

Das Freiwilligenprogramm wird in erster Linie Abfindungszahlungen vorsehen. Diese werden wie beim Sozialplan gestaffelt sein und insbesondere von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängen. Daneben kann in standardisierter Weise auf Sondersituationen wie Schwerbehinderung und Stellung als alleinerziehender Elternteil abgestellt werden. Auch Unterhaltspflichten können (und sollten) als Faktor herangezogen werden. Verbreitet ist auch eine „Turboprämie“, bisweilen auch „Sprinterprämie“ oder (sachlicher) „Schnellentscheiderprämie“ genannt. Sie kann in einem Pauschalbetrag bestehen, aber auch nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt sein, weil die länger Beschäftigten ja auf die Einhaltung einer bis zu sieben Monaten (§ 622 Abs. 2 BGB) gehenden Kündigungsfrist verzichten. Mit der Prämie wird ein zusätzlicher Anreiz geschaffen, möglichst schnell aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden.

Die Eröffnung von Möglichkeiten zur Weiterqualifizierung wäre wünschenswert, wird aber in einem Freiwilligenprogramm meist wenig Zuspruch finden. Dies hängt damit zusammen, dass sich im Normalfall nur solche Arbeitnehmer melden, die in absehbarer Zeit in Rente gehen oder die gute bis sehr gute Chancen auf dem Arbeitsmarkt oder gar schon einen neuen Arbeitsplatz sicher haben. Wer weiß, dass er allenfalls nach einer Umqualifizierung von ein bis zwei Jahren für einen Arbeitgeber wieder interessant wird, stürzt sich nicht freiwillig in ein solches Abenteuer.¹¹ Dies macht man in aller Regel nur dann, wenn man keinen anderen Ausweg mehr sieht – und dies ist nicht die typische Situation eines Menschen, dem allenfalls

¹⁰ Das BAG (NZA 2019, 688) geht von einer Unwirksamkeit aus, was die berechtigte Kritik *Fischingers* (NZA 2019, 729) erfahren hat.

¹¹ Oft bleibt unklar, welche Qualifikationen in ein bis zwei Jahren nachgefragt werden und ob die Bildungsmaßnahme ihr Ziel erreicht. Auch ist das „Sitzen auf der Schulbank“ nicht jedermanns Sache.

in einiger Zeit die Kündigung droht. Nur bei sehr komfortabler finanzieller Einbettung könnte anderes gelten.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass das Arbeitsverhältnis nicht schon mit Abschluss des Aufhebungsvertrags, sondern zu einem späteren Zeitpunkt endet. Bis dahin kann der Arbeitnehmer bei Fortzahlung des Entgelts von der Arbeit freigestellt sein. Niemand kann ihn jedoch zwingen, dafür sein im Laufe der Monate oder Jahre aufgebautes Zeitguthaben zu verwenden. Dieses stellt inhaltlich ein durch Arbeitsleistung bereits verdientes Arbeitsentgelt dar, über das allein der Arbeitnehmer verfügen kann.¹² In der Freistellung als solcher liegt auch keine Gewährung von Erholungsurlaub,¹³ doch lässt die Rechtsprechung eine entsprechende ausdrückliche Zwecksetzung durch den Arbeitgeber zu, sofern die Inanspruchnahme von Urlaub für den Arbeitnehmer zumutbar ist.¹⁴ Dies ist auch in jüngerer Zeit bestätigt worden, doch kann von einer Urlaubsgewährung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie nur dann die Rede sein, wenn die Zahlung des Entgelts vorbehaltlos zugesagt ist.¹⁵ Dies dürfte in den hier interessierenden Fällen unproblematisch sein.

