

Die Regelung hat keine subjektiv-rechtliche Wirkung zugunsten der leistungsberechtigten Person. Die leistungsberechtigte Person hat einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über einen Förderantrag, aber keinen Anspruch darauf, wie diese Leistungen finanziert werden könnten. Allerdings ist die Möglichkeit der Finanzierung über den Passiv-Aktiv-Transfer im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.

2. Freie Förderung, § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II

Gem. § 16f Abs. 1 Satz 1 SGB II sind die Ausgaben für Leistungen der sog. Freien Förderung auf 10 % der nach § 46 Abs. 2 SGB II auf die Agentur für Arbeit entfallenden Eingliederungsmittel begrenzt, werden also gesetzlich gedeckelt. Eine Deckelung existierte bereits für Ausgaben nach §§ 16e, 16f, 16h SGB II; gem. § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB II a.F. konnte die Agentur für Arbeit insgesamt bis zu 20 % der auf sie entfallenden Eingliederungsmittel einsetzen. Die Begrenzung diente der „Vermeidung von Verdrängungseffekten“.¹⁶⁰ Diese Regelung wurde jedoch durch Gesetz vom

17.12.2018¹⁶¹ mit Wirkung zum 1.1.2019 gestrichen.¹⁶² Die Wiedereinführung in § 16f SGB II wird in der Gesetzesbegründung nicht näher erklärt. Es liegt nahe, dass sie wie § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB II a.F. der Vermeidung von „Verdrängungseffekte[n] auf dem Arbeitsmarkt“ dient.¹⁶³

V. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber schärft die Regelungen zum Fordern, erweitert aber auch teilweise die Regelungen zum Fördern und zur Finanzierung der Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und Ausbildung. Die Gesetzesänderungen können zu einer neuen Dynamik im Bereich der Eingliederungsleistungen führen. Ob sich diese Erwartung erfüllt, kann allerdings erst in der Zukunft beurteilt werden.

161 Zehntes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Schaffung neuer Teilhabechancen für Langzeitarbeitslose auf dem allgemeinen und sozialen Arbeitsmarkt (Teilhabechancengesetz – 10. SGB II-ÄndG) vom 17.12.2018, BGBl. I, 2583.

162 Die Deckelung ist auf Anregung der Bundesagentur für Arbeit entfallen, weil sie durch die marktnähere Ausgestaltung der Leistungen gem. § 16e SGB II nicht mehr erforderlich waren, vgl. BT-Drs. 19/5588, 11.

163 Vgl. Harks in: jurisPK-SGB II, 5. Aufl., Stand 12.5.2026, § 16f Rn. 11.1 unter Verweis auf die Erwägungen zu § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB II a.F. in BT-Drs. 17/7065, 20.

160 Vgl. BT-Drs. 17/7065, 20.

Wer kooperiert, verliert – Sperrzeit beim freiwilligen Personalabbau und der Weg nach Kassel: Anmerkung zum Urteil des LSG Schleswig-Holstein vom 14.11.2025 – L 3 AL 24/23

Jens-Torsten Lehmann*

I. Einleitung

Es gibt Entscheidungen, die im Ergebnis vertretbar sind und in ihrer Ausstrahlungswirkung dennoch irritieren. Das Urteil des LSG Schleswig-Holstein vom 14.11.2025 gehört dazu¹. Und der Senat weiß es. Er sagt es selbst, in der Begründung der Revisionszulassung: Was arbeitsförderungsrechtlich keinen wichtigen Grund darstelle, sei individuell oftmals sehr sinnvoll und obendrein arbeitsmarktpolitisch wie gesellschaftlich gewollt. Ein Gericht, das sein eigenes Urteil mit dem Hinweis versieht, es stehe quer zu dem, was die Rechtsordnung an anderer Stelle fördert, formuliert keine Randbemerkung. Es formuliert eine Einladung nach Kassel.

Der Sachverhalt ist von beunruhigender Alltäglichkeit. Eine Bank baut Personal ab. Der Interessenausgleich setzt vorrangig auf Freiwilligkeit. Wer sich meldet, wechselt gegen Abfindung in eine Transfergesellschaft. Die Klägerin meldete

sich, wechselte, erhielt eine Abfindung und Transferkurzarbeitergeld – und nach dem Ende der Transferbeschäftigung eine Sperrzeit von zwölf Wochen. Die Bundesagentur (BA) begründete das damit, eine Kündigung habe ihr nicht konkret gedroht. Dass es zu einer Sozialauswahl nie kam, lag daran, dass sich genügend Beschäftigte freiwillig gemeldet hatten. Auch sie.

Damit ist der Kern des Problems benannt. Je besser ein Freiwilligenprogramm funktioniert, desto weniger lässt sich für seine Teilnehmer nachweisen, dass ihnen ohne Teilnahme gekündigt worden wäre. Wer sich dagegen verweigert, die Kündigung abwartet und untätig hinnimmt, bleibt sperrzeitfrei². Das Sperrzeitrecht prämiert in dieser Konstellation Obstruktion und sanktioniert Kooperation.

Der wirtschaftliche Einsatz war dabei bescheiden. Streitig blieb im Berufungsverfahren Arbeitslosengeld für 42 Tage

* Dr. Jens-Torsten Lehmann ist u.a. Fachanwalt für Sozialrecht und Mitglied der info also-Redaktion.

1 In diesem Heft, S. ##

2 Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 17.

zu je 52,02 EUR³, also 2.184,84 EUR. Ein Betrag, der nicht einmal drei Prozent der streitgegenständlichen Abfindung ausmacht, trägt eine Grundsatzfrage bis vor das BSG. Dort ist die Revision unter dem Aktenzeichen B 11 AL 3/26 R anhängig. Zu entscheiden ist die Frage, ob ein wichtiger Grund für den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung mit Abfindung und anschließender befristeter Beschäftigung in einer Transfergesellschaft vorliegt, wenn der Arbeitgeber freiwillige Personalabbaumaßnahmen ankündigt⁴.

II. Der Fall

Die 1977 geborene Klägerin war seit Juli 2010 bei einer Bank beschäftigt. Grundlage des Personalabbaus war ein am 29.03.2019 als Betriebsvereinbarung geschlossener Interessenausgleich, der die Reduzierung von rund 710 Vollarbeitskräften vorsah. Dieses Ziel sollte nach § 3 Abs. 2 vorrangig durch freiwillige Vereinbarungen erreicht werden. Betriebsbedingte Kündigungen sollten nach § 2 weitgehend vermieden und erst dann ausgesprochen werden, wenn die freiwilligen Maßnahmen nicht ausreichten.

Die Klägerin meldete sich im sogenannten Matchingverfahren. Beschäftigte konnten dort gegenüber einer neutralen Stelle signalisieren, dass sie zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung bereit waren. Hatte der jeweilige Unternehmensbereich diese Person zuvor freigegeben, war die Bank verpflichtet, einen Aufhebungsvertrag anzubieten. Am 29.05.2020 schloss die Klägerin einen dreiseitigen Vertrag. Ihre Beschäftigung bei der Bank endete zum 31.05.2020, es folgte ein befristetes Beschäftigungsverhältnis bei der Transfergesellschaft vom 01.06.2020 bis 31.01.2021 und sie erhielt eine Abfindung von 69.142,46 EUR. Eine Ergänzungsvereinbarung vom selben Tag hob diese unter Berücksichtigung von Härtefallkriterien auf 94.412,87 EUR an.

