

## Fallstricke beim Aufhebungsvertrag

Bei dem Stichwort „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ denken sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber in der Regel zuerst und zuvörderst an Kündigungen. Allerdings ist zu beobachten, dass in einer Vielzahl von Fällen im Vorfeld einer Kündigung über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhandelt wird.

Gerade im Vergleich zur einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung bietet der Aufhebungsvertrag für beide Parteien verschiedene Vorteile. Für den Arbeitnehmer ist ein Aufhebungsvertrag vielfach allein schon deswegen „angenehmer“, weil der Karriere des Betroffenen für die Zukunft kein „Makel einer Kündigung“ anhaftet. Vielfach ist ein Aufhebungsvertrag aus Arbeitnehmersicht aber auch wirtschaftlich interessant, wenn dort Abfindungen vereinbart werden, auf die ein gesetzlicher Anspruch nicht besteht. Für den Arbeitgeber bedeutet die Möglichkeit eines Aufhebungsvertrags vor allem, sich nicht mit den Anforderungen des Kündigungsschutzgesetzes und anderen besonderen kündigungrechtlichen Vorschriften auseinandersetzen zu müssen. Fragen der Sozialauswahl oder eines besonderen Kündigungsschutzes stellen sich bei der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht. Schließlich ist für beide Parteien der Abschluss eines Aufhebungsvertrags interessant, um einen langwierigen Rechtsstreit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.

Die Vorteile eines Aufhebungsvertrags realisieren sich aber nur dann, wenn der Vertrag den Willen beider Parteien zutreffend wiedergibt, die Regelungen klar und verständlich sind und sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen. Der folgende Bericht soll daher einige Klippen und Hürden, die einem beide Parteien zufrieden stellenden Aufhebungsvertrag im Wege stehen können, aufzeigen.

### Abrechnung der Vergütung

Fester Bestandteil von Aufhebungsverträgen ist die Bestimmung eines Beendigungstermins. Darüber hinaus wird in der Regel vereinbart, dass „das Arbeitsverhältnis bis zum Beendigungstermin ordnungsgemäß abgerechnet“ wird. Diese auf den ersten Blick einfach zu handhabende Regelung kann sich indes als komplizierte Angelegenheit erweisen. In der Praxis gelangen nämlich immer wieder diverse Vergütungsmodelle zur Anwendung, die neben einem Fixgehalt unterschiedliche variable Anteile vorsehen. Für eine rechtssichere Regelung der Vergütungsabrechnung genügt die vorgenannte Formulierung in diesen Fällen meist nicht.

Streitigkeiten entstehen vor allem über die Gewährung von Gratifikationen, Provisionen und anderen variablen Gehaltsbestandteilen. Gestritten wird meist um die Frage, wie entsprechende Gehaltsbestandteile bei einem unterjährigen Austritt des Arbeitnehmers zu handhaben sind. Fehlt es an ausdrücklichen Regelungen im Arbeitsvertrag, ist zu raten, die Behandlung aller Vergütungsbestandteile im Aufhebungsvertrag ausdrücklich zu regeln.

Sind sich die Parteien einig, dass neben dem Festgehalt keine weitere Vergütung gezahlt werden soll, sollte auch dies explizit in den Aufhebungsvertrag aufgenommen werden. Da es sich bei der Höhe der vereinbarten Zahlungen um Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers handelt, unterliegt die Festlegung der Höhe auch nicht der AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB (vgl. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB).

### Freistellung

Für den Zeitraum zwischen der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags und dem vereinbarten Beendigungstermin wird regelmäßig die Freistellung des Arbeitnehmers vereinbart, um diesem z.B. die Möglichkeit zu geben, sich nach einem neuen Arbeitsplatz umzusehen. Entscheidendes Gewicht kommt dabei der Frage zu, ob die Freistellung widerruflich oder unwiderruflich erfolgen soll. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass eine Freistellung regelmäßig widerruflich ist, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung erfolgt.

**Tipp:** Soll eine unwiderrufliche Freistellung erfolgen, sollte diese auch entsprechend ausdrücklich vereinbart werden.

