

Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge

Arbeits-, gesellschafts-, steuer- und sozialversicherungsrechtliche Hinweise zur einvernehmlichen Beendigung von
Dienst- und Arbeitsverhältnissen

von

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Dr. Steffen Krieger, Dr. Christian Arnold

9. Auflage

[Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge – Bauer / Krieger / Arnold](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Kündigungsschutz, Mutterschutz](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65242 4

II. Materielle Voraussetzungen

- (3) Kann der Arbeitnehmer trotz versuchter Rücknahme der Kündigung eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG beantragen?
- (4) Falls Frage 3 bejaht wird: Bis wann kann der Antrag gestellt werden?
- (5) Wie wirkt sich die „Rücknahme“-Erklärung des Arbeitgebers auf den Annahmeverzug aus?

In seinem Urteil vom 19.8.1982 hat das BAG³⁵⁵ festgestellt, in der Erhebung der Kündigungsschutzklage liege **keine antizipierte Zustimmung** zur Kündigungsrücknahme; die „Rücknahme“ der Kündigung³⁵⁶ durch den Arbeitgeber enthalte vielmehr ein Vertragsangebot, wonach das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung als nicht beendet anzusehen sei, also unter Beseitigung der Kündigungswirkungen unverändert fortgesetzt werden solle. Die Rechtsfolgen der „Rücknahme“ hängen deshalb nach Auffassung des BAG davon ab, wie sich der Arbeitnehmer einlässt: Nimmt er das Angebot an, wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt. Er kann es aber auch ablehnen. Dies kann er insbesondere dadurch tun, dass er einen Auflösungsantrag stellt. War früher offen, ob der Arbeitnehmer auch nach Rücknahme der Kündigung durch den Arbeitgeber unverzüglich einen Auflösungsantrag nachreichen konnte, so ist dies jetzt durch die Entscheidung des BAG klar: Der Arbeitnehmer kann das Vertragsangebot nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsabschluss gemäß §§ 145 ff. BGB annehmen oder ablehnen. Damit ist der Arbeitnehmer nach h.M. auch nicht gezwungen, unverzüglich nach der Kündigungsrücknahme den Auflösungsantrag zu stellen³⁵⁷. Dennoch dürfte sich regelmäßig rasches Handeln empfehlen. Jedenfalls darf der Arbeitgeber nicht vergessen, einen Beendigungstatbestand für das Arbeitsverhältnis herbeizuführen. Andernfalls riskiert er, dass der Arbeitnehmer zwar zunächst eine neue Stelle findet, aber während der Probezeit ausscheidet und sich nunmehr wiederum auf sein „altes“ Arbeitsverhältnis besinnt. Einer solchen Vorgehensweise des Arbeitnehmers kann der „alte“ Arbeitgeber auch grds. keine Verwirkung entgegenhalten.

Im Übrigen bleibt die **Risikosituation** aber gleich: Lehnt der Arbeitnehmer die „Rücknahme“ durch Stellung eines Auflösungsantrags ab, so verliert er zwar nicht das Rechtsschutzinteresse an dem Feststellungsprozess, denn auch im Rahmen des § 9 KSchG muss das Gericht über die Rechtfertigung der Kündigung als Anspruchsvoraussetzung befinden. Verneint das Gericht aber die Voraussetzungen der „Unzumutbarkeit“ i. S. d. § 9 KSchG, so wird das Arbeitsverhältnis fortgesetzt, es sei denn, der Arbeitnehmer ist inzwischen ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen und löst das alte nach § 12 KSchG auf (vgl. R.dnr. B 195 ff.). Stellt der Arbeitnehmer im laufenden Kündigungsschutzprozess nach der „Rücknahme“-Erklärung des Arbeitgebers bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster oder ggfs. zweiter Instanz keinen Auflösungsantrag, so fehlt das Rechtsschutzinteresse für die Kündigungsschutzklage. Solche Fälle dürften aber äußerst selten sein, weil es nach der (versuchten) „Rücknahme“ der Kündigung durch den Arbeitgeber für den Arbeitnehmer i. d. R. nur zwei Optionen gibt: Entweder das Anstellungsverhältnis wird fortgesetzt und der Arbeitnehmer nimmt deshalb die Klage zurück oder aber er spekuliert auf eine Abfindung, sei es durch Vergleich oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. §§ 9, 10 KSchG mit dem dazu erforderlichen Antrag.

Wenn auch die „Rücknahme“ der Kündigung nicht einseitig durch den Arbeitgeber möglich ist, wird diese Erklärung den Arbeitgeber doch aber zumindest von den

³⁵⁵ DB 1983, 663.

³⁵⁶ Vgl. Fischer NZA 1999, 459.