Solange das Arbeitsverhältnis besteht, darf der Arbeitnehmer entsprechend § 60 HGB dem Arbeitgeber keinen Wettbewerb machen. Wird der Arbeitnehmer bis zum Auslaufen des Arbeitsverhältnisses freigestellt, so kann damit auch diese Pflicht suspendiert sein. Bei Geheimnisträgern, Kundenbetreuern und Arbeitnehmern mit nachvertraglichem Wettbewerbsverbot bedürfte dies allerdings einer ausdrücklichen Abrede.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags kann die Verhängung einer Sperrzeit nach § 159 SGB III zur Folge haben. Dies gilt nicht, wenn ohne den Aufhebungsvertrag eine betriebsbedingte Kündigung erfolgt wäre. War dies der Fall, so sollte es im Vertrag eindeutig zum Ausdruck gebracht werden. Dennoch verbleiben oft erhebliche Unsicherheiten. Eine neuere Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit bietet ein wenig Hilfestellung.¹⁶ Bei verbleibenden Zweifelsfällen sollte eine Auskunft der zuständigen Arbeitsagentur eingeholt werden.

¹² Näher zum Arbeitszeitkonto Schaub-Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 160 Rn. 17 ff.

¹³ BAG, NZA 1991, 944.

¹⁴ BAG, 10. 1. 1974 – 5 AZR 208/73, AP Nr. 6 zu § 7 BUrlG. Daran kann es wegen zahlreicher vereinbarter Vorstellungstermine fehlen.

¹⁵ BAG, NZA 2015, 998.

¹⁶ Dazu Fuhlrott, NZA 2017, 225.

5. Mitbestimmung des Betriebsrats

Ein hier in Umrissen skizziertes „Freiwilligenprogramm“ stellt ein funktionales Äquivalent zu einem Sozialplan dar. Das BAG sprach im Falle einer Betriebsvereinbarung, die einen Personalabbau durch Abschluss von Aufhebungsverträgen zum Ziel hatte, von „einer Art Sozialplanersatzcharakter“.¹⁷ Daraus zog es die Konsequenz, dass in einem solchen Fall keine Abmachungen getroffen werden dürfen, die in einem Sozialplan unzulässig wären. In concreto ging es um eine „Heimkehrprämie“ für einen ausländischen Arbeitnehmer; er sollte eine Abfindung nur erhalten, wenn er in sein Heimatland zurückkehren würde. Damit war eine zusätzliche Bedingung aufgestellt. Diese bewegte sich nicht in dem gesetzlichen Rahmen der „Milderung oder des Ausgleichs wirtschaftlicher Nachteile“, die nach § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ausschließlicher Gegenstand eines Sozialplans sind. Schon deshalb war sie unzulässig, so dass die Diskriminierungsproblematik gar nicht mehr angesprochen werden musste.¹⁸

Will man Freiwilligkeitspläne nicht von vorne herein wegen Umgehung der §§ 111, 112 BetrVG für illegal erklären, so sollte man den Umgehungstatbestand dadurch ausschließen, dass der Betriebsrat über den „Freiwilligkeitsplan“ genauso wie über einen Sozialplan mitbestimmen kann. Man kann ihn als einen Teilinteressenausgleich und Teilsozialplan qualifizieren. Teilinteressenausgleich deshalb, weil der Arbeitgeber durch seine Mitentscheidungsbefugnis bei der Auswahl der Ausscheidenden die „Richtung“ der Maßnahme bestimmt, Teilsozialplan, weil ähnliche oder gleiche Abfindungsregelungen wie in einem Sozialplan vereinbart werden. Beides ist rechtlich möglich. Ein Teilinteressenausgleich, der z. B. nur die Schließung einer bestimmten Abteilung zum Gegenstand hat, ist von der Rechtsprechung als wirksam anerkannt worden.¹⁹ Auch beim Sozialplan muss man nicht alles auf einmal regeln; so kann es einen „Grundsozialplan“ geben, der das Volumen festsetzt, und einen „Ausführungssozialplan“, der die Verteilungsgrundsätze enthält.²⁰ Die §§ 111, 112 BetrVG sollten daher mit dem BAG analog angewandt werden; das Gesetz enthält insoweit eine Lücke.

¹⁷ BAG, NZA 1988, 15, auch zum Folgenden.