Vorteil einer widerruflichen Freistellung ist, dass der Arbeitgeber bis zum Beendigungstermin die Freistellung aufheben und die Arbeitsleistung wieder verlangen kann. Dies kann z.B. von Bedeutung sein, wenn der Arbeitnehmer unvorhersehbare Übergabearbeiten ausführen soll oder kurzfristig Bedarf an der Arbeitskraft besteht, weil z.B. ein Kollege erkrankt ist. Entscheidender Vorteil einer unwiderruflichen Freistellung ist demgegenüber, dass die Freistellung unter Anrechnung etwaiger Urlaubs- oder Freizeitausgleichsansprüche erfolgen kann. Hierdurch wird verhindert, dass der Arbeitnehmer zum Beendigungstermin noch Abgeltungsansprüche für nicht gewährten Urlaub oder Freizeitausgleich geltend machen kann.

In der Vergangenheit warf die unwiderrufliche Freistellung Fragen im Hinblick auf die Sozialversicherungspflicht während des Zeitraums der Freistellung auf. Umstritten war der Zeitpunkt, zu dem das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis sein Ende fand: mit Beginn der unwiderruflichen Freistellung oder erst mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Im Sommer 2005 einigten sich die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger darauf, dass im Falle der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung von einem Wegfall des sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses mit Beginn der Freistellung auszugehen sei.

Die Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis der Aufhebungsverträge waren signifikant. Da mit dem Ende des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses auch die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung endete, wurde in vielen Aufhebungsverträgen auf eine unwiderrufliche Freistellung verzichtet, damit der Arbeitnehmer nicht in eine sozialversicherungsrechtliche „Lücke“ geriet.

Ende 2008 hat das Bundessozialgericht (BSG) der Ansicht der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger widersprochen. Es entschied, dass das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bei einem Arbeitsverhältnis auch im Falle der einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung andauere und erst mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses sein Ende finde. Dies gelte allerdings nur, wenn das Arbeitsentgelt in der Freistellungsphase weiterhin gezahlt werde (vgl. BSG, Urt. v. 24. September 2008, B 12 KR 22/07, NZA-RR 2009; BSG-Urt. v. 24. September 2008, B 12 KR 27/07, NJW 2009, 1772). Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben auf diese Urteile zwischenzeitlich reagiert und sich der Rechtsprechung des BSG angeschlossen (vgl. Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 30./31. März 2009).

**Tipp:** Soweit Arbeitnehmer noch immer wegen der überholten Position der Sozialversicherungsträger eine unwiderrufliche Freistellung ablehnen, kann die Rücksprache mit den Sozialversicherungsträgern im konkreten Fall ggf. die Sorgen des Arbeitnehmers zerstreuen. Soweit eine unwiderrufliche Freistellung wegen der Anrechnung von Urlaub vorgesehen war und der Arbeitnehmer diese trotz allem ablehnt, kann eine widerrufliche Freistellung unter Festlegung des konkreten Urlaubszeitraums vereinbart werden, um sich so weit wie möglich vor Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüchen zu schützen.

### **Anrechnung von Zwischenverdienst**

Findet der Arbeitnehmer während der Freistellung eine anderweitige Möglichkeit, Geld zu verdienen, so besteht die Gefahr, dass dieser Verdienst ohne eine entsprechende Vereinbarung im Aufhebungsvertrag nicht auf die Vergütung anzurechnen ist. Es sollte aus Arbeitgebersicht daher darauf geachtet werden, dass ein Verweis auf § 615 Satz 2 BGB in den Aufhebungsvertrag aufgenommen wird, nach dem sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen muss, was er infolge des Unterbleibens seiner Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Freilich darf die Bedeutung eines solchen Anrechnungsvorbehalts nicht überschätzt werden, da es dem Arbeitgeber häufig nicht möglich bzw. zu aufwendig sein wird, eine entsprechende Anrechnung durchzusetzen. Es ist in der Praxis durchaus fraglich, ob der Arbeitgeber trotz entsprechender Informationspflichten des Arbeitnehmers überhaupt Kenntnis von einem solchen Vorgang erhält. Rein vorsorglich sollte auf einen entsprechenden Verweis dennoch nicht verzichtet werden.

### Urlaub

Ein besonders wichtiger Punkt in Aufhebungsverträgen ist die Regelung von Urlaubsansprüchen. Hier können verschiedenste Gestaltungen verwendet werden.