Für den Ausgang des Verfahrens entscheidend wurden zwei Auskünfte der ehemaligen Arbeitgeberin. Am 25.02.2021 teilte sie mit, die Kündigung von Mitarbeitern habe gedroht, diese seien aber noch nicht konkret bekannt gewesen. Im Kündigungsfall hätte die Klägerin eine Abfindung von 48.193,22 EUR erhalten. Am 13.04.2021 ergänzte sie, es lasse sich nicht beurteilen, ob die Klägerin überhaupt in die engere Wahl für eine arbeitgeberseitige Kündigung gekommen wäre, weil es mangels Bedarfs zu einer Sozialauswahl nie gekommen sei. Die maßgebliche Kündigungsfrist betrug sechs Monate zum Monatsende.

Die BA stellte mit Bescheid vom 18.03.2021 eine Sperrzeit vom 01.02.2021 bis 24.04.2021 fest und wies den Widerspruch am 30.04.2021 zurück. Das SG Kiel wies die Klage mit Urteil vom 06.11.2023 ab. Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

III. Die Entscheidung

Der Senat prüft in der gewohnten Reihenfolge und hält sich bei den ersten beiden Stufen nicht lange auf. Die Klägerin habe ihr Beschäftigungsverhältnis gelöst, denn der

Abschluss eines Aufhebungsvertrages stehe der Eigenkündigung gleich. Die Arbeitslosigkeit sei mindestens grob fahrlässig herbeigeführt worden, weil bei Lösung keine konkrete Aussicht auf einen Anschlussarbeitsplatz bestand. Für die Ablösung eines unbefristeten durch ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne anschließende Perspektive gelte nichts anderes.

Der eigentliche Streit liegt beim wichtigen Grund. Der Senat referiert zunächst den Maßstab der Interessenabwägung und sodann die Linie des BSG. Danach liegt ein wichtiger Grund vor, wenn der Arbeitgeber mit einer objektiv rechtmäßigen ordentlichen Kündigung gedroht hat und dem Arbeitnehmer deren Hinnahme nicht zuzumuten war. Das BSG hat diese Linie später dahin modifiziert, dass es auf die objektive Rechtmäßigkeit nicht ankommt, wenn die vereinbarte Abfindung sich im Rahmen des § 1a KSchG hält.

Dann folgt der Satz, an dem sich alles entscheidet. Das Drohen einer Arbeitgeberkündigung setze grundsätzlich ein konkretes Kündigungsszenario mit Überlegungen zur Sozialauswahl voraus. Seien betriebsbedingte Kündigungen lediglich als Möglichkeit kommuniziert worden, begründe dies keinen wichtigen Grund. Es reiche insbesondere nicht aus, dass ein Arbeitnehmer annehme, er wäre von betriebsbedingten Kündigungen betroffen, wenn es zu solchen kommen sollte.

Die Subsumtion erfolgt in vier Schritten. Zur Abfindung führt der Senat aus, sie übersteige sowohl die Grenze des § 1a KSchG als auch die hypothetische Kündigungsabfindung deutlich. Bei einer solchen Überschreitung sei ein wichtiger Grund nur gegeben, wenn eine rechtmäßige und sozial gerechtfertigte Kündigung konkret drohte.

Sodann grenzt er sich vom LSG Bayern ab, das in vergleichbarer Konstellation einen wichtigen Grund bejaht hatte. Dessen Rechtssätzen folge er grundsätzlich, könne sich hier aber nicht davon überzeugen, dass der Klägerin bei Nichtabschluss konkret eine Kündigung zum 31.01.2021 oder früher gedroht hätte. Tragend hierfür sind die beiden Auskünfte der ehemaligen Arbeitgeberin.

Zur Trennungsliste hält der Senat fest, diese sei nach dem Interessenausgleich erst nach Abschluss des Matchingverfahrens zu erstellen gewesen. Die freiwillige Meldung der Klägerin sei daher ursächlich für ihre Aufnahme in die Liste gewesen und nicht umgekehrt. Zudem habe die Liste bis zum 31.12.2020 um zunächst nicht benannte Kandidaten erweitert werden können, was darauf hindeute, dass bei unzureichender Beteiligung nicht gekündigt, sondern um weitere Freiwillige geworben worden wäre.

Zum zeitlichen Ablauf schließlich rechnet der Senat vor, dass bei sechsmonatiger Kündigungsfrist spätestens im Juli 2020 hätte gekündigt werden müssen. Dass dies geschehen wäre, sei durch den Zeitplan des Interessenausgleichs widerlegt.

Eine besondere Härte nach § 159 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b SGB III verneint der Senat mit zwei Sätzen. Auch die Minderung der Anspruchsdauer bleibe wegen abgelaufener Rahmenfrist folgenlos.

Bemerkenswert ist schließlich, wie der Senat die Revisionszulassung begründet. Er stützt sie auf § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG und benennt als Besonderheit die Diskrepanz der arbeitsförderungsrechtlichen Bewertung zu anderen Gesichtspunkten. Aus arbeitsförderungsrechtlicher Sicht fehle bei nur vager Möglichkeit einer Arbeitgeberkündigung der wichtige Grund. Individuell sei der Aufhebungsvertrag bei Per-

³ Eigene Berechnung aus dem Tagessatz von 52,02 EUR und dem streitigen Zeitraum vom 01.02.2021 bis 14.03.2021.

⁴ BSG, anhängiges Revisionsverfahren – B 11 AL 3/26 R.

sonalabbaumaßnahmen in größeren Betrieben oftmals sehr sinnvoll, gerade wenn er die Abfindungshöhe beeinflusst. Überdies sei die Kooperation von Arbeitnehmern angeschlagener Unternehmen unter Nutzung der Transfargesellschaft arbeitsmarktpolitisch und gesellschaftlich gewollt.

Ein Senat, der so formuliert, ist von seinem Ergebnis nicht überzeugt. Er hält das Ergebnis für zwingend und sagt zugleich, warum es ihn nicht befriedigt.

IV. Kritik

1. Die Asymmetrie der hypothetischen Betrachtung

Die Entscheidung beruht auf einer Ungleichbehandlung, die sich erst beim zweiten Lesen erschließt. Der Senat verweigert der Klägerin die hypothetische Betrachtung und nimmt sie für sein eigenes Ergebnis in Anspruch. Das ist der methodische Kern des Urteils und er hält einer Nachprüfung nicht stand.

Der Klägerin wird entgegengehalten, es habe nicht einmal festgestanden, ob sie in die engere Wahl für eine Kündigung gekommen wäre. Ihr Vortrag sei darauf gerichtet, eine Zwangsläufigkeit zu konstruieren. Der Senat verlangt hier Gewissheit über einen Geschehensablauf, der nie stattgefunden hat. Wenige Absätze später stellt er selbst fest, eine Arbeitgeberkündigung hätte spätestens im Juli 2020 ausgesprochen werden müssen, und dass dies geschehen wäre, sei durch den Zeitplan des Interessenausgleichs widerlegt. Widerlegt – nicht etwa unwahrscheinlich oder nicht nachgewiesen. Der Senat leitet aus einer Betriebsvereinbarung, die Umsetzungsfristen bis 2022 und 2023 vorsah, die positive Feststellung ab, dass ein Arbeitgeber im Sommer 2020 nicht gekündigt hätte.

Das ist umso bemerkenswerter, als das BSG die angedrohte Kündigung selbst als hypothetischen Geschehensablauf einordnet. Bei der Kausalität bleibt sie deshalb außer Betracht. Maßgeblich ist allein der tatsächliche Geschehensablauf. Beim wichtigen Grund ist dieselbe Hypothese dann freilich zu prüfen und das ist kein Widerspruch, sondern eine Aufgabenteilung zwischen den Tatbestandsmerkmalen. Wer sie prüft, muss allerdings hinnehmen, dass er sich auf unsicherem Boden bewegt, und darf die Unsicherheit nicht einseitig verteilen. Genau das geschieht hier. Was der Klägerin als Konstruktion vorgehalten wird, gilt dem Senat als widerlegt, sobald es sein Ergebnis stützt.