³⁵⁷ LAG Niedersachsen vom 19.1.1996, BB 1996, 1119 mit abl. Anm. *Sommemann*.

B. Grundzüge des Kündigungsschutzes

Folgen des Annahmeverzugs nach §§ 615 BGB, 11 KSchG **befreien**. Ungeklärt ist bisher, ob der Arbeitnehmer – etwa entsprechend § 2 KSchG – die „Rücknahme“ der Kündigung und damit die Beendigung des Annahmeverzugs unter dem Vorbehalt annehmen kann, dass nicht über seinen Auflösungsantrag positiv entschieden wird. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil der Arbeitnehmer für die Begründung des Auflösungsantrags gerade darlegen muss, dass eine Rückkehr auf den Arbeitsplatz für ihn unzumutbar sei. Der Arbeitnehmer wird deshalb versuchen müssen, diesen Widerspruch auszuräumen, etwa so, dass er eine kurzfristige Weiterbeschäftigung für noch zumutbar, eine langfristige dagegen für unzumutbar erklärt und entsprechend substantiiert vorträgt.

ii) Auflösungszeitpunkt

- 176 Gibt das Gericht einem Auflösungsantrag statt, hat es den Zeitpunkt für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses festzusetzen. § 9 II KSchG schreibt dabei vor, dass es sich um den Zeitpunkt handeln soll, an dem das Arbeitsverhältnis bei **sozial gerechtfertigter Kündigung** geendet hätte. § 9 II KSchG ist verfassungsgemäß³⁵⁸. Das Arbeitsverhältnis ist auch dann zu dem Zeitpunkt aufzulösen, zu dem die objektiv zutreffende Kündigungsfrist geendet hätte, wenn der Arbeitgeber diese nicht eingehalten und der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung im Rechtsstreit nicht gerügt hat³⁵⁹.
- 177 Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unbegründet **außerordentlich gekündigt** und ist dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat das Gericht aufgrund des neu gefassten und nunmehr unmissverständlichen Wortlauts von § 13 I 4 KSchG für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde. Handelt es sich also um eine fristlose Kündigung, so ist dies der Tag, zu dem die Kündigung zugegangen ist. Handelt es sich um eine außerordentliche Kündigung mit einer Auslauffrist, dann ist das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des letzten Tages aufzulösen. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer seinen Zwischenverdienst in vollem Umfang verliert, wenn es um eine fristlose Kündigung geht und das Arbeitsverhältnis auf seinen Antrag hin aufgelöst wird. Eine Kompensation kann nur im Rahmen der nach § 10 KSchG festzusetzenden Abfindungshöhe gefunden werden. Dies ergibt sich daraus, dass § 13 I 5 u. a. auf § 10 KSchG verweist.
- 178 Hat der Arbeitgeber **außerordentlich** gekündigt und ausdrücklich erklärt, **hilfsweise** handele es sich um eine **ordentliche Kündigung**, so wird im Prozess zunächst die außerordentliche und im Fall ihrer Unwirksamkeit die ordentliche Kündigung geprüft, wenn der Arbeitnehmer – was er i. d. R. tun wird – beide Kündigungen angreift. Ist hier die außerordentliche Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgt und die ordentliche Kündigung ebenfalls unwirksam, so ist das Arbeitsverhältnis zu dem Zeitpunkt aufzulösen, den der Arbeitnehmer in seinem Antrag bestimmt, weil es insoweit keinen logischen Vorrang gibt³⁶⁰.
- 179 Ist eine hilfsweise ordentliche Kündigung nicht erklärt worden, stellt sich die Frage einer Umdeutung nach § 140 BGB. Dabei kommt allerdings eine Umdeutung nur in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen ist, was z. B. im Fall einer tariflichen Alterssicherung nicht möglich ist. Weiter kann die Umdeutung scheitern, wenn es hinsichtlich einer ordentlichen Kündigung an formellen Erfordernissen mangelt, z. B. der fehlenden Anhörung des Betriebsrats³⁶¹. Die Umdeutung stellt im

³⁵⁸ BAG vom 16.5.1984, DB 1984, 2464; BVerfG vom 28.1.1990, NZA 1990, 535.

³⁵⁹ BAG vom 21.6.2012, NZA 2013, 199.

³⁶⁰ BAG vom 26.8.1993, AP Nr. 113 zu § 626 BGB; *Löwisch/Spinner* § 13 Rdnr. 28.

³⁶¹ *ErfK/Müller-Glöge* § 626 BGB Rdnr. 238.