¹⁸ Auch in anderen Fällen können diskriminierungsrechtliche Fragen oft durch Rückgriff auf andere Normen, insbesondere auf Freiheitsrechte (Religionsfreiheit!) gelöst werden. Dazu *Däubler*, GS Zschert, 2010, S. 227 ff.

¹⁹ BAG, NZA 1995, 89 = DB 1994, 2038.

²⁰ LAG Hamm, NZA-RR 2003, 584.

Wer dies nicht so sieht, muss sich der weiteren Frage stellen, ob die Verteilungskriterien in Bezug auf die Abfindungen nicht unter § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG fallen und deshalb auf dieser Grundlage ein Mitbestimmungsrecht besteht. Abfindungen sind allerdings nach der Rechtsprechung keine direkte Gegenleistung für die erbrachte Arbeit, sondern haben „Überbrückungsfunktion“.²¹ Ob sie gleichwohl von Nr. 10 erfasst werden, scheint in der Rechtsprechung nicht entschieden zu sein. Immerhin werden freiwillig gewährte Aufstockungsleistungen bei der Altersteilzeit erfasst, die gleichfalls nur das Ausscheiden erleichtern, nicht aber die erbrachte Arbeitsleistung vergüten wollen.²² Auch die Übernahme der Kosten für ein Outplacement²³ dürfte hier einzuordnen sein. Dies spricht dafür, auch Abfindungen einzubeziehen,²⁴ doch kommt es darauf im vorliegenden Zusammenhang mit Rücksicht auf die §§ 111, 112 BetrVG nicht entscheidend an.²⁵

Weiter fragt es sich, inwieweit ein Mitbestimmungsrecht nach § 95 Abs. 1 BetrVG besteht, wenn der Arbeitgeber bestimmte Auswahlkriterien zugrunde legt. Dies wird er normalerweise tun, wenn er von sich aus einzelne Arbeitnehmer wegen eines Aufhebungsvertrags anspricht. Ein solcher Fall kann jedoch auch dann vorliegen, wenn den Wünschen bestimmter Arbeitnehmer Rechnung getragen, anderen dagegen die kalte Schulter gezeigt wird. Die vom Arbeitgeber getroffenen Entscheidungen haben in Bezug auf den Fortbestand von Arbeitsverhältnissen eine ähnliche Funktion wie Kündigungen. Von seinem Grundgedanken her, für Versachlichung und Transparenz von Personalentscheidungen zu sorgen, muss § 95 Abs. 1 BetrVG daher Anwendung finden.²⁶ Dennoch soll im Folgenden primär auf die §§ 111 ff. BetrVG abgestellt werden.

Die Behandlung als Teil-Interessenausgleich und als Teil-Sozialplan hat zur Folge, dass jedenfalls für die Abfindungen und andere sozialplantypische Regelungen § 77 Abs. 3 BetrVG nicht eingreift (§ 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG). Bestehende Tarifverträge, die z. B. bei Rationalisierungsmaßnahmen Abfindungen vorsehen, stehen einem Freiwilligenprogramm nicht im Wege. Allerdings sind die dort vorgesehenen Leistungen insoweit zu berücksichtigen als sie die wirtschaftlichen Nachteile für die Betroffenen mindern.

²¹ Vgl. etwa BAG, NZA 2009, 386; weitere Nachweise bei *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, §§ 112, 112a Rn. 121. Kritisch dazu DKW-*Däubler*, BetrVG, 17. Aufl. 2020, §§ 112, 112a Rn. 82, wonach die Betriebsparteien entscheiden können, ob sie den Überbrückungs- oder den Entschädigungszweck verfolgen wollen. Die regelmäßige Anknüpfung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit spricht für die nie offiziell deklarierte Fortexistenz des „Entschädigungszwecks“.

²² BAG, NZA 2014, 1040.

²³ DKW-*Klebe* § 87 Rn. 328; a. A. GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, 11. Aufl. 2018, § 87 Rn. 856.

²⁴ Anders *Richard*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 Rn. 766.

²⁵ Anders dann, wenn die Schwelle einer Betriebsänderung nicht erreicht ist.