2. Die verdeckte Umkehr der Beweislast

Die Schlüsselformulierung lautet, der Senat könne sich nicht davon überzeugen, dass der Klägerin konkret eine Kündigung gedroht hätte. Das ist die klassische Wendung für ein non liquet. Die Frage ist nur, wen es trifft.

Für die Sperrzeitvoraussetzungen trägt die BA die objektive Beweislast, und zwar auch für das Fehlen eines wichtigen Grundes⁵. Der Arbeitslose trägt sie nur für Tatsachen, die in seiner Sphäre oder seinem Verantwortungsbereich liegen. Gemeint sind damit in erster Linie familiäre und gesundheit-

liche Gründe sowie Glaubens- und Gewissensfragen, also Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich, die die Behörde von sich aus nicht aufklären kann⁶. Speziell für die objektive Rechtmäßigkeit einer Kündigung gilt, dass die Beweislast bei der BA liegt⁷.

Ob ein Arbeitgeber gekündigt hätte, liegt ersichtlich nicht in der Sphäre der Arbeitnehmerin. Sie hat auf die Personalplanung eines Kreditinstituts, auf die Reihenfolge der Sozialauswahl und auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung keinerlei Einfluss. Sie kann diese Vorgänge nicht einmal einsehen. Die einzige Erkenntnisquelle ist die Auskunft des Arbeitgebers – und der hat gute Gründe, sich bedeckt zu halten. Wer bestätigt, er hätte einer bestimmten Person gekündigt, liefert nachträglich die Grundlage für arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen, die er durch das Freiwilligenverfahren gerade vermeiden wollte.

Das BSG hat die Verteilung in vergleichbarer Lage ausdrücklich bekräftigt. In der Entscheidung vom 08.07.2009 ging es ebenfalls um eine Kündigung, die niemals ausgesprochen wurde, und ebenfalls um die Frage, ob sie zum selben Zeitpunkt gedroht hätte. Der Senat hat dem Berufungsgericht aufgegeben, dies zu ermitteln, und für den Fall, dass der Sachverhalt sich nicht erschöpfend aufklären lässt, die Beweislast der BA zugewiesen. Die Gründe seien im sozialgerichtlichen Verfahren, anders als im arbeitsgerichtlichen, vom Tatsachengericht zu ermitteln⁸.

Genau diese Auskunft macht der Senat zur tragenden Feststellung. Aus einem non liquet des Arbeitgebers wird ein Nachweisdefizit der Versicherten. Formal trägt die BA weiterhin die Beweislast. Getragen hat die Folgen der Beweislosigkeit die Klägerin.

3. Das Erfolgsparadoxon

Die Entscheidung enthält eine Aussage, die weit über den Einzelfall hinausreicht, ohne dass der Senat sie als solche kenntlich macht. Er wertet die Möglichkeit, die Trennungsliste bis zum 31.12.2020 zu erweitern, als Indiz dafür, dass bei unzureichender Beteiligung nicht gekündigt, sondern um weitere Freiwillige geworben worden wäre.

Man führe sich vor Augen, was daraus folgt. In jedem Sozialplan, der auf Freiwilligkeit setzt – und das ist heute der Regelfall –, wird es zur Sozialauswahl nur kommen, wenn das Freiwilligenverfahren scheitert. Gelingt es, fehlt allen Teilnehmern das konkrete Kündigungsszenario, das der Senat verlangt. Und es gelingt umso sicherer, je mehr Beschäftigte sich melden. Jede einzelne Unterschrift verringert die Wahrscheinlichkeit, dass gekündigt werden muss, und damit die Aussicht aller Unterzeichner auf einen wichtigen Grund. Die Teilnehmer eines erfolgreichen Freiwilligenprogramms sanktionieren sich wechselseitig.

Wer sich dagegen verweigert, hat nichts zu befürchten. Die bloße Hinnahme einer Arbeitgeberkündigung ohne Erhebung der Kündigungsschutzklage löst keine Sperrzeit aus⁹. Wer abwartet, blockiert und die Kündigung über sich ergehen lässt, bezieht ungekürzt Arbeitslosengeld. Wer koope-

⁵ Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 159 Rn. 172 unter Verweis auf BSG, Urt. v. 26.11.1992 – 7 RAr 38/92.

⁶ Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 159 Rn. 173, 174.

⁷ Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 32.

⁸ BSG, Urt. v. 08.07.2009 – B II AL 17/08 R.

⁹ Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 17.

riert, verliert zwölf Wochen und ein Viertel der Anspruchsdauer.

Die Sperrzeit trifft damit ausgerechnet das Instrument, das der Gesetzgeber in §§ 110 f. SGB III mit erheblichem Mitteleinsatz fördert. Die Fachlichen Weisungen der BA behandeln den Transferwechsel deshalb ausdrücklich als sperrzeitunschädlich, sofern die Arbeitslosigkeit dadurch nicht früher eintritt als bei der anderenfalls ausgesprochenen Kündigung¹⁰. Der Senat wendet diese Voraussetzung an und geht zugleich über sie hinaus. Sie soll verhindern, dass die Versichertengemeinschaft früher als nötig belastet wird, und dagegen ist nichts einzuwenden. Sie ist aber keine Ermächtigung, dem Versicherten zusätzlich den Nachweis eines Kündigungsszenarios aufzuerlegen, dessen Ausbleiben er durch sein eigenes kooperatives Verhalten mitverursacht hat.

4. Die behauptete Gefolgschaft

Der Senat erklärt, er folge den Rechtssätzen des LSG Bayern grundsätzlich. Ein Blick auf die dortige Entscheidung zeigt, wie viel Gewicht dieses Wort tragen muss.

Auch dort lag ein Interessenausgleich mit Betriebsänderung zu Grunde, auch dort ein Wechsel in eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, auch dort eine Abfindung, die den an § 1a Abs. 2 KSchG orientierten Rahmen erheblich überstieg. Das LSG Bayern hielt das für unschädlich, weil eine Gesetzesumgehung im Sinne eines Freikaufs vom Kündigungsschutz nicht feststellbar war¹¹. Genau so hatte es das BSG formuliert: Die deutliche Überschreitung der Grenzen des § 1a Abs. 2 KSchG kann ein Anhaltspunkt für einen Freikauf sein¹². Ein Anhaltspunkt, nicht ein Ausschlussgrund.

Aus diesem Anhaltspunkt macht der Senat eine Regel. Statt zu fragen, ob die Abfindungshöhe auf einen Freikauf hindeutet, nimmt er die Überschreitung zum Anlass, die höchste Nachweisstufe zu verlangen. Ob hier tatsächlich ein Freikauf vorlag, prüft er an keiner Stelle.

Ein Unterschied zum bayerischen Fall besteht allerdings und er gehört offengelegt. Dort hätte der Kläger ohne Unterschrift überhaupt keine Abfindung erhalten. Die hiesige Klägerin hätte auch bei betriebsbedingter Kündigung 48.193,22 EUR bekommen. Es ging also nicht um alles oder nichts, sondern um eine Verbesserung um rund 46.000 EUR. Das schwächt die Parallele, hebt sie aber nicht auf. Denn das Interesse an einer Abfindung ist auch dann schützenswert, wenn der Arbeitnehmer sich gegen die Beendigung nicht wehren kann¹³.