Soweit eine ausdrückliche Regelung fehlt, ist etwaig nicht gewährter Urlaub in Anwendung von § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Eine entsprechende Regelung im Aufhebungsvertrag besitzt nur klarstellenden Charakter.

In der weit überwiegenden Zahl der Fälle soll eine Abgeltung des Urlaubsanspruchs jedoch vermieden werden, da die finanzielle Abgeltung von Urlaub mit erheblichen Kosten für den Arbeitgeber verbunden sein kann. Dabei ist insbesondere auch die aktuelle BAG-Rechtsprechung zur Unverfallbarkeit von Urlaub, der infolge von Krankheit nicht genommen werden kann, zu berücksichtigen. Hier drohen dem Arbeitgeber ggf. empfindliche Abgeltungspflichten.

Aus Sicht des Arbeitgebers wird aus diesem Grund sehr häufig eine Anrechnung von Urlaubsansprüchen auf die Zeit der Freistellung angestrebt. Die Anrechnung von Urlaubsansprüchen bedarf jedoch einer exakten Regelung. Eine schlichte Freistellung führt nämlich nicht automatisch zur Anrechenbarkeit des Urlaubsanspruchs. Vielmehr ist zwischen einer widerruflichen und einer unwiderruflichen Freistellung zu unterscheiden.

Bei einer widerruflichen Freistellung ist eine Anrechnung von Urlaubsansprüchen nicht möglich. Das BAG hat hierzu ausgeführt, dass die Widerruflichkeit der Freistellung dazu führe, dass der Arbeitnehmer jederzeit damit rechnen müsse, wieder an den Arbeitsplatz zurückbeordert zu werden. Insoweit sei er in der Disposition seiner Zeit eingeschränkt, was dem Urlaubscharakter der Freistellung zuwiderlaufe.

Die Lösung liegt hier in der konkreten Festlegung des Urlaubszeitraumes, also in der Festlegung bestimmter Zeiten, in denen der Urlaub gewährt und genommen wird und der Arbeitgeber insoweit nicht berechtigt ist, während der Urlaubszeit die Freistellung zu widerrufen.

Bei der Festlegung des Urlaubszeitraums ist allerdings Vorsicht geboten: Erkrankt der Arbeitnehmer während der Freistellung und ist arbeitsunfähig, so bringt die vereinbarte Gewährung von Urlaub den Anspruch des Arbeitnehmers nicht zum Erlöschen. Aus diesem Grund sollte der Arbeitgeber die eventuell wegen Krankheit noch verbleibenden Urlaubstage im Auge behalten und den Urlaub nach Möglichkeit noch während der (widerruflichen) Freistellung gewähren. Einen absoluten Schutz vor einer etwaigen Urlaubsabgeltung gibt diese Variante jedoch nicht.

Auch eine unwiderrufliche Freistellung bietet keinen umfassenden Schutz vor Urlaubsabgeltung. Zwar führt die unwiderrufliche Freistellung dazu, dass der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers auf die Zeit der Freistellung angerechnet werden kann. Allerdings gilt auch hier, dass der Urlaubsanspruch nicht sukzessive erlischt, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt. Verbleiben nach der Erkrankung nicht mehr genügend Freistellungstage, um den Urlaub aufzubreuchen, ist der Resturlaub auch in diesem Falle abzugelten.

Im Übrigen kann der Arbeitnehmer im Aufhebungsvertrag auch verpflichtet werden, den noch bestehenden Urlaub bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nehmen. Dies hilft aber ebenso im Falle der Arbeitsunfähigkeit nicht weiter.

Die vermeintlich sicherste Lösung ist daher ein so genannter Tatsachenvergleich über den Urlaub. Ein solcher Vergleich lautet beispielsweise: „Die Parteien sind sich einig, dass der gesamte Urlaub für das laufende Jahr sowie aus den Vorjahren in natura gewährt und genommen wurde.“

Die Notwendigkeit eines solchen Tatsachenvergleichs ergibt sich daraus, dass ein Arbeitnehmer nicht auf seinen gesetzlichen Urlaubsanspruch verzichten kann (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG). Eine Klausel, nach der sich die Parteien „einig sind, dass dem Arbeitnehmer keine Urlaubsansprüche mehr zustehen“, wäre unwirksam, weil darin ein unzuverlässiger Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen Urlaub läge. Ein Tatsachenvergleich, aus dem sich ergibt, dass der gesamte Urlaub gewährt und genommen wurde, gilt dagegen bisher als praktikable Lösung.