II. Materielle Voraussetzungen

Prinzip die Ermittlung einer verdeckt schon vorhandenen Willenserklärung, nicht die „Schaffung“ einer bisher nicht existenten dar³⁶². Deshalb kommt es bei der Beantwortung der Frage, ob eine solche Erklärung vorhanden ist, darauf an, ob der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung **mutmaßlich** als ordentliche Kündigung ausgesprochen hätte und dies für den **Arbeitnehmer** zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung **erkennbar** gewesen ist³⁶³. Die Umdeutung verlangt weder einen besonderen Antrag des Kündigenden³⁶⁴ noch muss er sich ausdrücklich auf die Umdeutung berufen³⁶⁵. Das Gericht muss vielmehr von sich aus prüfen, ob aufgrund der feststehenden Tatsachen eine Umdeutung des Rechtsgeschäfts in Betracht kommt. Der unstreitige Tatbestand und der Sachvortrag der Parteien müssen deshalb nur genügend Tatsachen enthalten, aus denen auf den mutmaßlichen Willen des Kündigenden geschlossen werden kann. Liegen die Voraussetzungen des § 140 BGB vor, tritt die Umdeutung kraft Gesetzes ein und bedarf keines richterlichen Gestaltungsakts³⁶⁶.

Kommt die **Umdeutung** einer unwirksamen fristlosen Kündigung des Arbeitgebers **180** in eine unwirksame ordentliche Kündigung in Betracht, so kann der Arbeitnehmer zwischen zwei Möglichkeiten wählen: Er kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG bezogen auf die fristlose Kündigung oder nur auf die umgedeutete fristgerechte Kündigung beantragen³⁶⁷. Ob es allerdings zu einer Umdeutung kommt, hat der Arbeitgeber in der Hand. Es sind deshalb durchaus Fälle denkbar, in denen es die **Prozesstaktik** dem Arbeitgeber nahe legt, nur eine fristlose Kündigung auszusprechen und sich ganz bewusst nicht auf eine mögliche Umdeutung in eine fristgerechte Kündigung zu berufen, vor allem dann, wenn der Arbeitgeber einerseits davon ausgehen muss, dass weder die fristlose Kündigung noch die umgedeutete ordentliche Kündigung wirksam sind, andererseits er aber zuverlässig vermuten kann, dass der Arbeitnehmer unter keinen Umständen bereit sein wird, das bisherige Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Will hier der Arbeitnehmer eine Abfindung erreichen, kann er nur den Auflösungsantrag bezogen auf den Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung stellen.

jj) Abfindungshöhe

Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Gericht nach §§ 9 oder 13 KSchG **181** erfolgt nur bei gleichzeitiger Festsetzung einer **angemessenen Abfindung**³⁶⁸. Ihre Höhe steht deshalb nicht im freien Belieben des Gerichts. Sie ist vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen. Dabei ist das Gericht an die Grenzen des § 10 KSchG gebunden, wobei das LAG als neue Tatsacheninstanz im Rahmen seines Beurteilungsspielraumes die Angemessenheit der Abfindung ggfs. anders festlegen kann³⁶⁹. An die Grenzen des § 10 KSchG sind die Gerichte für Arbeitsachen aber nicht gebunden, wenn der **Arbeitsvertrag** für den Fall der sozialwidrigen Kündigung eine **höhere Abfindung vorsieht**. Dann handelt es sich nicht um eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG, sondern um eine den Arbeitnehmer begünstigende gesonderte

³⁶² Vgl. ErfK/Kiel § 13 KSchG Rdnr. 10.

³⁶³ BAG vom 13.8.1987, AP Nr. 3 zu § 6 KSchG 1969; vom 15.11.2001, NJW 2002, 2972.

³⁶⁴ BAG vom 13.8.1987, AP Nr. 3 zu § 6 KSchG 1969; ErfK/Müller-Glöge § 626 BGB Rdnr. 238; KR-Friedrich § 13 KSchG Rdnr. 85; SPV/Preis Rdnr. 407.

³⁶⁵ BAG vom 15.11.2001, NJW 2002, 2972; APS/Biehl § 13 KSchG Rdnr. 40; Molkenbuhr/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337/340.

³⁶⁶ BAG vom 15.11.2001, NJW 2002, 2972.

³⁶⁷ BAG vom 26.8.1993, NZA 1994, 70.

³⁶⁸ Vgl. Popp DB 1993, 734 zu den Bemessungsgrundlagen.

³⁶⁹ KR-Spilger § 10 KSchG Rdnr. 70; vgl. auch Bauer/Hahn DB 1990, 2471 zum Verbot der reformatio in peius.