Für den vorliegenden Fall kommt eine weitere Erwägung hinzu, die das LSG nicht anstellt. Das BSG hat in der Entscheidung vom 08.07.2009 ausgeführt, bei Anwendbarkeit von Sozialplanregelungen dürfte ein Freikauf zu Lasten der Versichertengemeinschaft ausscheiden¹⁴. Der Grund liegt auf

der Hand. Wo Arbeitgeber und Betriebsrat die Abfindungshöhe kollektivrechtlich festgelegt haben, fehlt es an der individuellen Absprache, aus der ein Freikauf überhaupt erst entstehen könnte. Die Abfindung der Klägerin beruhte nicht auf einer individuellen Absprache, sondern auf dem Interessenausgleich vom 29.03.2019 und einer daran anknüpfenden Härtefallregelung. Ob daneben ein Sozialplan im Sinne des § 112 BetrVG bestand, ergibt sich aus dem Urteil nicht. Der tragende Gedanke greift jedoch auch hier, denn eine kollektivrechtlich festgelegte Abfindungshöhe entzieht sich der individuellen Absprache, aus der ein Freikauf entstehen könnte.

5. Das übergangene Eigeninteresse

Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung vorgetragen, sie habe ein berechtigtes Interesse an der günstigen Gestaltung der Beendigungsmodalitäten, und dieses Interesse müsse in die Abwägung eingehen. Diese Wendung hat sie sich nicht ausgedacht. Sie stammt aus einer tragenden Erwägung des BSG. Nach dem Urteil vom 12.07.2006 unterläge es durchgreifenden Bedenken, das Eigeninteresse des Versicherten an einer für ihn günstigen Gestaltung der Beendigungsmodalitäten unberücksichtigt zu lassen, wenn ein Interesse der Versichertengemeinschaft am Abwarten der Kündigung nicht ersichtlich ist¹⁵. Der Senat hat das mit dem Zweck der Sperrzeit und dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot begründet.

Das LSG geht auf diesen Vortrag nicht ein. Es prüft, ob eine Kündigung drohte, und verneint mit dieser Feststellung den wichtigen Grund insgesamt. Die zweite Hälfte der Abwägung, nämlich das Interesse der Versichertengemeinschaft am Abwarten, kommt in den Entscheidungsgründen nicht vor. Sie wäre hier auch schwer zu begründen gewesen. Denn die Klägerin hat sich an einem Verfahren beteiligt, das der Gesetzgeber fördert, und sie hat die Beschäftigungslosigkeit nicht vermieden, sondern durch die Transferbeschäftigung um acht Monate hinausgeschoben.

6. Der Wertungswiderspruch zu § 111 SGB III

Die Klägerin hat ein Argument vorgetragen, das intuitiv unwiderstehlich wirkt. Dieselbe Behörde, die ihr Transferkurzarbeitergeld bewilligt und damit bestätigt hat, dass sie von Arbeitslosigkeit bedroht war, verneint im Sperrzeitverfahren, dass ihr Arbeitslosigkeit drohte. Rechtsdogmatisch trägt der Einwand nicht. Der Begriff der drohenden Arbeitslosigkeit ist im Transferrecht deutlich weiter als das konkrete Kündigungsszenario. Wer beide gleichsetzt, öffnet die Sperrzeitfreiheit für jede Konstellation, in der irgendein Personalabbau angekündigt wurde.

Der Befund bleibt gleichwohl bestehen, nur an anderer Stelle – nicht als Subsumtionsfehler, sondern als Kohärenzdefizit. Der Staat fördert ein Verhalten mit Beitragsmitteln und sanktioniert es anschließend mit Beitragsmitteln. Er zahlt für den Wechsel in die Transfergesellschaft und straft für die Vereinbarung, ohne die der Wechsel nicht möglich gewesen wäre. Das ist kein Rechtsanwendungsfehler des Senats, sondern der Grund, aus dem er die Revision zugelassen hat.

10 Fachliche Weisungen der BA zu § 159 SGB III unter Rn. 159.1.2.1, Stand 07/2026; vgl. bereits Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 26 zur inhaltsgleichen Fassung Stand 09/2022.

11 LSG Bayern, Urt. v. 28.02.2013 – L 9 AL 42/10.

12 BSG, Urt. v. 02.05.2012 – B 11 AL 6/11 R.

13 Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 159 Rn. 118 unter Verweis auf BSG, Urt. v. 17.11.2005 – B 11a/11 AL 69/04 R.

14 BSG, Urt. v. 08.07.2009 – B 11 AL 17/08 R unter Verweis auf BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 11a AL 51/06 R.

15 BSG, Urt. v. 12.07.2006 – B 11a AL 47/05 R.

7. Die abgetane besondere Härte

Zwei Sätze widmet der Senat der besonderen Härte. Der erste stellt fest, eine Verkürzung wirke sich ohnehin nicht aus, weil die Sperrzeit durch die Beschäftigungsaufnahme faktisch nur sechs Wochen gedauert habe. Der zweite verneint Härtegründe ohne weitere Begründung. Nicht dass der Senat die besondere Härte prüft, ist zu beanstanden, sondern wie er sie verneint. Die Verneinung war für das Ergebnis entbehrlich, entfaltet aber Präjudizwirkung für alle künftigen Fälle, in denen sie nicht folgenlos bleibt.

Sachlich ist sie zudem angreifbar. Maßgebend sind auch persönliche und sonstige Umstände, die den Eintritt der Sperrzeit zwar nicht verhindern, die Regelsperrzeit aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls aber als besonders hart erscheinen lassen¹⁶. Eine besondere Härte kommt insbesondere in Betracht, wenn die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses unter erheblichem Druck des Arbeitgebers zustande gekommen ist¹⁷. Die Klägerin handelte im Rahmen eines von Arbeitgeber und Konzernbetriebsrat gemeinsam getragenen und von der BA geförderten Verfahrens. Sie befand sich in einem Irrtum über die Sperrzeitvoraussetzungen, den nicht ein schlechter Berater, sondern die Struktur des Verfahrens selbst hervorgerufen hat. Wenn das keine besondere Härte begründet, bleibt für die Vorschrift wenig Anwendungsbereich.

8. Was für den Senat spricht

Es wäre unredlich, die Entscheidung nur von ihrer schwächsten Seite zu betrachten. Drei Erwägungen des Senats tragen.

Am stärksten wiegt der Einwand aus der Reihenfolge der Ereignisse. Die Trennungsliste war erst nach Abschluss des Matchingverfahrens zu erstellen und die Klägerin hatte sich zuvor freiwillig gemeldet. Ihre Aufnahme in die Liste war Folge ihrer Entscheidung und nicht deren Ursache. Wer sich auf eine Liste beruft, auf die er sich selbst gesetzt hat, argumentiert zirkulär. Die Revisionsbegründung wird das beantworten müssen.

Auch die Rechnung des Senats stimmt. Bei sechsmonatiger Kündigungsfrist hätte spätestens im Juli 2020 gekündigt werden müssen, um vor dem 31.01.2021 zu wirken, und der Zeitplan des Interessenausgleichs reichte bis 2022 und 2023.

Ernst zu nehmen ist schließlich auch die Sorge, die hinter dem strengen Maßstab steht. Wer auf das Kündigungsszenario verzichtet, öffnet ein Einfallstor: Jeder Arbeitgeber könnte durch die Ankündigung eines Abbauprogramms die Sperrzeitfolgen für seine gesamte Belegschaft neutralisieren und Personalanpassungskosten auf die Versichertengemeinschaft verlagern. Die Sperrzeit soll die Beitragszahler aber gerade davor schützen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Eintritt der Arbeitslosigkeit einvernehmlich zu ihren Lasten herbeiführen.