Es ist freilich nicht von der Hand zu weisen, dass der Tatsachenvergleich ein juristischer Kunstgriff ist, der letztlich zu dem gleichen Ergebnis führt wie ein vereinbarter Urlaubsverzicht. Ob und wie lange die Rechtsprechung in Zukunft einen Tatsachenvergleich für zulässig erachtet, ist nicht absehbar. Vereinzelt wird nicht zuletzt wegen dieses Risikos eine Klausel in Aufhebungsverträge aufgenommen, nach der eine etwaige Urlaubsabgeltungspflicht mit der Zahlung der Abfindung abgegolten sein soll.

### **Aufhebungsvertrag und Sozialplan:**

#### **Anrechenbarkeit von Abfindungen**

Aufhebungsverträge werden häufig auch im Vorfeld oder im Rahmen einer sozialplanpflichtigen Betriebsänderung abgeschlossen. In diesen Fällen ist insbesondere das Verhältnis zwischen der Abfindung aus dem Aufhebungsvertrag und der aus dem Sozialplan zu beachten.

Soweit die Gefahr besteht, dass ein Arbeitnehmer sowohl eine Sozialplanabfindung als auch eine Aufhebungsvertragsabfindung verlangen wird, sollte eine klarstellende Formulierung Eingang in den Aufhebungsvertrag finden, z.B.:

„Die Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine Abfindung in Höhe von EUR [...] brutto aus dem zwischen der Gesellschaft und dem Betriebsrat des Betriebes [Ort] am [Datum] geschlossenen Sozialplan. Die Parteien sind sich darüber einig, dass sich die Abrechnung und Auszahlung der Abfindung ausschließlich nach den Bestimmungen des Sozialplans richtet.“

Soweit der Aufhebungsvertrag eine die Abfindung aus dem Sozialplan übersteigende Abfindung vorsieht, muss auch in diesem Fall einer möglichen doppelten Anspruchsberechtigung des Arbeitnehmers vorgebeugt werden. Eine Anrechnung der Abfindung aus dem Aufhebungsvertrag auf die Sozialplanabfindung ist jedoch nicht zulässig, da dies einen Verzicht des Arbeitnehmers auf die Leistungen aus dem Sozialplan bedeuten würde. Da der Sozialplan aber eine Betriebsvereinbarung darstellt, ist ein Verzicht auf Sozialplanleistungen nur mit Zustimmung des Betriebsrates möglich (vgl. §§ 112 Abs. 1 Satz 3, 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG). Die Praxis zeigt, dass der Betriebsrat nur selten eine solche Zustimmung erteilen wird.

Der umgekehrte Weg begegnet hingegen keinen Bedenken: Die Sozialplanabfindung kann auf die im Aufhebungsvertrag vereinbarte Abfindung angerechnet werden. Einer solchen Regelung stehen betriebsverfassungsrechtliche Regelungen nicht entgegen, z.B.:

„Als sozialen Ausgleich für den Verlust seines Arbeitsplatzes und die damit verbundenen Nachteile erhält der Arbeitnehmer eine Abfindung in Höhe von EUR [...] brutto. Auf diese Abfindung wird die Abfindung aus dem zwischen der Gesellschaft und dem Betriebsrat des Betriebes [Ort] am [Datum] abgeschlossenen Sozialplan angerechnet.“

Ob die Gefahr eines doppelten Abfindungsanspruchs besteht, ist nicht immer auf den ersten Blick zu erkennen. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags in zeitlicher Nähe zum Abschluss eines Sozialplans birgt stets das Risiko, dass der Arbeitnehmer trotz Abschlusses eines Aufhebungsvertrags vom Sozialplan erfasst wird.

**Tipp:** Bei Aufhebungsverträgen im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung ist daher stets zu raten, vorsorglich die Anrechnung etwaiger Sozialplanabfindungen auf die individuell vereinbarte Abfindung zu regeln.

### **Aufklärungs- und Hinweispflichten des Arbeitgebers**

Auch Aufklärungs- und Hinweispflichten des Arbeitgebers sind beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu beachten.

