

dung nachzuweisen. Da dies schwierig, wenn nicht unmöglich ist, setzt sich der BGH sodann mit der Frage auseinander, ob in dem vorliegenden Fall die Regeln des Anscheinsbeweises dem geschädigten Anleger zugute kommen können. Auch wenn dies im Ergebnis verneint wird, eröffnet der BGH durch die Anerkennung von Beweiserleichterungen dem geschädigten Anleger die Möglichkeit, im Einzelfall den geforderten Kausalitätsnachweis zu führen.

Der BGH lehnt die Anwendung der Regeln des Anscheinsbeweises ab. Die Anlageentscheidung eines potentiellen Aktienkäufer stelle einen durch vielfältige rationale und irrationale Faktoren beeinflussten, individuellen Willensentschluss dar; bei derartigen individuell geprägten Willensentschlüssen könne es keinen Anscheinsbeweis für sicher bestimmbare Verhaltensweisen von Menschen in bestimmten Lebenslagen geben.

Auch die Übertragung der zum alten Börsengesetz entwickelten Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis bei Vorliegen einer Anlagestimmung komme hier nicht in Betracht. Im Rahmen der Prospekthaftung nach dem Börsengesetz alter Fassung hat die Rechtsprechung mit Rücksicht auf die schwierige Beweisführung unter besonderen Umständen, nämlich bei Vorliegen einer so genannten Anlagestimmung, vermutet, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung der unrichtige oder unvollständige Prospekt (Ad-hoc-Mitteilungen gelten nicht als Prospekt) kausal für die von dem Anleger getroffene Erwerbsentscheidung war. § 45 Abs. 2 BörsG sieht nunmehr eine Beweislastumkehr ausdrücklich vor.

Zur Begründung seiner ablehnenden Haltung bezieht sich der zweite Zivilsenat auf die unterschiedliche Funktion eines Börsenprospektes und einer Ad-hoc-Mitteilung. Während der Börsenprospekt über alle anlagerelevanten Umstände des Unternehmens informieren solle, beschränke sich der Informationsgehalt der Ad-hoc-Mitteilung ausschnittsartig auf wesentliche neue Tatsachen. Dabei verneint der BGH nicht, dass auch aus Ad-hoc-Mitteilungen eine Anlagestimmung für den Erwerb von Aktien hervorgehen kann. Dies reiche aber angesichts der vielfältigen kursbeeinflussenden Faktoren und der individuellen Willensentscheidungen der einzelnen Marktteilnehmer nicht aus, um nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises einen typischen Geschehensablauf und damit die Kausalität von (falscher) Ad-hoc-Mitteilung und individueller Anlageentscheidung zu bejahen.

Der geschädigte Anleger muss demnach in jedem Einzelfall den Nachweis erbringen, dass seine Anlageentscheidung durch die falsche Ad-hoc-Mitteilung verursacht wurde. Hierbei kommen dem Anleger nach der Auffassung des BGH allerdings Beweiserleichterungen zugute, so insbesondere bei einer großen zeitlichen Nähe zwischen der Veröffentlichung der falschen Ad-hoc-Mitteilung und der Anlageentscheidung der Investoren. Je enger der zeitliche Zusammenhang ist, desto eher können andere kursbeeinflussende Faktoren, etwa zwischenzeitliche Änderungen von Konjunkturdaten oder Unternehmensdaten,

ausgeschlossen werden. Auch der Inhalt der Veröffentlichung – also hier wohl insbesondere die Qualität des Kaufanreizes, der durch die Veröffentlichung hervorgerufen wird – soll eine Rolle spielen. In den Fällen einer zeitlich unmittelbar der Ad-hoc-Mitteilung nachfolgenden Kaufentscheidung wird man bei entsprechender inhaltlicher Ausgestaltung dieser Mitteilung wenigstens einen Anfangsbeweis für die Kausalität der zum Aktienerwerb auffordernden Mitteilung annehmen können. Damit eröffnet der BGH den Weg zur Parteivernehmung nach § 448 ZPO. In den Fällen, in denen ein Zeitraum von knapp 6 beziehungsweise 9 Monaten zwischen Ad-hoc-Mitteilung und Kaufentscheidung lag, fehlt dagegen der geforderte zeitlich enge Zusammenhang.