B. Grundzüge des Kündigungsschutzes

Anspruchsgrundlage. Eine solche Abfindungsklausel im Arbeitsvertrag bewirkt ein Wahlrecht des Arbeitnehmers: (1) Der Arbeitnehmer kann im Kündigungsprozess mit seinem Hauptantrag das Ziel verfolgen, die Sozialwidrigkeit der Kündigung feststellen zu lassen. (2) Er kann aber auch kumulativ beantragen, das Arbeitsverhältnis gegen Festsetzung der vereinbarten Abfindung aufzulösen. Stellt der Arbeitnehmer diesen Antrag nicht, so kann selbstverständlich der Arbeitgeber den Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG stellen, wobei das Gericht an und für sich an die in § 10 KSchG vorgesehenen Höchstgrenzen gebunden ist. Der Arbeitnehmer kann aber für den Fall, dass das Gericht von einem Auflösungsgrund i.S.d. § 9 KSchG ausgeht, (hilfsweise) beantragen, dass dann wiederum die nach dem Vertrag zugesagte höhere Abfindung festzusetzen ist. Im Übrigen finden sich gelegentlich in Anstellungsverträgen (vor allem mit Top-Führungskräften) Klauseln, wonach ein Anspruch auf eine Abfindung immer dann besteht, wenn kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt. Der Anspruch besteht dann auch, wenn ein Kündigungsgrund nach § 1 KSchG vorliegt.

182 Die **Höchstgrenze** für die Abfindung beträgt im Regelfall zwölf Monatsverdienste (§ 10 I KSchG). Hat der Arbeitnehmer das 50. Lebensjahr vollendet und hat das Arbeitsverhältnis mindestens 15 Jahre bestanden, ist ein Betrag bis zu 15 Monatsverdiensten, hat der Arbeitnehmer das 55. Lebensjahr vollendet und hat das Arbeitsverhältnis mindestens 20 Jahre bestanden, ist ein Betrag bis zu 18 Monatsverdiensten festzusetzen (§ 10 II 1 KSchG). Die Erhöhung tritt nicht ein, wenn der Arbeitnehmer zum Auflösungszeitpunkt das in der Vorschrift des Sechsten Buchs Sozialgesetzbuch über die **Regelaltersgrenze** bezeichnete Lebensalter erreicht hat (§ 10 II 2 KSchG). Die Regelaltersgrenze wird gem. §§ 35, 235 SGB VI frühestens mit Vollendung des 65. Lebensjahres und spätestens mit Vollendung des 67. Lebensjahres erreicht (vgl. Rdnr. A 116 ff., H 144 ff.). Für die Erhöhung sind u.E. die Verhältnisse maßgebend, die in dem Zeitpunkt gelten, den das Gericht für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 II KSchG festsetzt. Nur dies entspricht einer systematischen und am Gesetzeszweck orientierten Auslegung von § 10 II KSchG³⁷⁰. Für die Berechnung der Beschäftigungsdauer gelten die gleichen Grundsätze wie für die Wartezeit nach § 1 KSchG (vgl. Rdnr. B 54 f.). Verschiedene, rechtlich getrennte Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber können nicht zusammengerechnet werden, es sei denn, das rechtlich neue Arbeitsverhältnis habe sich nahtlos an das vorangegangene angeschlossen oder es handelt sich um eine nur ganz unerhebliche Unterbrechung³⁷¹. Schließlich sind zusätzliche Beschäftigungszeiten auch dann zu berücksichtigen, wenn hierfür eine vertragliche Grundlage besteht³⁷².

183 Die Höchstgrenzen des § 10 KSchG knüpfen an den **Begriff des Monatsverdiensts** an. Als Monatsverdienst gilt, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis endet (§ 9 II KSchG), an Geld und Sachbezügen zusteht (§ 10 III KSchG), also der volle Betrag ohne Abzüge für Lohnsteuer und Sozialversicherung³⁷³. Bezüge, die für die Arbeit eines längeren Zeitraums, insbesondere für das ganze Jahr gewährt werden (z.B. Tantiemen, 13. oder 14. Monatsgehalt, Jahresabschlussvergütungen) müssen auf

³⁷⁰ KR-Spilger § 10 KSchG Rdnr. 43; APS/Biebl § 10 KSchG Rdnr. 11; a.A. LAG Rheinland-Pfalz vom 16.12.1994 – 3 Sa 761/94 n.v. und vHH/L/Linck § 10 Rdnr. 29, wonach für die Bemessung der Abfindung wie für die Beurteilung des Auflösungsantrags die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich sein sollen.

³⁷¹ KR-Spilger § 10 KSchG Rdnr. 37; ErfK/Kiel § 10 KSchG Rdnr. 59.

³⁷² ErfK/Kiel § 10 KSchG Rdnr. 4; vgl. auch KR-Spilger § 10 KSchG Rdnr. 37.

³⁷³ Kittner/Däubler/Zwanziger § 10 Rdnr. 18.