Den Arbeitgeber trifft zunächst eine ausdrückliche gesetzliche Hinweispflicht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB III. Er hat den Arbeitnehmer vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Suche nach einer neuen Beschäftigung sowie über die Verpflichtung zur Arbeitslosmeldung bei der Agentur für Arbeit im Sinne von § 38 Abs. 1 SGB III zu informieren. Eine Verletzung dieser Pflicht führt allerdings nicht zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, da § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB III als öffentlich-rechtliche Vorschrift nicht den Schutz des individuellen Arbeitnehmers bezweckt.

Eine Aufklärungspflicht über die rechtlichen Folgen eines Aufhebungsvertrags trifft den Arbeitgeber grundsätzlich nicht. Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist allerdings bei Vorliegen besonderer Umstände eine besondere Aufklärungspflicht des Arbeitgebers in Betracht zu ziehen. So muss er den Arbeitnehmer über nachteilige Folgen des Aufhebungsvertrages dann aufklären, wenn der Arbeitnehmer durch eine sachgerechte und vom Arbeitgeber redlicher Weise zu erwartende Aufklärung vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschützt würde und er sich ansonsten aus Unkenntnis selbst schädigen würde (BAG-Urteil vom 22. April 2004, 2 AZR 281/03, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag). Vor allem drohende Nachteile in Bezug auf eine Versorgungsanwartschaft aus der betrieblichen Altersversorgung können einen solchen Sonderfall begründen.

Soweit eine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers zu bejahen ist, muss dieser „das Problembewusstsein“ des Arbeitnehmers wecken, indem er „wenigstens in groben Umrissen über die Ursache dieses außergewöhnlichen Risikos unterrichtet“. Eine detaillierte Auskunft ist jedoch auch in diesen Fällen nicht erforderlich (BAG-Urteil vom 17. Oktober 2000, 3 AZR 69/99, NZA 2001, 206).

Die Verletzung einer solchen Aufklärungspflicht kann einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten begründen. Zu ersetzen sind in einem solchen Fall die finanziellen Nachteile, die der Arbeitnehmer aufgrund der fehlenden Information erleidet. So droht z.B. bei einem Verlust der betrieblichen Altersversorgung eine entsprechende Ausgleichsverpflichtung des Arbeitgebers. Die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags wird jedoch durch eine solche Pflichtverletzung nicht berührt.

Nachteilige Konsequenzen in steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht muss der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung grundsätzlich selbst eruieren. Dazu stehen ihm die zuständigen Berater der entsprechenden Leistungsträger zur Verfügung.

Tipp: Aus diesem Grund sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Aufhebungsvertrag darauf hinweisen, dass Auskünfte über mögliche sozialversicherungs- und steuerrechtliche Auswirkungen des Aufhebungsvertrages durch die Sozialversicherungsträger und das Finanzamt erteilt werden. Sicherheitshalber sollte im Aufhebungsvertrag auch der explizite Verzicht des Arbeitnehmers auf weitere Hinweise des Arbeitgebers enthalten sein.

Wenn die Gefahr besteht, dass den Arbeitgeber ausnahmsweise besondere Auskunfts- und Hinweispflichten treffen, sollte dieser zumindest einen „groben Überblick“ über die möglichen Folgen des Aufhebungsvertrages geben. Dies gilt vor allem für nachteilige Folgen für eine etwaige Versorgungsanwartschaft. Eine entsprechende Vereinbarung, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer hinreichend über die rechtlichen Risiken informiert hat, bringt weitere Rechtssicherheit.

### Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Bestehen im Arbeitsvertrag Regelungen über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot und/oder Regelungen zu nachvertraglichen Geheimhaltungspflichten, ist zu überlegen, ob diese Pflichten beibehalten oder einvernehmlich aufgehoben werden sollen. Es besteht stets die Möglichkeit, eine vom Arbeitsvertrag abweichende Regelung zu treffen. In diesem Fall ist im Aufhebungsvertrag deutlich hervorzuheben, dass die Regelung im Arbeitsvertrag abgelöst werden soll, um Streitigkeiten zu vermeiden. Sind im Arbeitsvertrag keine nachvertraglichen Pflichten zur Wettbewerbsenthaltung und/oder zur Geheimhaltung enthalten, können diese selbstverständlich auch noch im Aufhebungsvertrag geregelt werden

Stefan Richter, Rechtsanwalt, Lovells LLP (Düsseldorf).