Wenn der Kausalitätsnachweis gelingt, kann der Anleger nicht nur den Differenzbetrag zwischen gezahltem Kaufpreis und fiktivem Wert der Aktien bei wahrheitsgemäßer Veröffentlichung, sondern grundsätzlich Naturalrestitution verlangen. Danach ist der Anleger so zu stellen wie er stehen würde, wenn die für die Veröffentlichung Verantwortlichen ihrer Pflicht zur wahrheitsgemäßen Mitteilung nachgekommen wären. Der Anleger kann also Erstattung des Kaufpreises gegen Übertragung der erworbenen Aktien verlangen, wenn er die Aktien bei wahrheitsgemäßer Mitteilung nicht erworben hätte. Hiervon ist nach Ansicht des BGH auszugehen.

Der hiernach erforderliche Kausalitätsnachweis war dem Anleger in dem Verfahren II ZR 402/02 gelungen. Der BGH hat diese Entscheidung im Ergebnis bestätigt. In dem Verfahren II ZR 218/03 hatten die Vorinstanzen die Klage wegen fehlenden Kausalitätsnachweises im Ergebnis zu Recht abgelehnt. Die Sache II ZR 217/03 wurde zu weiteren Feststellungen an das OLG zurückverwiesen.

*Dr. Ortrud Kracht*

### **Kündigungsfolgenvereinbarung („Abwicklungsvertrag“) löst auch bei nicht offensichtlich rechtswidrigen Kündigungen eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld aus**

1. Ein Arbeitnehmer erfüllt den Tatbestand einer Sperrzeit beim Arbeitslosengeld, wenn er nach Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber innerhalb der Klagefrist mit diesem einen Abwicklungsvertrag schließt.
2. Möchte der Arbeitnehmer sich auf einen wichtigen Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses berufen, trägt er die volle Beweislast für die objektive Rechtmäßigkeit der Arbeitgeberkündigung.

*(Leitsätze des Verfassers)*

Wer als Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber nach ausgesprochener Kündigung eine Vereinbarung schließt, die die mit

der Kündigung einhergehenden Rechtsfragen abschließend zwischen den Parteien regeln soll, muss mit einer zwölfwöchigen Sperrzeit beim Arbeitslosengeld rechnen. Denn Kündigungsfolgenvereinbarungen oder auch Abwicklungsverträge sind seit dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 18.12.2003 (B L AL 35/03 R) generell sperrzeitbegründend, es sei denn, der Arbeitnehmer kann den Nachweis erbringen, dass die Kündigung objektiv rechtmäßig ist. Dies hat sich – so lehrt die tägliche Beratungspraxis – weder bei Arbeitgebern, denen eine potentielle Schadenersatzpflicht droht, noch bei Arbeitnehmern, die die Folgen einer Sperrzeit zu vergegenwärtigen haben, bislang hinreichend herumgesprochen.

Die möglicherweise tragende Motivation des BSG findet sich am Ende der Urteilsgründe. Dort heißt es, das BSG sehe sich „darin gestärkt“, dass Arbeitnehmern regelmäßig „vor dem Ausspruch der Kündigung entsprechende Vereinbarungen in Aussicht gestellt“ würden (BSG v. 18.12.2003, Rn. 22). Außerdem betonten (gerade) die Befürworter des Abwicklungsvertrages, dass dieser faktisch eine dem Aufhebungsvertrag gleichwertige Handlung sei und lediglich sozialversicherungsrechtliche Vorteile bringe (BSG v. 18.12.2003, Rn. 15 unter Bezugnahme auf *Bauer/Hümmerich*, NZA 2003, 1076). Aus Sicht der Praxis lässt sich der Vorwurf des BSG, „regelmäßig“ wirken Arbeitgeber und Arbeitnehmer kollusiv zur Schädigung der Sozialversicherungssysteme zusammen, nicht bestätigen. Richtig ist allerdings, dass die Wirtschaft flexible Werkzeuge braucht, um kostenintensive Rechtsstreitigkeiten betriebswirtschaftlich sinnvoll zu verhindern. Die Wirtschaft braucht diese Instrumente und die Nutzung legitimer Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung des Wirtschaftsstandortes Deutschland. Diesem Ziel sind Urteile wie das vorliegende nicht zuträglich.

Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Das Arbeitsverhältnis des 58-jährigen Klägers war tarifvertraglich unkündbar. Der Arbeitgeber, der zu dieser Zeit ungefähr 190 Arbeitnehmer entlassen musste, kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers gleichwohl ordentlich betriebsbedingt. Der Kläger und sein Arbeitgeber schlossen nach Zugang der Kündigung, aber vor Ablauf der Klagfrist einen Abwicklungsvertrag, wonach dem Kläger eine Abfindung in Höhe von 59.000 DM zugesagt wurde. Offen bleibt nach den Feststellungen des Gerichts, ob die Abfindung dem Anspruch des Klägers aus dem im Betrieb geschlossenen Sozialplan entsprach oder darüber hinausging. Offen bleibt auch, ob sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber bereits vor der Kündigung hierüber abgesprochen hatten. Der Kläger, für den die Rechtswidrigkeit der Kündigung nach den Feststellungen des LSG offenkundig war, ließ die Klagfrist verstreichen und meldete sich bei dem für ihn zuständigen Arbeitsamt arbeitslos.

Das Arbeitsamt (jetzt: Agentur für Arbeit) belegte den Kläger mit einer zwölfwöchigen Sperrzeit mit dem Argument, dieser habe sich an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beteiligt. Dieser Bescheid stand mit der (auch heute noch aktuellen) An-

weisungslage der BA zu § 144 SGB III im Einklang, weil das Arbeitsamt eine „offensichtlich rechtswidrige Kündigung“ angenommen hat: Die Durchführungsanweisungen AIG/Alhi zu § 144 SGB III differenziert zwischen der rechtmäßigen und der rechtswidrigen Arbeitgeberkündigung. Im Falle einer rechtmäßigen Kündigung tritt auch dann keine Sperrzeit ein, wenn der Arbeitnehmer sich in einem Abwicklungsvertrag eine Abfindung versprechen lässt (DA 144.139). Auch im Falle einer rechtswidrigen Kündigung tritt nicht per se eine Sperrzeit ein; grundsätzlich gibt es keine Obliegenheit des Arbeitnehmers, gegen eine rechtswidrige Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben (DA 144.19). Eine Sperrzeit wird vielmehr nur dann verhängt, wenn sich der Arbeitnehmer an der Beendigung beteiligt. Eine solche Beteiligung kann in einer vorausgegangenen Absprache insbesondere zur Zahlung einer Abfindung gegen Bestand der Kündigung bestehen (DA 144.24), in einer nachträglichen schriftlichen Niederlegung einer vorherigen Einigung sowie auch im Falle einer isolierten nachträglichen Einigung ohne vorherige Absprache (vgl. DA 144.24 - 26). Beim Zusammentreffen einer offenkundig – greifbar – rechtswidrigen Kündigung und einem Vertrag, in dem der Arbeitnehmer auf Rechtsmittel gegen diese Kündigung gegen eine Abfindung verzichtet, wird eine vorherige Absprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterstellt (DA 144.25). Ein nach der Kündigung geschlossener Abwicklungsvertrag ist hiernach nicht per se sperrzeitbegründend, sondern ausschließlich dann, wenn die Kündigung rechtswidrig ist.

Die gegen den die Sperrzeit anordnenden Bescheid des Arbeitsamtes gerichtete Klage blieb in der ersten und zweiten Instanz ohne Erfolg. Das LSG Baden-Württemberg (Urteil v. 20.08.2002 Az: L 13 AL 3267/00) hat allerdings den geschlossenen Abwicklungsvertrag nicht etwa als per se sperrzeitbegründend bezeichnet, sondern lediglich in der konkreten Fallkonstellation des Zusammentreffens einer als rechtswidrig erkannten Kündigung mit einem Abwicklungsvertrag. Dies war angesichts der Anweisungslage der BA (DA 144.26) insoweit nichts Neues.

Das BSG hat die Entscheidung des Landessozialgerichtes aufgehoben. Es hat den Rechtsstreit an das Landessozialgericht zurückverwiesen, weil nicht abschließend feststellbar sei, ob dem Arbeitnehmer ein wichtiger Grund zur Seite stehe. Auch das BSG sah allerdings die Voraussetzungen für eine Sperrzeit als gegeben an. Es komme aber nicht maßgeblich auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung an. Vielmehr löse auch ein nach einer rechtmäßigen Arbeitgeberkündigung geschlossener Abwicklungsvertrag eine Sperrzeit aus. Entscheidend, so das BSG, sei nämlich nicht, ob und warum das Arbeitsverhältnis beendet würde, sondern ob das Beschäftigungsverhältnis beendet werde. Für den arbeitsförderungsrechtlichen Begriff der „Lösung“ gem. § 144 SGB III bilde nicht der Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern der vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich unabhängige leistungsrechtliche Begriff des „Beschäftigungsverhältnisses“ den zutreffenden Anhaltspunkt. Arbeitslos sei ein Arbeitnehmer bereits dann, wenn er vorübergehend nicht