Gegen diese Gefahr verfügt das Sperrzeitrecht allerdings bereits über zwei Instrumente. Das erste ist der Vergleich der Zeitpunkte. Er stellt sicher, dass die Versichertengemeinschaft durch den Transfer nicht früher belastet wird als

durch die Kündigung, die ohne ihn ausgesprochen worden wäre. Das zweite ist die Umgehungskontrolle. Sie greift, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Weg über eine offensichtlich rechtswidrige Kündigung oder eine vom Arbeitnehmer initiierte Beendigung wählen, um die Sperrzeit zu vermeiden.

Beide Prüfungen lassen sich anhand von Unterlagen führen, die vorliegen. Der Vertrag nennt den Beendigungszeitpunkt, die Arbeitsbescheinigung die Kündigungsfrist, und ob eine Umgehung vorliegt, zeigt der Ablauf des Verfahrens. Das Erfordernis eines konkreten Kündigungsszenarios mit Sozialauswahl verlangt dagegen den Nachweis eines Ereignisses, das nie stattgefunden hat. Und es hat gerade deshalb nicht stattgefunden, weil die Versicherte sich an dem Verfahren beteiligt hat, das der Gesetzgeber fördert.

V. Wohin die Revision laufen könnte

1. Die prozessuale Weichenstellung

Das Revisionsverfahren wird unter der Frage geführt, ob ein wichtiger Grund für den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung mit Abfindungszahlung und der Aussicht auf eine befristete Beschäftigung in einer Transfergesellschaft vorliegt, wenn der Arbeitgeber freiwillige Personalabbaumaßnahmen ankündigt.

Diese Fassung der Frage verdient Beachtung. Von den Besonderheiten des Falles ist darin nichts mehr enthalten – weder die Trennungsliste noch das Matchingverfahren, weder die Höhe der Abfindung noch der Zeitpunkt der Beendigung. Zur Entscheidung steht allein der Maßstab.

Das ist prozessual erzwungen. Nach § 163 SGG ist das BSG an die tatsächlichen Feststellungen des LSG gebunden. Ob der Klägerin eine Kündigung gedroht hätte, hat das LSG gewürdigt. Und diese Würdigung steht fest. Offen ist nur, welche Anforderungen an sie zu stellen waren.

Für die Praxis folgt daraus zweierlei. Die Antwort wird über den Einzelfall hinaus wirken, weil sie sich nicht an dessen Besonderheiten festmacht. Und sie wird der Klägerin möglicherweise nichts nützen, weil eine Korrektur des Maßstabs an den festgestellten Tatsachen nichts ändert.

Hinzu kommt eine Besonderheit, die den Fall zu einer Alles-oder-nichts-Konstellation macht. Der Ausweg über die besondere Härte ist versperrt, weil die Klägerin Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 01.02.2021 bis 14.03.2021 begehrt, also exakt für die ersten sechs Wochen der Sperrzeit. Eine Halbierung nach § 159 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b SGB III ließe genau diesen Zeitraum unberührt. Das BSG kann den Fall nicht mit einer Kompromissformel erledigen.

2. Bestätigung der bisherigen Linie

Das BSG könnte am Erfordernis einer konkret drohenden Kündigung festhalten. Der Wortlaut seiner Rechtsprechung spricht dafür. Der zweite amtliche Leitsatz der Entscheidung vom 08.07.2009 hält an der bisherigen Linie fest. Ein wichtiger Grund besteht danach nur, wenn dem Arbeitnehmer anderenfalls objektiv rechtmäßig zum selben Zeitpunkt gekündigt worden wäre und ihm die Hinnahme der Kündigung

16 Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 159 Rn. 190.

17 Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 34.

nicht zuzumuten war¹⁸. Dieser Satz steht nicht in den Gründen, sondern in einem amtlichen Leitsatz. In den Gründen grenzt der Senat zudem ab, außerhalb des § 1a KSchG und der von dieser Regelung erfassten Abfindungen halte er an der Rechtmäßigkeitsprüfung fest.

Für den vorliegenden Fall wiegt das schwer, denn die Abfindung der Klägerin überschreitet die Grenze des § 1a Abs. 2 KSchG deutlich. Sie fällt damit in den Bereich, für den das BSG die strenge Prüfung gerade nicht gelockert hat.

Dafür spricht ferner der Schutzzweck. Ließe man die Ankündigung eines Abbauprogramms genügen, könnten Arbeitgeber die Kosten der Personalanpassung auf die Versicherungsgemeinschaft verlagern. Das ist keine theoretische Sorge, denn Transferleistungen und Sperrzeitfreiheit zusammen genommen machen den Aufhebungsvertrag für beide Seiten deutlich attraktiver als die Kündigung.

3. Typisierung

Diese Selbstbindung reicht allerdings weniger weit, als der Leitsatz vermuten lässt. Die Rechtmäßigkeitsprüfung setzt voraus, dass eine Kündigung im Raum steht, deren Rechtmäßigkeit sich prüfen lässt. Sie ist nicht dazu gedacht, den Versicherten mit dem Nachweis zu belasten, dass überhaupt gekündigt worden wäre. Und sie steht, wie die Entscheidung von 2009 selbst zeigt, unter dem Vorbehalt, dass bei kollektivrechtlicher Grundlage der Abfindung ein Freikauf ausgeschlossen ist¹⁹.

Der 11. Senat könnte die Anforderungen daher auch absenken und an die kollektivrechtlich verfestigte Abbauentcheidung anknüpfen statt an die individualisierte Sozialauswahl. Wer im Rahmen eines Interessenausgleichs ausscheidet, der ein beziffertes Abbauziel und für den Fall unzureichender Freiwilligkeit ausdrücklich betriebsbedingte Kündigungen vorsieht, hätte danach regelmäßig einen wichtigen Grund, sofern kein früherer Eintritt der Arbeitslosigkeit und keine Umgehung vorliegt.

Dieser Weg liegt näher, als es zunächst scheint, denn der Senat hat bereits zweimal typisiert, um Beweisnöte aufzulösen.

Die erste Typisierung betraf den arbeitsgerichtlichen Vergleich. Nach der bis dahin geltenden Linie war eine Abfindungsvereinbarung nur dann sperrzeitunschädlich, wenn die ausgesprochene oder drohende betriebsbedingte Kündigung objektiv rechtmäßig war. Mit Urteil vom 17.10.2007 hat das BSG diese Anforderung gelockert. Der objektiven Rechtmäßigkeit ist nicht weiter nachzugehen, wenn die Beteiligten im Rahmen des eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens die Beendigung einvernehmlich außer Streit stellen und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass mit dem Vergleich zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft manipuliert werden soll²⁰. Bemerkenswert ist der Weg, den der Senat dabei gewählt hat. Er hat den Vorschlag verworfen, den Vergleichsabschluss schon aus dem Tatbestand des LöSENS herauszuhalten, und die Entlastung stattdessen auf die Ebene des wichtigen Grundes verlagert.

Die zweite Typisierung betraf die Abfindungshöhe. Hält sich die vereinbarte Abfindung im Rahmen des § 1a KSchG,

kommt es auf die objektive Rechtmäßigkeit der drohenden Kündigung ebenfalls nicht an, sofern keine Gesetzesumgehung erkennbar ist²¹.

Bemerkenswert ist hier der Vorlauf. Der Senat hat die Öffnung im Urteil vom 12.07.2006 erstmals erwogen, im Urteil vom 08.07.2009 den Hinweis wiederholt und erst 2012 umgesetzt²². Sechs Jahre lang hat er signalisiert, dass er die strenge Anforderung für korrekturbedürftig hält, und daran festgehalten, bis ein geeigneter Fall vorlag. Die Zulassungsbegründung des LSG lässt sich als Signal derselben Art lesen, nur diesmal von der Instanz an das Revisionsgericht.