²⁶ Ebenso DKW-*Klebe*, § 95 Rn. 35 für ein freiwilliges Abfindungsprogramm.

Eine weitere wichtige Konsequenz liegt darin, dass nur solche Regelungen getroffen werden können, die auch Inhalt eines „normalen“, einheitlichen Sozialplans sein können.²⁷ Dies kann insbesondere für die Behandlung älterer Arbeitnehmer von Bedeutung sein, die sich bei „Rentennähe“ Abschlüsse gefallen lassen müssen.²⁸ Auch sind die Regeln über die Behandlung von Schwerbehinderten zu beachten.²⁹ Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine „Turboprämie“ nur einen kleineren Teil des Gesamtvolumens in Anspruch nehmen darf.³⁰

6. Freiwilligenprogramm ohne Betriebsrat

Denkbar ist, dass ein Freiwilligenprogramm durchgeführt wird, ohne dass der Betriebsrat informiert oder um Zustimmung gebeten wird. Dies kann auf Rechtsunkenntnis, aber auch darauf beruhen, dass die Arbeitgeberseite bei einem solchen Vorgehen schnellere Lösungen erwartet.³¹

Sollen mit dem Freiwilligenprogramm so viele Arbeitnehmer erreicht werden, dass die Voraussetzungen einer Betriebsänderung nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG erfüllt oder die Sätze des § 112a Abs. 1 BetrVG erreicht sind, so liegt eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts analog §§ 112, 112a BetrVG und evtl. der Mitbestimmungsrechte nach § 95 Abs. 1 und § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vor. Dies hat die Unwirksamkeit der vom Arbeitgeber vorgenommenen Maßnahmen zur Folge.³² Dies gilt für sämtliche, nicht nur für die in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten Mitbestimmungsrechte.³³ Macht ein ausgeschiedener Arbeitnehmer seinen Abfindungsanspruch geltend, so würde der Arbeitgeber allerdings gegen Treu und Glauben verstoßen, würde er sich auf die Unwirksamkeit der gemachten Zusagen und damit auf sein mitbestimmungswidriges Verhalten berufen.³⁴ Ob der Betriebsrat nachträglich einen Sozialplan, der ggf. höhere Leistungen vorsieht, verlangen kann, ist im Folgenden zu erörtern. Hier sei noch vermerkt, dass der Betriebsrat die Möglichkeit hätte, das einseitige Vorgehen des Arbeitgebers durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen;³⁵ ob

²⁷ BAG, NZA 1988, 15

²⁸ Überblick bei DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 100 ff.; Fitting, §§ 112, 112a Rn. 150 ff.

²⁹ DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 106.

³⁰ BAG, NZA 2015, 438.

³¹ S. etwa den Fall *LAG Schleswig-Holstein*, NZA-RR 2008, 244 ff.

³² S. etwa BAG, NZA 2015, 1207 Tz. 13.

³³ DKW-Klebe § 87 Rn. 5; Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 901.

³⁴ Ebenso im Ergebnis Fitting, § 87 Rn. 604 m.w.N.

³⁵ Vgl. Meyer/Röger, NZA-RR 2011, 393, 396.

er dies angesichts der angebotenen Leistungen wirklich tut, dürfte in vielen Fällen zweifelhaft sein.

III. Nachträglicher Sozialplan

1. Unterschiedliche Ausgangssituationen

Denkbar ist, dass das Freiwilligenprogramm das vom Arbeitgeber gewollte Ziel nicht erreicht, weil sich nicht genügend „Freiwillige“ finden. In diesem Fall werden weitere Maßnahmen, insbesondere Kündigungen in Betracht kommen. Dabei stellt sich die Frage, ob nunmehr noch die Voraussetzungen für einen Sozialplan gegeben sind. Hat der Betriebsrat im Rahmen des Freiwilligenprogramms von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch gemacht, so ist zu differenzieren.

a) Mitbestimmter Abfindungsplan als abschließende Regelung?