in einem – arbeitsförderungsrechtlichen – Beschäftigungsverhältnis stehe. Unerheblich für den Anspruch auf Arbeitslosengeld sei hingegen, ob das Arbeitsverhältnis fortbestehe. Dabei nimmt das BSG auf seine Rechtsprechung zur „Freistellung auf Dauer“ Bezug. Hiernach kann auch bei einer Aufrechterhaltung des formalen Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitiger Lösung des Beschäftigungsverhältnisses ein Lösungstatbestand im Sinne des § 144 SGB III gegeben sein.

Zwar, so das BSG weiter, sei zu bekräftigen, dass das Arbeitslosenversicherungsrecht dem Arbeitnehmer nicht die Obliegenheit auferlege, sich zur Vermeidung einer Sperrzeit gegen eine rechtswidrige Kündigung zu wehren. Jedoch könne „bei einer Bewertung des tatsächlichen Geschehensablaufes unter Einbeziehung der zugrunde liegenden Interessen der Beteiligten nicht zweifelhaft sein, dass ein Arbeitnehmer auch durch den Abschluss eines so genannten Abwicklungsvertrages, in dem er ausdrücklich oder konkludent auf die Geltendmachung seines Kündigungsschutzes verzichtet, einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung seiner Beschäftigungslosigkeit leistet“ (BSG v. 18.12.2003, Rn 21). Eine nur an die Rechtmäßigkeit der Kündigung und damit an rechtsgeschäftliche Kategorien anknüpfende Betrachtungsweise verkenne, dass es nicht auf die Lösung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses ankomme (BSG v. 18.12.2003, Rn 15). Kündigungsfolgenvereinbarungen oder Abwicklungsverträge lösen danach stets eine Sperrzeit aus, und zwar unabhängig davon, ob es eine vorherige Absprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gibt oder nicht, und unabhängig davon, ob die Kündigung rechtswidrig ist oder rechtmäßig. Lediglich soll nach dem BSG die objektive Rechtmäßigkeit der Kündigung ein wichtiger Grund für die Arbeitsaufgabe sein können (BSG v. 18.12.2003, Rn. 25), was allerdings die Beweislast hierfür dem Arbeitnehmer aufbürdet.

Die Begründung des BSG, die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sei dem Arbeitnehmer unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Kündigung vorwerfbar, überzeugt nicht. Den Schlüssel für die richtige Bewertung des Urteiles legt das Bundessozialgericht selbst, indem es bekräftigt, dass dem Arbeitnehmer nicht die Obliegenheit auferlegt werde, sich gegen eine rechtswidrige Kündigung durch Klageerhebung zu wehren. Danach hat der Arbeitnehmer – auch bei einer rechtswidrigen Kündigung, erst recht aber bei einer rechtmäßigen – das Recht, die Kündigung durch Verstreichenlassen der Klagefrist rechtswirksam werden zu lassen. Fällt damit der Arbeitsvertrag als Rechtsgrund des Beschäftigungsverhältnisses (der „tatsächlichen Arbeit“) weg, so muss der Arbeitnehmer aber auch das Recht haben, das Beschäftigungsverhältnis zu beenden. Die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch den Arbeitnehmer dadurch, dass dieser nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zur Arbeit erscheint, kann somit auch nicht als Lösungstatbestand im Sinne des § 144 SGB III ausgelegt werden. Wessen Arbeitsverhältnis rechtsgeschäftlich nicht mehr besteht, den trifft auch keine vertragliche Arbeitspflicht mehr. Vor diesem Hintergrund kann die Aussage des BSG, der

Abschluss eines Abwicklungsvertrages leiste einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung einer Beschäftigungslosigkeit, nicht richtig sein. Alleiniger Grund für die Beschäftigungslosigkeit ist die Tatsache, dass eine rechtswirksame Beendigung des Arbeitsvertrages vorliegt. Die Aufgabe der Beschäftigung kann dem Arbeitnehmer also nicht isoliert von der Frage nach dem Schicksal des Arbeitsvertrages vorgeworfen werden.