II. Materielle Voraussetzungen

die einzelnen Monate gleichmäßig verteilt werden. Von Bedeutung ist, dass § 10 III KSchG zur Ermittlung des maßgeblichen Monatsverdiensts an den Tantiemeanspruch im Auflösungsmonat (§ 9 II KSchG) anknüpft, also nicht an eine Durchschnittstantieme (etwa der letzten drei Jahre wie in § 74b II HGB zur Ermittlung der Karenzentschädigung). Im Rahmen von § 10 KSchG kann deshalb nur auf das konkrete Tantiemejahr abgestellt werden, was aber Probleme aufwirft, wenn das Arbeitsverhältnis z. B. am 30. 6. eines Kalenderjahres endet und das Auflösungsurteil zu einem Zeitpunkt ergeht, in dem die Jahrestantieme und damit die maßgebliche monatliche Tantieme überhaupt noch nicht feststeht. In diesem Fall muss es dem Arbeitsgericht gestattet sein, unter Berücksichtigung des Vortrags der Parteien eine Schätzung vorzunehmen. Entsprechendes gilt für Umsatztantiemen und -beteiligungen. Besteht die dem Arbeitnehmer zustehende Grundvergütung in **Akkordlohn**, so ist unter Zugrundelegung der für ihn regelmäßigen Arbeitszeit zu ermitteln, welchen Betrag er im Auflösungsmonat vermutlich verdient hätte³⁷⁴. Weiterhin sind **Zulagen** (z. B. Gefahrenzulagen, Schichtzuschläge, Nachtarbeitszuschläge, Prämien, Provisionen) zu berücksichtigen. Dagegen sind Zuwendungen mit Aufwendersersatzcharakter (z. B. Schmutzzulagen, Spesen) ebenso wenig in Ansatz zu bringen wie Beträge oder geldwerte Leistungen, die nur bei besonderer Gelegenheit gezahlt bzw. gewährt werden, z. B. Weihnachts-, Urlaubsgeld oder Jubiläumsgeschenke³⁷⁵. Beträge, die ausfallen, können aber im Rahmen der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden. Bei der Umrechnung der **Sachbezüge** ist der wahre Wert anzusetzen. Die Sätze der Finanzbehörden und Sozialversicherungsträger sind für die Gerichte nicht bindend.

Bei der Frage, was angemessen ist, hat das Gericht alle Umstände in Betracht zu ziehen, die eine Erhöhung oder Ermäßigung der Abfindung als billig erscheinen lassen. Dazu gehören vor allem die **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und das Alter des Arbeitnehmers. Dem Lebensalter kommt allerdings eine ambivalente Funktion zu: Wenn die Auflösung kurze Zeit vor Vollendung des 67. Lebensjahres liegt, kann dies durchaus zu einer relativ geringen Abfindung führen. **Weitere Bemessungsfaktoren** sind vor allem Familienstand, Unterhaltspflichten, Entlassungsfolgen, Chancen auf dem Arbeitsmarkt, Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist, Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung, Mitverursachung der Auflösungsgründe durch den Arbeitnehmer³⁷⁶, Verlust verfallbarer Versorgungsansprüchen³⁷⁷, ideelle Nachteile für den Arbeitnehmer, wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers. Diskutiert worden ist auch, ob die Zeit der Freistellung während der laufenden Kündigungsfrist als einer der Faktoren bei der Bemessung der Höhe der Abfindung zu beachten ist³⁷⁸. U. E. ist grds. davon auszugehen, dass eine einvernehmliche bezahlte Freistellung als „abfindungsneutral“ anzusehen ist³⁷⁹. Anspruchsmindernd kann dagegen berücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit gefunden hat („Chancen auf dem Arbeitsmarkt“). Dies gilt erst recht dann, wenn die neue Tätigkeit schon während des Laufs der Kündigungsfrist aufgenommen worden ist und der bisherige Arbeitgeber auf eine Anrechnung des anderweitigen Verdienstes nach § 615 S. 2

³⁷⁴ KR-Spilger § 10 KSchG Rdnr. 33.

³⁷⁵ KR-Spilger § 10 KSchG Rdnr. 33; vHH/L/Linck § 10 Rdnr. 16; a. A. Löwisch/Spinner § 10 Rdnr. 3 für Urlaubsgelder, Gratifikationen o. ä.

³⁷⁶ LAG Düsseldorf vom 29.11.1994, BB 1995, 523 Ls; vgl. auch LAG Köln vom 15.9.1994, BB 1995, 523 Ls.

³⁷⁷ BAG vom 12.6.2003, BB 2003, 2747: Berücksichtigung als Schadensposition nur im Rahmen der §§ 9, 10 KSchG und nicht nach § 628 II BGB oder aus dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung nach §§ 280, 286 BGB analog!