Geht es weiterhin um dieselbe Betriebsänderung („Reduzierung des Personals um 20 %“, „Umstellung der Produktion auf eine neue Technik“ oder „Stilllegung des Betriebs“), so kommt es auf die getroffenen Abmachungen an. War eine Aufteilung der geplanten Maßnahme bewusst gewollt, indem zunächst die „Freiwilligen“ abgeschichtet werden sollten, um sich dann möglichen „Zwangsmaßnahmen“ wie Kündigungen zuzuwenden, so wäre nunmehr ein Sozialplan nur noch für die zunächst im Betrieb Verbliebenen zu verhandeln. Hatte die Maßnahme insgesamt die Größenordnung einer Betriebseinschränkung nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG oder eines Personalabbaus nach § 112a BetrVG, so behält der Betriebsrat auch dann seine Rechte aus §§ 111 ff. BetrVG, wenn nach Durchführung des Freiwilligenprogramms nur eine kleine Zahl von Arbeitnehmern übrig bleiben sollte, die nicht die Schwellenwerte erreicht. Etwas Derartiges ist im Zweifel nicht gewollt und wäre auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, die von der Betriebsänderung betroffen sind, ohne sachlichen Grund leer ausgehen würde. Die Betriebsänderung als solche ist die Gesamtmaßnahme; wird sie in zwei „Etappen“ aufgearbeitet, kann dies an den Beteiligungsrechten des Betriebsrats nichts ändern.

Fehlt es an einer Abmachung, die dem Abfindungsplan abschließende Bedeutung für die erfassten Arbeitnehmer zuspricht, so zählen die Ausgeschiedenen beim jetzt anstehenden

Sozialplan sowieso mit: Sie haben ihre Arbeitsplätze ja aufgrund eines vom Arbeitgeber initiierten Aufhebungsvertrags verloren, was nach § 112a Abs. 1 Satz 2 BetrVG als Entlassung gilt. In dieser Vorschrift kommt ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck.³⁶ Allerdings mindern die erhaltenen Abfindungen die wirtschaftlichen Nachteile, die durch den Sozialplan auszugleichen oder zu mildern sind.

b) Freiwilligenprogramm ohne Betriebsrat

Ist das „Freiwilligenprogramm“ ohne Zustimmung des Betriebsrats beschlossen und umgesetzt worden, so kann dieser nunmehr Interessenausgleich und Sozialplan für alle Betroffenen einschließlich der freiwillig Ausgeschiedenen verlangen.³⁷ Die einseitige Maßnahme des Arbeitgebers kann seine Verhandlungs- und Mitbestimmungsrechte nicht beeinträchtigen – dies liegt im Grunde auf der Hand. Die erhaltenen Abfindungen mindern lediglich die wirtschaftlichen Nachteile, um deren Ausgleich oder Minderung es beim Sozialplan geht.

c) Der Sonderfall: Neue Betriebsänderung geplant

Geht es nach Abschluss des Freiwilligenprogramms um eine neue Betriebsänderung (was eher unwahrscheinlich sein dürfte), so müssen die Voraussetzungen der §§ 111 ff. BetrVG erneut vorliegen, damit es zum Abschluss eines Sozialplans kommt.

2. Abfindungsplan und Sozialplanleistungen

a) Höhere Leistungen im Sozialplan?

Die im Freiwilligenplan gewährten Leistungen haben faktisch präjudizielle Wirkungen für die Sozialplanleistungen pro betroffenem Arbeitnehmer. Was sich das Unternehmen aus freien Stücken selbst zumutet, kann nicht als „wirtschaftlich unvertretbar“ angesehen werden. Im Gegenteil: Einigungsstellenvorsitzende werden dazu neigen, den Abfindungsplan als Minimum zu betrachten, über das im Sozialplan mehr oder weniger deutlich hinausgegangen

³⁶ BAG, 4.7.1989 – 1 ABR 35/88, AP Nr. 27 zu § 111 BetrVG 1972.