Auch der Hinweis des BSG auf die Rechtsprechung zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses unter formaler Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn das BSG nimmt insoweit einen unzulässigen Umkehrschluss vor. Beendet der Arbeitnehmer einvernehmlich mit dem Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis und hält das Arbeitsverhältnis formal aufrecht, so ist die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses dem Arbeitnehmer vorwerfbar. Der Umkehrschluss ist jedoch nicht zulässig. Das rechtliche Ende des Arbeitsverhältnisses berechtigt den Arbeitnehmer nämlich, auch die tatsächliche Arbeit einzustellen und damit das Beschäftigungsverhältnis zu beenden. Kurz: Mit dem BSG ist zwar ein Arbeitsverhältnis ohne Beschäftigungsverhältnis denkbar, entgegen der Auffassung des BSG aber nicht ein Beschäftigungsverhältnis ohne Arbeitsverhältnis. Ist das Arbeitsverhältnis deshalb rechtmäßig beendet, und sei es auch nur aufgrund der gesetzlichen Wirkung des § 7 KSchG, kann ein nach Setzung dieses Beendigungstatbestandes abgeschlossener Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer keinen „wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung der Beschäftigungslosigkeit“ mehr leisten.

Die vom Einzelfall losgelöste Aussage des Urteils, die Vereinbarung eines Abwicklungsvertrages bzw. eine Kündigungsfolgenvereinbarung löse eine Sperrzeit aus, widerspricht auch der neuen Gesetzeslage des § 1a KSchG n. F. Denn nach richtiger Ansicht kommt durch das Angebot des Arbeitgebers auf Zahlung einer Abfindung bei Verstreichenlassen der Klagefrist gemäß § 1a KSchG ein rechtsgeschäftlicher Vertrag zustande (vgl. hierzu *Pauly/Osnabrügge*, Handbuch Kündigungsrecht, § 4 Rn 5 ff. m. w. N.). Das rechtsgeschäftliche Angebot des Arbeitgebers wird durch konkludentes Verhalten des Arbeitnehmers, nämlich das Verstreichenlassen der Klagefrist, und Verzicht auf den Zugang der Erklärung nach § 151 BGB angenommen. Da ein Unterlassen nur ausnahmsweise und nur bei vorheriger Belehrung über die Rechtsfolgen des Unterlassens als konkludentes Handeln gewertet werden kann, verpflichtet § 1a KSchG den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer im Angebot darauf hinzuweisen, welche (rechtsgeschäftlichen) Folgen das Verstreichenlassen der Klagefrist hat. Das Vorgehen nach § 1a KSchG ist daher nichts anderes als der Abschluss eines Abwicklungsvertrages. Wenn das BSG aber gemäß seinem Urteil den Eintritt einer Sperrzeit vollständig davon lösen möchte, ob eine vorherige Absprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachweisbar getroffen worden ist oder zumindest vermutet werden kann, muss konsequent auch das Vorgehen nach § 1a KSchG eine Sperrzeit auslösen, und zwar unabhängig davon, ob die Kün-

digung rechtswidrig oder rechtmäßig ist. Dies kann kaum im Sinne des Gesetzgebers sein.

Ungeachtet aller Bedenken gegen die Entscheidung des Bundessozialgerichtes muss sich die Praxis darauf einrichten, dass nach Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung kein Abwicklungsvertrag mehr geschlossen werden kann. Andernfalls würde der Arbeitnehmer das Risiko einer Sperrzeit tragen, der er nur dann entgeht, wenn er in vollem Umfang nachweist, dass seine Kündigung rechtmäßig war. Der Arbeitgeber trägt nach der Rechtsprechung des BSG jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer vorher um Aufklärung über die sozialversicherungsrechtlichen Folgen gebeten hat, das Risiko, in eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer zu geraten.

Welche Möglichkeiten stehen der Praxis nun noch zur Verfügung, um nach Ausspruch einer Kündigung deren Folgen umfassend und abschließend zwischen den Parteien zu vereinbaren? Zunächst kann natürlich ein „wichtiger Grund“ die Beschäftigungsaufgabe rechtfertigen. Für die „objektive Rechtmäßigkeit der Kündigung“ trägt dann aber der Arbeitnehmer die Beweislast. Wer häufiger Arbeitgeber vertritt, kann die Bedeutung dieser Beweislastverschiebung einschätzen.

Das BSG selbst erwähnt darüber hinaus quasi als „obiter dictum“ zwei Möglichkeiten, ohne aber abschließend dazu Stellung zu nehmen.