³⁷⁸ Bejahend: Gerauer BB 1993, 2382.

³⁷⁹ Vgl. auch Mayerhofer BB 1993, 2382.

B. Grundzüge des Kündigungsschutzes

BGB verzichtet hat (vgl. Rdnr. C 203, 216f.). Nicht zu beanstanden ist es, wenn auch eine dem Arbeitsverhältnis vorgelagerte Dienstzeit als vertretungsberechtigtes Organmitglied berücksichtigt wird (vgl. aber Rdnr. B 55 zur Berücksichtigung solcher Dienstzeiten bei der Wartezeit nach § 1 KSchG). Maßgebend sind im Übrigen die Verhältnisse zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz. Erleidet ein Arbeitnehmer durch die rechtskräftige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG außer dem Verlust seines Arbeitsplatzes weitere Nachteile, kommt ein **Schadensersatzanspruch** weder nach § 628 II BGB noch nach § 280 I BGB in Betracht.

185 In der gerichtlichen Praxis hat sich eine gewisse **Schematisierung** bei der Ermittlung der Abfindungshöhe durchgesetzt, wenn auch unstreitig die Regel des § 87 BetrRG 1920 keine Gültigkeit mehr hat. Danach durfte für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit nur ein Monatsverdienst zugrunde gelegt werden. Diese (überholte) Regel gibt der Praxis noch heute einen Anhaltspunkt: Selten wird mehr als ein Monatsverdienst pro Jahr der Betriebszugehörigkeit festgesetzt. Liegen keine besonderen Umstände vor, bewegen sich die Abfindungen erfahrungsgemäß zwischen einem halben bis einem Monatsgehalt pro Jahr Betriebszugehörigkeit, natürlich unter Beachtung der jeweils zulässigen Höchstgrenze.

186 **Achtung:**

Gelegentlich finden sich in Anstellungsverträgen mit Führungskräften, auch wenn sie keine Organmitglieder sind, Abfindungszusagen (z.B. ein Monatsgehalt pro Jahr Betriebszugehörigkeit) für den Fall einer wirksamen ordentlichen betriebsbedingten Kündigung und/oder einer unwirksamen fristlosen/ordentlichen Kündigung gleich welcher Art. Solche Abfindungen sind u.E. auf etwaige Abfindungen nach §§ 9, 10 KSchG anzurechnen, auch wenn dazu im Vertrag nichts geregelt ist.

187 Da das Arbeitsverhältnis bei einer **unwirksamen fristlosen Kündigung** nach § 13 I 4 KSchG zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (anders aber, wenn der Arbeitgeber sich auf eine hilfsweise ordentliche Kündigung beruft) aufzulösen ist, ist in diesem Fall bei der Bemessung der Abfindung der während der ordentlichen Kündigungsfrist entgehende Verdienst zu berücksichtigen, allerdings nur im Rahmen des § 10 KSchG.

188 Da das Gericht von Amts wegen über die Höhe der Abfindung zu befinden hat, ist es an Anträge nicht gebunden. § 9 I KSchG schließt die Anwendung von § 308 I 1 ZPO aus³⁸⁰. Selbstverständlich bleibt es der Partei unbenommen, einen **bezahlten Antrag** (z.B. „mindestens aber . . .“) zu stellen; dann sind ihr aber nach § 92 ZPO auch anteilige Kosten aufzuerlegen, wenn das Gericht dem Antrag nicht in voller Höhe entspricht. Eine „Anregung“ außerhalb der Antragstellung ist deshalb vorzuziehen³⁸¹.

kk) Rechtsfolgen bei Abfindungen

189 Der Anspruch auf die Abfindung entsteht erst durch die richterliche Festsetzung und wird frühestens zum Zeitpunkt des festgesetzten Endes des Arbeitsverhältnisses fällig³⁸². Daraus folgt weiter, dass der obsiegende Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt eine **Verzinsung** verlangen kann³⁸³.

³⁸⁰ BAG vom 26.6.1986, NZA 1987, 139.

³⁸¹ Vgl. auch *Lepke* BB 1990, 273 zum unbezahlten Zahlungsanspruch; vgl. zur Beschwer Rdnr. B 125.

³⁸² BAG vom 13.5.1969, BB 1969, 998.

³⁸³ BAG vom 9.12.1987, AP Nr. 4 zu § 62 ArbGG 1979; KR-*Spilger* § 10 KSchG Rdnr. 19; vgl. auch vHH/L/*Linck* § 10 Rdnr. 26, der etwas ungenau meint, der Arbeitnehmer könne „ab richterlicher Festsetzung und somit vor Eintritt der Rechtskraft“ eine Verzinsung verlangen.