³⁷ Auch wer aufgrund der Betriebsänderung bereits ausgeschieden ist, gehört zu den Adressaten des Sozialplans: BAG, NZA 1995, 314: allgemeine Meinung.

wird. Dafür spricht, dass bei typisierender Betrachtung diejenigen die größeren Nachteile erleiden, die ihren Arbeitsplatz gegen ihren Willen verlieren - verglichen mit denjenigen, die wegen einer guten oder zumindest akzeptablen Alternative freiwillig ausscheiden. Außerdem enthalten Abfindungspläne in der Regel nicht die differenzierenden Regelungen wie ein Sozialplan: Ob dort immer in genügendem Umfang Unterhaltspflichten sowie Behinderungen von Betroffenen und ihren Familienangehörigen berücksichtigt sind und ob zur „Feinsteuerung“ ein Härtefonds eingerichtet wird, ist durchaus zweifelhaft. Auch ist jetzt eine Anreicherung durch Weiterbildungsmöglichkeiten machbar, weil die Situation der Betroffenen eine andere ist. Ein Transfersozialplan³⁸ und erst recht weitergehende Regelungen³⁹ können sich als sehr sinnvoll erweisen und werden von den Betroffenen auch eher akzeptiert. Unter diesen Umständen sind höhere Kosten zu erwarten. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich die wirtschaftliche Situation des Unternehmens in der Zwischenzeit deutlich verschlechtert hat. Dem Abfindungsplan kann selbstredend in der ihn tragenden Betriebsvereinbarung oder Betriebsabrede ausdrücklich jede präjudizielle Wirkung abgesprochen werden – ob dies bei künftigen Verhandlungen wirklich Beachtung findet, steht auf einem anderen Blatt.

b) Gleichbehandlung aller Betroffenen?

Liegt es unter diesen Umständen nahe, dass der Sozialplan höhere Leistungen als der Abfindungsplan vorsieht, so stellt sich ein Gleichbehandlungsproblem. Nach der Rechtsprechung dürfen diejenigen nicht schlechter als die Gekündigten behandelt werden, die auf Veranlassung des Arbeitgebers einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben.⁴⁰ Dies gilt allerdings nur dann, wenn die „Veranlassung“ eine sehr intensive war, d. h. wenn der Arbeitgeber darauf hingewiesen hatte, ohne den Aufhebungsvertrag werde eine Kündigung des Arbeitnehmers nicht zu vermeiden sein. In anderen Fällen, in denen lediglich auf die unsichere Lage des Unternehmens oder auf erforderliche Betriebsänderungen hingewiesen wurde, kann sehr wohl differenziert werden.⁴¹ Dasselbe gilt, wenn dem Betroffenen der Rat gegeben wurde, sich eine neue Stelle zu suchen.⁴² Insofern kann der Abfindungsplan mit Rücksicht auf die unterschiedliche Betroffenheit der Beschäftigten eine abschließende Regelung enthalten, wenn bei den Verhandlungen über den Aufhebungsvertrag nicht auf eine

³⁸ DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 227 ff.; GK-BetrVG-Oetker §§ 112, 112a Rn. 511 ff.

³⁹ Zum Konzept eines Transformationssozialplans s. Göpfert/Seier, NZA 2019, 588.

⁴⁰ BAG, NZA 1996, 271.

⁴¹ BAG, NZA 1996, 271.

⁴² Wie Fn. 39.

dem Arbeitnehmer drohende Kündigung, sondern nur auf die schlechte Lage des Unternehmens hingewiesen wurde.⁴³ Auch hier kann allerdings die faktische Situation zur Abweichung vom eigentlich Gewollten führen: Unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip ist eine „Aufstockung“ des Abfindungsplans jederzeit möglich. Geht man von einer vereinbarten totalen Trennung der beiden Teil-Sozialpläne aus, so könnte auch diese wieder rückgängig gemacht werden; einvernehmlich kann eine solche Bestimmung immer verändert oder aufgehoben werden.⁴⁴