Eine Ausnahme solle möglicherweise vorliegen, wenn „in einer nach Ablauf der Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage und ohne vorherige Absprachen oder Ankündigungen getroffenen Vereinbarung lediglich Einzelheiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geregelt werden“. Hierbei dürfe die Vereinbarung dann aber „keine Regelung in Beziehung zur Kündigung treffen“. Dies leuchtet kaum ein: Wenn die Klagefrist bereits verstrichen sein muss, warum sollte dann ein Bezug zur Kündigung schaden? Außerdem: Wenn der Arbeitnehmer die Klagefrist verstreichen lassen darf, warum soll er dann die Absicht, dies zu tun, nicht auch in einem Vertrag zum Ausdruck bringen dürfen? Weiter: Schadet die Vereinbarung einer Abfindung, die zumeist eine der Hauptregelungsgegenstände ist, auch nachdem die Klagefrist bereits verstrichen ist?

Ferner denkt das BSG eine „besondere Betrachtung“ für Vereinbarungen an, die „ohne vorherige Absprache in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren geschlossen werden“. Dies sei damit begründet, dass den Arbeitnehmer keine Obliegenheit zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage treffe (ähnlich auch DA 144.27). Aber: Gilt dies auch, wenn der Vergleich nur protokolliert oder gar im schriftlichen Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO geschlossen wird, oder muss der Vergleich zur Sicherheit „auf Vorschlag des Gerichts“ geschlossen werden, um zu vermeiden, dass eine „vorherige Absprache“ unterstellt wird? Der Optimismus von *Bauer/Krieger* (NZA 2004, 640, 641), wonach dies „selbstverständlich“ für jeden Weg des Zustandekommens

eines gerichtlichen Vergleiches gilt, sollte im Hinblick auf die ausdrückliche Einschränkung durch das BSG nicht allzu vor-schnell geteilt werden.

Offen bleibt schließlich, wie im Falle einer Vereinbarung nach § 1a KSchG zu verfahren ist. Nach den Urteilsgründen des BSG müsste (im Gegensatz zur DA 144.13) eine Sperrzeit selbst dann befürchtet werden, wenn alle Vorgaben nach § 1a KSchG beachtet sind. Die Annahme des arbeitgeberseitigen Angebots durch (ausnahmsweise rechtsgeschäftlich relevantes) Unterlassen hat eine andere Qualität als das reine „Hinnehmen“ der arbeitgeberseitigen Kündigung; es ist aktive rechtsgeschäftliche Betätigung, wenn auch durch Unterlassen. Gerade der Rat-schlag von *Bauer/Krieger* (NZA 2004, 640, 642), Abwicklungs-verträge künftig individualvertraglich angelehnt an § 1a KSchG zu schließen, indem der Arbeitgeber außerhalb der Bindungen des § 1a Abs. 2 KSchG ein Angebot unterbreitet, verbunden mit dem Hinweis, dass im Verstreichenlassen der Klagefrist die An-nahme gesehen werde, belegt dies eindrücklich. Das untätige Nichtstun ist nach dem BSG nur deshalb (und nur dann) nicht sperrzeitbegründend, weil in ihm regelmäßig keine aktive (rechtsgeschäftliche) Beteiligung des Arbeitnehmers liegt. Im Falle des § 1a KSchG und auch bei Befolgung der Methode von *Bauer/Krieger* ist diese Voraussetzung nicht gegeben.

Das Urteil des BSG lässt erhebliche Rechtsunsicherheit für die Beratungspraxis zurück. Auch wenn sich die beratende Praxis längst alternativer Möglichkeiten bedient: Die Rechtsprechung wäre gut beraten, die Entscheidung des BSG vom 18.12.2003 zu korrigieren. Dies nicht nur, um den offenkundigen Wider-spruch zwischen dem Gesetz (§ 1a KSchG n. F.) und der Recht-sprechung zu beseitigen. Leidtragende der Rechtsprechung sind nicht nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch die ohnehin bereits überlasteten Arbeitsgerichte (vgl. *Bauer/Krie-ger*, NZA 2004, 640). Die Praxis des Abwicklungsvertrages ent-springt nicht dem Streben nach einem Sozialversicherungsbe-trug, sondern dem nach Rechtssicherheit für beide Arbeitsver-tragsparteien. Das Bedürfnis nach einer solchen Rechts-sicherheit darf nicht durch eine Sperrzeit bestraft werden. Wenn die Agentur für Arbeit und ihr folgend die Rechtspre-chung Missbrauchstatbestände aufdecken und sanktionieren möchte, so sollte sie nicht das Kind mit dem Bade ausschütten.

*Dr. Stephan Osnabrügge*