Beide Male wurde ein schwer nachweisbares Tatbestandsmerkmal durch ein leicht feststellbares ersetzt und der Verzicht auf die Prüfung durch einen Missbrauchsvorbehalt flankiert. Ein Unterschied zum vorliegenden Fall ist allerdings einzuräumen. Beide Typisierungen setzen voraus, dass eine Kündigung im Raum stand, und ersparen nur die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit. Hier ist eine Stufe früher streitig, ob überhaupt eine Kündigung drohte. Die Methode bleibt gleichwohl dieselbe, und der Missbrauchsvorbehalt trägt auch auf dieser Stufe, weil der Vergleich der Beendigungszeitpunkte und die Umgehungskontrolle unberührt bleiben. Eine dritte Typisierung für den nach §§ 110 f. SGB III geforderten Transfer fügte sich damit in die Linie ein.

4. Das Nadelöhr

Es gibt allerdings eine Feststellung, an der auch eine großzügigere Rechtsprechung scheitern könnte. Der Senat hat festgestellt, eine Arbeitgeberkündigung hätte spätestens im Juli 2020 ausgesprochen werden müssen, und dass dies geschehen wäre, sei widerlegt. Übersetzt heißt das, dass die Klägerin durch den Transfer früher arbeitslos geworden ist, als sie es bei einer Kündigung geworden wäre. Damit ist die Bedingung nicht erfüllt, unter der die Fachlichen Weisungen den Transferwechsel sperrzeitunschädlich stellen. Diese Bedingung schützt die Versicherungsgemeinschaft vor vorgezogener Belastung. Wenn das BSG an diese Feststellung gebunden ist, verliert die Klägerin auch dann, wenn der Maßstab korrigiert wird.

Ob diese Bindung greift, ist allerdings nicht ausgemacht. Die Feststellung beruht nicht auf einer Beweisaufnahme, sondern auf der Auslegung des Interessenausgleichs und Betriebsvereinbarungen wirken nach § 77 Abs. 4 BetrVG wie Rechtsnormen. Ob deren Auslegung nach § 162 SGG der Revision zugänglich ist, wenn der Geltungsbereich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinausreicht, ist eine Frage, die im vorliegenden Verfahren Gewicht bekommen könnte. Von ihrer Beantwortung hängt ab, ob das BSG den Fall überhaupt zugunsten der Klägerin entscheiden kann oder auf die Korrektur des Maßstabs beschränkt bleibt.

5. Prognose

Wahrscheinlichstes Ergebnis ist ein Pyrrhussieg. Das BSG senkt die Anforderungen an das Kündigungsszenario zugunsten der kollektivrechtlichen Betrachtung und weist die Revision gleichwohl zurück, weil die Arbeitslosigkeit im

18 BSG, Ur. v. 08.07.2009 – B 11 AL 17/08 R, BeckRS 2009, 75025, Leitsatz 2.

19 BSG, Ur. v. 08.07.2009 – B 11 AL 17/08 R.

20 BSG, Ur. v. 17.10.2007 – B 11a AL 51/06 R.

21 BSG, Ur. v. 02.05.2012 – B 11 AL 6/11 R.

22 BSG, Ur. v. 12.07.2006 – B 11a AL 47/05 R; BSG, Ur. v. 08.07.2009 – B 11 AL 17/08 R; BSG, Ur. v. 02.05.2012 – B 11 AL 6/11 R.

konkreten Fall vorzeitig eintrat. Die Klägerin verlöre ihre 2.184,84 EUR und gewänne für alle künftigen Fälle den Maßstab.

Für dieses Ergebnis spricht die Konstruktion der Zulassungsfrage, denn ein Senat, der nur den eigenen Fall entscheiden wollte, hätte nicht so grundsätzlich formuliert. Dafür spricht ferner der Vergleich der Zeitpunkte. Er eröffnet dem BSG die Möglichkeit, den Maßstab zu korrigieren, ohne jede Beteiligung an einem Freiwilligenprogramm sperrzeitfrei zu stellen. Die Missbrauchskontrolle bliebe erhalten, weil vorgezogene Beendigungen weiterhin sanktioniert würden.

Ob das BSG den Fall dann selbst abschließend entscheidet, bleibt offen. In beiden Typisierungsentscheidungen hat der Senat den Maßstab korrigiert und die Sache zurückverwiesen, weil die für den neuen Maßstab erheblichen Tatsachen nicht festgestellt waren²³. Zur Umgehungsfrage und zur kollektivrechtlichen Grundlage der Abfindung schweigt auch das hiesige Urteil. Der Pyrrhussieg könnte deshalb ein aufgeschobener sein.

Eine schlichte Zurückweisung unter Bestätigung des strengen Maßstabs bleibt möglich, erscheint angesichts der ungewöhnlich offenen Zulassungsbegründung aber als der unwahrscheinlichste Ausgang. Kein Senat benennt einen Wertungswiderspruch so deutlich, wenn er erwartet, dass Kassel ihn folgenlos bestätigt.

VI. Gestaltungsalternativen für die Praxis

1. Zuerst rechnen, dann beraten

Der verbreitete Beratungsreflex lautet, die Sperrzeit sei zu vermeiden. Im Transferfall ist das der falsche Ausgangspunkt.

Man rechne den Fall der Klägerin nach. Wer vor der Unterschrift berät, muss vom ungünstigsten Verlauf ausgehen. Die Sperrzeit lässt den Anspruch zwölf Wochen ruhen und mindert die Anspruchsdauer um mindestens ein Viertel²⁴. Bei einer Anspruchsdauer von zwölf Monaten und einem Tagessatz von 52,02 EUR entspricht die Minderung 90 Tagen und damit rund 4.680 EUR, die endgültig verloren sind, sofern der Anspruch später ausgeschöpft wird. Dem stand eine Abfindungsdifferenz von 46.219,65 EUR gegenüber. Das Verhältnis liegt bei etwa eins zu zehn²⁵.

Die Klägerin hat also wirtschaftlich richtig entschieden. Sie hat die Sperrzeit gekauft und sie hat einen guten Preis erzielt. Die Frage ist allein, ob sie wusste, dass sie kaufte.

Daraus folgt die zentrale Aufgabe der Beratung. Sie besteht nicht in der Sperrzeitvermeidung um jeden Preis, sondern in der bezifferten Gegenüberstellung vor der Unterschrift. Haftungsrelevant ist nicht die eingetretene Sperrzeit, sondern

die unterbliebene Aufklärung über ihre Wahrscheinlichkeit und Höhe. Der beteiligte Rechtsanwalt bewegt sich hier in einem Bereich, in dem Haftungsrisiken drohen²⁶. Und der Irrtum über die Sperrzeitvoraussetzungen begründet gerade dann keine besondere Härte, wenn er auf falscher anwaltlicher Beratung beruht und deshalb ein Schadensersatzanspruch gegen den Anwalt besteht²⁷. Das Sperrzeitrecht verweist den Mandanten also ausdrücklich an seinen Berater weiter.

2. Das Kündigungsszenario dokumentieren

Wer die Sperrzeit vermeiden will, muss liefern, was im entschiedenen Fall fehlte. Die Fachlichen Weisungen der BA benennen die Voraussetzungen im Einzelnen. Ein wichtiger Grund liegt danach vor, wenn

- die Kündigung durch den Arbeitgeber mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt worden ist,
- die drohende Kündigung auf betriebliche Gründe gestützt würde,
- sie das Beschäftigungsverhältnis zum selben Zeitpunkt beendet hätte oder früher wirksam geworden wäre,
- die Kündigungsfrist eingehalten worden wäre und
- der Arbeitnehmer nicht unkündbar war²⁸.