Ein Gleichbehandlungsproblem taucht auch dann auf, wenn der Sozialplan niedrigere Leistungen als der Abfindungsplan enthält. Unterstellt, es gehe weiter um dieselbe Betriebsänderung und die wirtschaftliche Situation des Unternehmens habe sich nicht wesentlich verschlechtert – so ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die unfreiwillig Ausscheidenden schlechter als die freiwillig Ausscheidenden behandelt werden sollten. Hier kann sich m. E. sogar der Einzelne auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen und eine Aufstockung der Sozialplanleistungen auf das Niveau des Abfindungsplans verlangen.

c) Einseitiger Abfindungsplan

Wie ist zu verfahren, wenn der Betriebsrat beim Abfindungsplan nicht mitbestimmen konnte, weil der Arbeitgeber einseitig vorgegangen ist? Die darin liegende Verletzung des Mitbestimmungsrechts wäre noch erheblich stärker, würde der Arbeitgeber bei den Sozialplanverhandlungen einen Betrag anbieten, der hinter dem für den Abfindungsplan zugrunde gelegten zurückbleibt. In diesem Fall würden die Sozialplanverhandlungen für den Betriebsrat wie für die Belegschaft „uninteressant“, weil die einseitige Abfindungsregelung für die Betroffenen eindeutig günstiger wäre – dies insbesondere dann, wenn sie während der Verhandlungen über den Sozialplan weiter angeboten würde. Darin läge eine unzulässige Behinderung der Betriebsratstätigkeit nach § 78 Satz 1 BetrVG.⁴⁵ Darauf muss sich der Betriebsrat nicht einlassen; vielmehr kann er sofort die Einigungsstelle anrufen und dort einen höheren Betrag als den vom Arbeitgeber angebotenen verlangen. In einem solchen Fall besteht sein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die bereits Ausgeschiedenen in vollem Umfang weiter, sodass auch in Bezug auf sie noch Spielraum bestehen kann. Entscheidend wird sein, im Sozialplan deutlich über das im Abfindungsplan Vorgesehene hinauszugehen,

⁴³ Für einen Ausschluss der wegen einer anderen Beschäftigung vorzeitig Ausgeschiedenen von den (bescheidenen) Sozialplanleistungen *BAG*, NZA 1994, 788.

⁴⁴ *BAG*, NZA-RR 2008, 242 Tz. 19.

⁴⁵ *DKW-Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 119.

um so die eingetretene Behinderung der Betriebsratstätigkeit definitiv aus der Welt zu schaffen.

IV. Abfindungsplan und Massentlassung nach §§ 17 ff. KSchG

Neben dem vorgeschalteten „Freiwilligenprogramm“ und den Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan steht das Verfahren nach den §§ 17 ff. KSchG, das eine Konsultation des Betriebsrats voraussetzt und zu einer „Anzeige“ der Massentlassung an die Agentur für Arbeit führt.

Nicht anders als beim Sozialplan stellt sich auch hier die Frage, inwieweit die zunächst geschlossenen Aufhebungsverträge bei den Grenzwerten mitzählen, die für das Vorliegen einer Massentlassung maßgebend sind. § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG stellt „andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses“ den Entlassungen gleich, wenn sie vom Arbeitgeber veranlasst werden. Dies ist in der Rechtsprechung in Bezug auf von ihm angebotene Aufhebungsverträge ausdrücklich bejaht worden.⁴⁶ Im konkreten Fall waren von 18 Betroffenen (einer zu schließenden Lokalredaktion) zwei gekündigt worden; mit 16 von ihnen wurden auf Veranlassung des Arbeitgebers Aufhebungsverträge geschlossen.⁴⁷ Zwischen beiden Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses macht der Gesetzgeber keinen Unterschied, so dass auch ein ausschließlicher Rückgriff auf Aufhebungsverträge die Voraussetzungen einer Massentlassung erfüllen kann.⁴⁸

Da die Grenzwerte des § 17 Abs. 1 KSchG innerhalb von 30 Tagen erreicht sein müssen, kommt es darauf an, wann die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt wurde. Beim Aufhebungsvertrag ist dabei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das Angebot des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer zugeht.⁴⁹

Unterbleibt die Anzeige an die Agentur für Arbeit oder weist sie bestimmte Mängel auf, so hat dies die Unwirksamkeit der Kündigungen zur Folge.⁵⁰ Diese muss mit der Kündigungsschutzklage innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG gerichtlich geltend

⁴⁶ BAG 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, AP Nr. 464 zu § 613a BGB. Zustimmend APS-Moll, Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2017, § 17 KSchG Rn. 33.