II. Materielle Voraussetzungen

Das Antragsrecht des Arbeitnehmers nach §§ 9, 10, 13 KSchG ist **nicht vererblich**, da es höchstpersönlicher Natur ist (vgl. Rdnr. C 33 und 20ff. zur Vererbbarkeit von vereinbarten Abfindungen und Abfindungen gem. § 1a KSchG). Hatte der Arbeitnehmer schon vor seinem Tode den Auflösungsantrag gestellt, so können auch die Erben die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG weiterbetreiben, allerdings nur, wenn der Arbeitnehmer erst nach Ablauf der Kündigungsfrist verstorben ist³⁸⁴. Vererblich ist der sich aus der rechtskräftigen Verurteilung ergebende Abfindungsanspruch³⁸⁵, und zwar auch dann, wenn das Auflösungsurteil vor dem nach § 9 II KSchG zu bestimmenden Auflösungszeitpunkt (vgl. Rdnr. B 176) rechtskräftig wird, was bei langen Kündigungsfristen möglich ist.

Urteile im Kündigungsschutzprozess auf Zahlung einer Abfindung nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses sind **vorläufig vollstreckbar** nach § 62 I 1 ArbGG³⁸⁶. Der Umstand, dass es sich bei der Entscheidung nach §§ 9, 10 KSchG um ein **Gestaltungsurteil** handelt, soll nicht zur Unanwendbarkeit des § 62 I ArbGG führen³⁸⁷. Der Schutzantrag nach § 62 I 2 ArbGG darf deshalb ggfs. nicht vergessen werden. Stellt sich nämlich in zweiter Instanz heraus, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt war und deshalb die Festsetzung der Abfindung zu Unrecht erfolgt ist, ist es oft schwer, eine inzwischen vom Arbeitnehmer begetriebene Abfindung zurückzuerhalten³⁸⁸. Selbst nicht gerade arme Arbeitnehmer neigen gelegentlich dazu, sich – nicht selten erfolgreich – auf Entreicherung nach § 818 III BGB zu berufen. Da der Anspruch auf Abfindung im Übrigen durch die richterliche Festsetzung im Urteil entsteht, wird er bereits zu diesem Zeitpunkt **fällig**, frühestens jedoch zum festgesetzten Ende des Arbeitsverhältnisses³⁸⁹.

Die durch gerichtlichen Vergleich vereinbarte Abfindung fällt unter den Begriff **„Arbeitseinkommen“** i.S.d. § 850 ZPO³⁹⁰. Sie kann deshalb nur nach Maßgabe der §§ 850a bis 850i ZPO gepfändet werden (§ 850 I ZPO). Das BAG begründet seine Auffassung damit, dass die Vorschriften über den **Lohnpfändungsschutz** den Lebensunterhalt sichern sollen, indem sie bestimmen, dass dem Schuldner ein Teil der gepfändeten Forderungen verbleiben soll³⁹¹. Daraus schließt es:

„Dem Lebensunterhalt des Arbeitnehmers dienen i. d. R. alle Bezüge, die er vom Arbeitgeber erhält. Deshalb ist es gerechtfertigt, als Arbeitseinkommen i. S. v. § 850 ZPO nicht nur den eigentlichen Arbeitslohn, sondern auch alle sonstigen sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Entgeltansprüche des Arbeitnehmers anzusehen.“

Die rechtliche Einordnung der Abfindung als „Arbeitseinkommen“ bewirkt, dass ein formularmäßig erlassener Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auch die Abfindung erfasst³⁹². Für die Abfindungen gelten aber nicht die **Pfändungsgrenzen** des

³⁸⁴ KR-Spilger § 10 Rdnr. 18; vHH/L/Linck § 10 Rdnr. 40.

³⁸⁵ BAG vom 25.6.1987, DB 1988, 864 unter II.4.d) cc) der Gründe; Löwisch/Spinner § 10 Rdnr. 39; KR-Spilger a. a. O.

³⁸⁶ BAG vom 9.12.1987, NZA 1988, 329.

³⁸⁷ KR-Spilger § 9 KSchG Rdnr. 96 m. w. N.

³⁸⁸ Müller/Bauer IV. 6. a.

³⁸⁹ BAG vom 13.5.1969, AP Nr. 4 zu § 62 ArbGG 1979; vgl. Rdnr. C 29 zur Fälligkeit vereinbarter Abfindungen.

³⁹⁰ BAG vom 12.9.1979, DB 1980, 358.

³⁹¹ Ebenso SPV/Vossen Rdnr. 2146; KR/Spilger § 10 KSchG Rdnr. 17; Löwisch/Spinner § 10 Rdnr. 23; Neumann AR-Blattei Kündigungsschutz VI, H II 2, 3; Thomas/Putzo/Seiler § 850i Rdnr. 2; vHH/L/Linck § 10 Rdnr. 32.