In der Praxis scheitert das regelmäßig am Arbeitgeber. Wer schriftlich bestätigt, er hätte einer bestimmten Person gekündigt, schafft ein Beweismittel gegen sich selbst und unterläuft den Zweck des Freiwilligenverfahrens, das Kündigungsschutzprozesse gerade vermeiden soll. Die Auskunft der Bank, es lasse sich nicht beurteilen, ob die Klägerin in die engere Wahl gekommen wäre, ist deshalb kein Ausrutscher, sondern der Normalfall.

Der aussichtsreichere Ansatz liegt eine Ebene höher, nämlich in der Betriebsvereinbarung selbst. Der Interessenausgleich könnte selbst festhalten, dass Beschäftigte auf der Trennungsliste eine betriebsbedingte Kündigung zu einem bestimmten Termin erhalten, falls sie keine Aufhebungsvereinbarung schließen. Dann liegt die Feststellung vor, bevor der Einzelfall streitig wird. Das ist Aufgabe der Betriebsratsberatung und nicht der Einzelmandatsberatung – und es ist der Punkt, an dem sich am ehesten etwas ändern ließe.

3. Den Kündigungstermin nachrechnen

Die Klägerin ist an dieser Rechnung gescheitert, und in der Beratung wird sie häufig gar nicht erst angestellt. Der Wechsel in die Transfergesellschaft bleibt nur dann sperrzeitunschädlich, wenn die Arbeitslosigkeit dadurch nicht früher eintritt, als sie bei einer Kündigung eingetreten wäre.

Entscheidend ist nicht, wie lange die Transferbeschäftigung dauert, sondern wie sie sich zum hypothetischen Kündigungstermin verhält. Die Rechnung gehört vor die Unterschrift und geht in drei Schritten. Zunächst ist zu bestimm-

23 BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 11a AL 51/06 R; BSG, Urt. v. 08.07.2009 – B 11 AL 17/08 R.

24 § 148 Abs. 1 Nr. 4 SGB III; Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 47. Die Berechnung unterstellt eine Anspruchsdauer von zwölf Monaten. Das Urteil verhält sich hierzu nicht.

25 Bei der Klägerin ist dieser Verlust nicht eingetreten, weil sie am 15.03.2021 eine Beschäftigung aufnahm und die Rahmenfrist inzwischen abgelaufen ist. Tatsächlich verloren hat sie 2.184,84 EUR. An der Rechnung ändert das nichts, denn zum Zeitpunkt der Beratung war dieser Verlauf nicht absehbar.

26 Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 4.

27 Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 159 Rn. 171, 192.

28 Fachliche Weisungen der BA zu § 159 SGB III unter Rn. 159.1.2.1.1, Stand 07/2026; vgl. bereits Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 28 zur inhaltsgleichen Fassung Stand 09/2022.

men, wann der Arbeitgeber frühestens realistisch gekündigt hätte. Darauf ist die individuelle Kündigungsfrist zu addieren – das ergibt den Zeitpunkt, zu dem die Arbeitslosigkeit ohne den Transfer eingetreten wäre. Dieser Zeitpunkt ist mit dem vereinbarten Ende der Transferbeschäftigung zu vergleichen. Liegt das Transferende davor, tritt die Sperrzeit ein.

Der Fall der Klägerin zeigt, wie eng das werden kann. Der Vertrag datiert vom 29.05.2020, die Transferbeschäftigung endete am 31.01.2021, die Kündigungsfrist betrug sechs Monate zum Monatsende. Damit hätte der Arbeitgeber spätestens im Juli 2020 kündigen müssen, also innerhalb von rund zwei Monaten nach Vertragsschluss. Bei einem Abbauprogramm, dessen Zeitplan bis 2022 reichte, war das nicht plausibel.

Praktisch folgt daraus, dass lange Kündigungsfristen und kurze Transferzeiten schlecht zusammenpassen. Je länger die Frist, desto früher hätte gekündigt werden müssen und desto unwahrscheinlicher wird der Nachweis.

4. Die Sperrzeitvereinbarung und ihre Grenzen

Lässt sich die Sperrzeit nicht ausschließen, kann ihr wirtschaftliches Risiko auf den Arbeitgeber verlagert werden. Die Sperrzeitvereinbarung verpflichtet ihn, sämtliche durch Sperrzeit und Anspruchsminderung entstehenden finanziellen Nachteile auszugleichen, einschließlich der Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung²⁹. Ein brauchbares Muster ist bei Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht veröffentlicht³⁰.

Diese Ausgleichszusage bringt allerdings drei Risiken mit sich, die dem Mandanten in der Beratung offenzulegen sind.

Das erste betrifft die Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers. Eine Ausgleichszusage ist genau so viel wert wie die Zahlungsfähigkeit dessen, der sie abgibt, und angeschlagene Unternehmen haben gute Gründe, Personal abzubauen. Zwischen Aufhebungsvertrag und rechtskräftiger Entscheidung über die Sperrzeit können Jahre vergehen, im entschiedenen Fall waren es mehr als fünf. Bis dahin kann die Zusage wertlos geworden sein.

Das zweite betrifft die Steuer. Fällt auf die Ausgleichszahlung Einkommensteuer an, verringert sich der Ausgleich um genau den Betrag, den er ausgleichen soll. Die Vereinbarung muss deshalb regeln, dass der Arbeitgeber zusätzlich Zahlungen in entsprechender Höhe leistet oder unmittelbar an das Finanzamt abführt.

Das dritte betrifft die Freiheit, den eigenen Rechtsweg zu beschreiten. Die Vereinbarung sollte klarstellen, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, gegen den Sperrzeitbescheid Widerspruch einzulegen. Andernfalls gerät er in einen Konflikt zwischen vertraglicher Rücksichtnahme und eigener Interessenwahrnehmung.

5. Was sperrzeitrechtlich funktioniert, aber niemand will

Der Vollständigkeit halber seien zwei Wege genannt, die sperrzeitrechtlich einwandfrei sind. Wer die Kündigung abwartet und die Klagefrist untätig verstreichen lässt, hat mit einer Sperrzeit nicht zu rechnen. Dasselbe gilt regelmäßig für die Hinnahme einer Kündigung mit Abfindungsangebot nach § 1a KSchG, sofern im Vorfeld keine Absprache getroffen wurde³¹.

Beide Wege setzen allerdings voraus, dass der Mandant auf die erhöhte Abfindung, auf die Qualifizierung und auf die verlängerte Beschäftigungsbrücke verzichtet, sich der Sozialauswahl aussetzt und darauf hofft, tatsächlich gekündigt zu werden. Wer diesen Rat erteilt, empfiehlt seinem Mandanten, ein Verfahren zu blockieren, das der Gesetzgeber mit Beitragsmitteln fördert, um eine Sanktion zu vermeiden, die aus denselben Beitragsmitteln finanziert wird.

VII. Fazit

Das Urteil wendet das Sperrzeitrecht zutreffend an und gerät dabei in Widerspruch zu dem, was das Arbeitsförderungsrecht an anderer Stelle bezweckt. Der Senat hat die Rechtsprechung des BSG korrekt referiert und auf einen Sachverhalt angewendet, für den sie nicht entwickelt wurde. Der Maßstab stammt aus der Welt der Einzelkündigung. Dort gibt es einen Arbeitgeber, der droht, einen Arbeitnehmer, der nachgibt, und einen Termin, an dem sich beides messen lässt. Im kollektivrechtlich organisierten Personalabbau existiert diese Konstellation nicht. Es gibt ein Abbauziel, ein Verfahren und eine Reihenfolge, in der Kündigungen erst am Ende stehen, wenn überhaupt.