⁴⁷ Wie Fn. 46.

⁴⁸ BAG, NZA 1999, 761 (unter II 2 der Gründe); ebenso KR-Weigand, 12. Aufl., 2019, § 17 KSchG Rn. 66 (für ein Freiwilligenprogramm); Meyer/Röger, NZA-RR 2011, 393, 396.

⁴⁹ BAG, 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, AP Nr. 464 zu § 613a BGB.

⁵⁰ BAG, NZA 2014, 1069. Weitere Nachweise bei KR-Weigand § 17 KSchG Rn. 158.

gemacht werden. Ob die fehlende oder mangelhafte Anzeige auch den Aufhebungsvertrag unwirksam macht und damit das Arbeitsverhältnis fortbestehen lässt, wird – soweit ersichtlich – in der Literatur nur selten ausdrücklich erörtert. Das BAG hat allerdings schon vor längerer Zeit einen Aufhebungsvertrag für unwirksam erklärt, solange keine Massenentlassungsanzeige erfolgt war.⁵¹ Dies ist konsequent. Da es bei den §§ 17 ff. allein um arbeitsmarktpolitische Erwägungen geht, kann es nicht darauf ankommen, ob das Arbeitsverhältnis durch Kündigung oder durch Aufhebungsvertrag beendet wurde, der auf Veranlassung des Arbeitgebers geschlossen wurde. Der Aufhebungsvertrag kann auch nicht als Verzicht auf den Kündigungsschutz nach §§ 17 ff. KSchG aufgefasst werden, da dieser zugleich im öffentlichen Interesse besteht.⁵² Ein solcher Verzicht wäre nach § 134 BGB unwirksam.

V. Fazit

1. „Abfindungspläne“ oder „Freiwilligenprogramme“, die einen einvernehmlichen Personalabbau erreichen wollen, müssen den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Diskriminierungsverbote beachten. Sie stellen ein funktionales Äquivalent für einen Sozialplan dar und müssen dessen inhaltliche Grenzen beachten.
2. Der Betriebsrat kann über derartige Freiwilligenprogramme mitbestimmen. Seine Einschaltung erhöht überdies die Akzeptanz der gefundenen Lösung.
3. Finden sich nicht genügend Freiwillige, um den geplanten Personalabbau zu realisieren, so wird es zu Kündigungen kommen. Geht es um die Realisierung derselben unternehmerischen Maßnahme, finden die §§ 111 ff. auch dann Anwendung, wenn die dort vorgegebenen Grenzwerte nicht mehr erreicht sind.
4. Ein vom Arbeitgeber einseitig praktiziertes Freiwilligenprogramm ist für ihn riskant, weil es der Betriebsrat ggf. unter Berufung auf seine Mitbestimmungsrechte durch einstweilige Verfügung stoppen kann. Auch muss der später abgeschlossene Sozialplan deutlich höhere Leistungen vorsehen, da andernfalls das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über den Sozialplan definitiv unterlaufen wäre.

⁵¹ BAG, NZA 1999, 761

⁵² BAG, NZA 1999, 761; allenfalls nach Abschluss des Aufhebungsvertrags sei ein Verzicht möglich. Kritisch dazu mit Recht KR-Weigand, § 17 KSchG Rn. 66.

5. Wenn ausschließlich Aufhebungsverträge auf Veranlassung des Arbeitgebers geschlossen werden, finden die §§ 17 ff. KSchG gleichwohl Anwendung. Eine unterbleibende oder fehlerhafte Anzeige an die Agentur für Arbeit macht die Aufhebungsverträge unwirksam.