³⁹² BAG vom 12.9.1979, DB 1980, 358.

B. Grundzüge des Kündigungsschutzes

§ 850c ZPO; diese Vorschrift setzt nämlich Arbeitseinkommen für einen fest umrissenen Zeitraum voraus. Anwendbar ist dagegen § 850i ZPO, wonach bei der Pfändung einer „nicht wiederkehrend zahlbaren Vergütung für persönlich geleistete Arbeiten oder Dienste“ das Gericht dem Schuldner auf Antrag soviel zu belassen hat, wie er während eines angemessenen Zeitraums für seinen Lebensunterhalt braucht³⁹³. Handelt es sich um eine „echte“ Abfindung i. S. d. §§ 9, 10 KSchG – also um eine durch Urteil festgesetzte –, gelten die vom BAG entwickelten Grundsätze zur Pfändbarkeit selbstverständlich ebenfalls. Der durch Urteil festgesetzte Abfindungsanspruch **verjährt** in 30 Jahren (§ 197 I Nr. 3 BGB).

- 194 Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil nach §§ 9, 10 KSchG löst keine Sperrzeit nach § 159 SGB III aus (vgl. Rdnr. H 104). Bei einer festgesetzten Abfindung handelt es sich **weder** um **Karenzentschädigung** i. S. d. § 74 II HGB, noch ist eine solche Abfindung im Rahmen des § 74c I 1 HGB anrechenbar³⁹⁴. Weitere Rechtsfragen ergeben sich bei der Behandlung gerichtlich oder außergerichtlich **ausgehandelter Abfindungen** (vgl. Rdnr. C 8 ff., 29 ff.).

f) Taktische Erwägungen der Parteien nach Annahme einer neuen Stelle durch den Arbeitnehmer während eines laufenden Kündigungsschutzverfahrens

- 195 § 12 KSchG räumt dem Arbeitnehmer nach rechtskräftig gewonnenem Kündigungsschutzprozess eine **Wahlmöglichkeit** ein, wenn er inzwischen ein neues Arbeitsverhältnis³⁹⁵ bei einem anderen Arbeitgeber angetreten hat. Der Arbeitnehmer kann nämlich binnen einer Woche nach der Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern. Die Vorschrift spielt in der betrieblichen Praxis unmittelbar keine große Rolle, da zum einen der Großteil der Kündigungsschutzverfahren durch Vergleich endet, zum anderen nur wenige Arbeitnehmer, die einen neuen Arbeitgeber gefunden haben, auf ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren. § 12 KSchG kann aber durchaus mittelbare Bedeutung haben, weil die Bestimmung geeignet ist, die Taktik der Parteien während des Prozesses und damit zusammenhängender Aufhebungsverhandlungen zu beeinflussen³⁹⁶.
- 196 Erfährt der alte Arbeitgeber während des Kündigungsschutzprozesses, dass der Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist, kann dies erhebliche **Auswirkungen auf die Höhe der Abfindung** im Rahmen eines Vergleichs haben. Der Arbeitgeber kann u. U. riskieren, den Prozess zu verlieren, wenn er aufgrund konkreter Anhaltspunkte annehmen kann, dass der Arbeitnehmer auch bei Obsiegen im Prozess nicht mehr auf den alten Arbeitsplatz zurückkehren wird und eine Vergütungsfortzahlung wegen der Anrechnung des neuen Verdienstes nach § 12 S. 4 u. 5 KSchG i. V. m. § 11 KSchG (vgl. Rdnr. B 199) teilweise oder ganz entfällt (vgl. Rdnr. C 221 zur Anrechnung anderweitigen Verdienstes wegen böswilligen Unterlassens). Dem kann der Arbeitnehmer auch nicht einfach im Laufe des Verfahrens durch einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG entgegenwirken, um in den Genuss einer Abfin-

³⁹³ BAG vom 12.9.1979, DB 1980, 358.

³⁹⁴ LAG Hamm vom 30.3.2000, EzA-SD 12/2000, S. 9.

³⁹⁵ Vgl. BAG vom 25.10.2007, RdA 2008, 298 mit Anm. *Diller*, wonach sich der Arbeitnehmer nicht auf § 12 KSchG berufen kann, wenn er eine freiberufliche Tätigkeit aufnimmt. Dem Zweck des Gesetzes entspricht aber ein Dienstvertrag als vertretungsberechtigtes Organmitglied (ebenso vHH/L/Linck § 12 Rdnr. 2).

³⁹⁶ Vgl. *Bauer* BB 1993, 2444; vgl. auch *Brill* DB 1983, 2519.