Wer in dieser Struktur ein konkretes Kündigungsszenario mit Sozialauswahl verlangt, verlangt den Nachweis eines Ereignisses, dessen Ausbleiben das geförderte Verhalten selbst bewirkt hat. Das ist keine strenge Beweisanforderung, sondern eine unerfüllbare. Und sie trifft nicht zufällig die Kooperativen, denn je vollständiger ein Freiwilligenprogramm sein Ziel erreicht, desto sicherer verlieren alle, die dazu beigetragen haben. Wer kooperiert, verliert.

Für das Revisionsverfahren bedeutet das, dass die Korrektur an der Anknüpfung ansetzen müsste und nicht am Ergebnis. Wer im Rahmen eines Interessenausgleichs ausscheidet, der ein beziffertes Abbauziel und für den Fall unzureichender Freiwilligkeit betriebsbedingte Kündigungen vorsieht, sollte den wichtigen Grund regelmäßig für sich haben, sofern die Arbeitslosigkeit nicht vorgezogen wird und kein Freikauf vorliegt. Das BSG hat zweimal typisiert, um Beweisnöte aufzulösen, und beide Male ist der Missbrauchsvorbehalt erhalten geblieben. Eine dritte Typisierung wäre keine Kursänderung, sondern Konsequenz.

Sollte das BSG diesen Weg nicht gehen, bleibt nur ein Appell an den Gesetzgeber. Eine Ergänzung des § 159 Abs. 1 SGB III, die den nach §§ 110 f. SGB III geförderten Transfer von der Sperrzeit ausnimmt, wäre systematisch unauffällig. Denn die Beweislastregelung des Absatzes ist selbst nichts

²⁹ Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 16.

³⁰ Muster 32.1 bei Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 66.

³¹ Becker/Kühnel, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 17, 18.

anderes als kodifizierte Rechtsprechung³². Dass es einer solchen Regelung überhaupt bedarf, damit ein Sozialgesetzbuch nicht bestraft, was es zwei Bücher zuvor bezahlt, ist allerdings kein Ruhmesblatt.

Bis dahin bleibt es bei der Beratungspflicht. Die Klägerin hat wirtschaftlich richtig entschieden, denn sie hat für rund 46.000 EUR Abfindungsdifferenz einen Schaden von

höchstens 4.700 EUR in Kauf genommen. Nur wusste sie das vermutlich nicht, als sie unterschrieb. Genau darin liegt die Aufgabe. Es geht nicht darum, die Sperrzeit zu vermeiden, sondern darum, sie zu beziffern, bevor der Mandant den Stift ansetzt.

Bemerkenswert bleibt zuletzt der Senat selbst. Er hat sein Ergebnis nicht verteidigt, sondern offengelegt, dass er es für widersprüchlich hält. Das ist eine seltene Form richterlicher Redlichkeit – und die stärkste Empfehlung, die eine Entscheidung ihrer eigenen Überprüfung mitgeben kann.

³² Scholz, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl. 2021, § 159 Rn. 174, dort allerdings unzutreffend unter Bezugnahme auf Satz 4.

Entscheidungen zur Arbeitsförderung (SGB III)

§ 38 SGB III, § 11 KSchG

Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdiensts – Auskunft über Vermittlungsvorschläge der AA

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 31.3.2026 – 15 Sa 33/25

Leitsätze der Redaktion:

1. Bei einer Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs hat der Arbeitgeber einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer über die diesem von der AA unterbreiteten Vermittlungsvorschläge.
2. Erhebt der Arbeitgeber gemäß § 11 Nr. 2 KSchG den Einwand böswillig unterlassenen Verdienstes, trägt er grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitnehmer muss sich dann jedoch zu den ihm von der AA unterbreiteten Vermittlungsvorschlägen und seinen hierauf folgenden Bemühungen näher erklären.
3. Eine in einem Vermittlungspostfach („Profil“) eines Arbeitnehmers in der Jobbörse der AA eingegangene Interessensbekundung eines potenziellen Arbeitgebers oder einer privaten Personalberatung ist noch nicht automatisch ein Vermittlungsvorschlag der AA.
4. Ob ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes vorliegt, bedarf einer Gesamtabwägung. Ein Verhalten, das gezielt verhindert, mit einer Bewerbung in die engere Wahl zu kommen, kann die Mitteilung völlig überhöhter Gehaltsvorstellungen sein. Das ist allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einem Interessenten eine – verglichen mit seinem aktuellen Gehalt bei vergleichbarer Tätigkeit – etwa um ein Viertel höhere Gehaltsvorstellung angibt und diese nicht als absolute Verhandlungsgrenze kennzeichnet.

Zum Tatbestand:

Der Klägerin war zum Ablauf des 31.3.2024 betriebsbedingt gekündigt worden. Ihre Kündigungsschutzklage hatte Erfolg; das Arbeitsgericht verurteilte den Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung der Klägerin als Ingenieurin.

Für die Monate April 2024 bis Juli 2024 zahlte der Arbeitgeber keine Vergütung. Am 1.8.2024 nahm die Klägerin ihre Arbeit wieder auf. Sie hatte sich für die Phase nach dem Kündigungstermin und vor ihrer Wiederbeschäftigung arbeitslos gemeldet und Arbeitslosengeld bezogen.

Auf die Forderung der Klägerin zur Zahlung rückständigen Lohns für die Monate März 2024 bis Juli 2024 verlangte der Arbeitgeber unter Verweis auf § 11 KSchG Auskunft über die Maßnahmen der Klägerin zur Erzielung anderweitigen Verdienstes. Die Klägerin solle ihre Bewerbungsunterlagen vorlegen, damit geprüft werden könne, ob sie angemessene Anstrengungen unternommen habe, um ihre Arbeitslosigkeit zu beenden und einen Zwischenverdienst zu erzielen. Die Klägerin kam der Bitte nach und legte Unterlagen zu Bewerbungsbemühungen vor.

In der anschließenden Klage auf Verzugslohn machte die Klägerin geltend, sie müsse sich außer dem bezogenen Arbeitslosengeld nichts anrechnen lassen. Insbesondere habe sie es nicht böswillig unterlassen, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Die AA habe ihr nur drei Stellenangebote übermittelt. Mit der für sie zuständigen Beraterin der AA (Frau X.) habe sie festgestellt, dass nur ein Angebot zu ihrem Profil gepasst habe. Dies sei eine Stelle bei einer Firma S. gewesen. Hierauf habe sie sich beworben, jedoch keine Zusage erhalten.

Der Arbeitgeber verwies dagegen auf fehlende Angaben dazu, welche Stellenangebote von der AA unterbreitet worden seien, unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung, und auf welche sich die Klägerin beworben habe. Die Klägerin sei in entsprechender Anwendung des § 74 c Abs. 2 HGB verpflichtet, ihre unternommenen Bemühungen zur Vermeidung der Arbeitslosigkeit im Zeitraum April 2024 bis Juli 2024 darzulegen. Es sei davon auszugehen, dass der Klägerin ab dem Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit konkrete Stellenangebote von der AA unterbreitet worden seien. Es entspreche ihrer Obliegenheit, sich arbeitslos suchend zu melden, und der Pflicht der AA, Arbeit zu vermitteln.

Ferner verlangte der Arbeitgeber Auskunft darüber, welche Maßnahmen die Klägerin ergriffen habe, um die faktische Arbeitslosigkeit abzuwenden, insbesondere inwieweit sie