

## Abfindung

### A. Arbeitsrecht

Eisemann

#### Übersicht

	Rz		Rz
1. Arten der Abfindungen .....	1–9	c) Antrag des Arbeitgebers .....	23–29
a) Vereinbarte Abfindung .....	1, 2	d) Beiderseitiger Antrag .....	30
b) Betriebsbedingte Abfindung .....	3–8	e) Auflösungszeitpunkt .....	31, 32
c) Auflösungsabfindung .....	9	f) Abfindungshöhe .....	33–36
2. Auflösungsabfindung im Einzelnen ...	10–39	g) Sonstiges .....	37–39
a) Sozialwidrigkeit .....	13–16	3. Verfahrensfragen .....	40
b) Antrag des Arbeitnehmers .....	17–22		

**1. Arten der Abfindungen.** Abfindungen für den Verlust des Arbeitsplatzes kennt das Gesetz im *Sozialplan*, beim *Nachteilsausgleich* und im KSchG. Sie können auch vereinbart werden.

**a) Vereinbarte Abfindung.** Durch einzelvertraglich vereinbarte Abfindungen werden Ansprüche aus einem **Sozialplan** nach § 77 Abs 4 Satz 2 BetrVG in ihrem Bestand nicht berührt. Ob und inwieweit der eine Anspruch auf den anderen angerechnet werden kann, ist eine Frage der Auslegung der getroffenen Vereinbarungen (BAG 27. 4. 95, DB 96, 28). Sozialplanansprüche können jedenfalls nicht unterschritten werden. Die Rechte des BRats sind der Verfügung einzelner ArbN entzogen (BAG 9. 5. 95, DB 95, 2075). Die einzelvertragliche Vereinbarung von Nachzahlungen aus einem künftigen und möglicherweise günstigeren Sozialplan sichern gerade für die ArbN Zahlungen aus dem Sozialplan, die von seinem Geltungsbereich nicht erfasst werden (BAG 6. 8. 97 – 10 AZR 66/97, NZA 98, 155).

Vereinbarte Abfindungen müssen sich am **Gleichbehandlungsgrundsatz** ausrichten. Eine Gruppenbildung erfordert daher einen nach dem Zweck der Leistung gerechtfertigten Sachgrund und darf vor allem nicht diskriminieren. Die Höhe der Abfindung darf daher nicht auf das **Lebensalter** bei Beginn einer Altersteilzeit abstellen (BAG 18. 9. 07 – 9 AZR 788/06). Die Zahlung der vereinbarten Abfindung darf davon abhängig gemacht werden, dass der ArbN **keine Klage** gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhebt (BAG 15. 2. 05 – 9 AZR 116/04, NZA 05, 1117). Weder der Gleichbehandlungsgrundsatz noch das Maßregelungsverbot des § 612a BGB werden damit verletzt. Die Gruppenbildung ist sachgerecht. Wer Kündigungsschutzklage erhebt, wird nicht gemäßregelt. Er erhält nur die für den Verzicht auf Klage versprochene Gegenleistung nicht. Die Unwirksamkeit einer entsprechenden Regelung im Sozialplan folgt aus seinem Zweck (BAG 31. 5. 05 – 1 AZR 254/04, NZA 05, 997; s. *Sozialplan* Rz 21), der hier keine Rolle spielt. Es stellt keine unzulässige Benachteiligung nach § 4 Abs 1 Satz 2 TzBfG dar, wenn der ArbGeb **Teilzeitbeschäftigten** nur eine Abfindung „pro rata temporis“ anbietet (BAG 13. 2. 07 – 9 AZR 729/05, NZA 07, 860).

Wird eine Abfindung einzelvertraglich „**brutto = netto**“ vereinbart, bedeutet dies allein nicht, dass der ArbGeb die Steuern und Sozialabgaben trägt. Dies kann sich nur aus den Begleitumständen bei Abschluss der Vereinbarung ergeben (BAG 21. 11. 85 – 2 AZR 6/85 – nv). Es empfiehlt sich daher, eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Verteilung der Abgabenlast im Vertragstext selbst unmissverständlich zu regeln. Der Anspruch des ArbN auf Zahlung einer Abfindung geht in Höhe des im Ruhenszeitraum bezogenen AlGeldes nach den §§ 117, 115 Abs 1 SGB X auf die BA über. Wollen ArbN und ArbGeb im Innenverhältnis davon abweichen, müssen sie das vereinbaren. Eine allgemeine Ausgleichsklausel reicht hierfür nicht aus (BAG 9. 10. 96, DB 97, 680). Ohne eine solche Vereinbarung darf der ArbGeb die Abfindung um den von ihm an die BA iHd AlGeldes geleisteten Betrag kürzen (zu anderen Fällen der Anrechnung von Abfindungen auf Leistungen der BfA Rz 66 ff). Die Anrechnung einer im Aufhebungsvertrag enthaltenen Abfindung nach den

## 1 Abfindung

§§ 9, 10 KSchG auf künftige **Betriebsrentenansprüche** lässt sich nicht wirksam vereinbaren (BAG 24. 3. 98 – 3 AZR 800/96, NZA 98, 1280). Nach Eintritt des Versorgungsfalles endet das Abfindungsverbot in § 3 BetrAVG. Die Ansprüche dürfen jetzt kapitalisiert und abgefunden werden (BAG 21. 3. 2000 – 3 AZR 127/99, NZA 01, 1308). Soll die vereinbarte Abfindung mit einer möglicherweise schon vor Vollendung des 60. Lebensjahres entstehenden betrieblichen Invalidenrente verrechnet werden, ist die darin enthaltene aufschiebend bedingte Tilgungsbestimmung nach § 3 Abs 1 BetrAVG unwirksam (BAG 17. 10. 2000 – 3 AZR 7/00, NZA 01, 963). Zahlt ein ArbGeb nach Schließen seines Betriebes **freiwillig Abfindungen**, sind die Leistungen nach dem von ihm bestimmten Verteilungsschlüssel am **Gleichbehandlungsgrundsatz** zu messen. Dabei kann es gerechtfertigt sein, ArbN von Zahlungen auszunehmen, die das Arbeitsverhältnis vorzeitig durch Aufhebungsvertrag aufgelöst (BAG 25. 11. 93, DB 94, 1089) oder selbst gekündigt haben (BAG 8. 3. 95, DB 95, 1239), nachdem sie eine andere Beschäftigung gefunden hatten. Ob der Anspruch auf die in einem **Aufhebungsvertrag** vereinbarte Abfindung entsteht, wenn der ArbN vor der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses stirbt, hängt vom Inhalt der Vereinbarung ab (BAG 16. 5. 2000 – 9 AZR 277/99, NZA 2000, 1236). Ein **Abfindungsvergleich** kann dem Wiedereinstellungsanspruch entgegenstehen (BAG 28. 6. 2000 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097; s. *Wiedereinstellungsanspruch* Rz 3). Bei **Führungskräften** finden sich Vereinbarungen über die Zahlung einer Abfindung bei (auch einseitiger) Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht selten bereits im **Arbeitsvertrag**. Sie nehmen ihnen nicht den Kündigungsschutz, auf den sie selbst gegen Bezahlung nicht vorab verzichten können (s. *Verzicht* Rz 2). Arbeitsvertragliche Abfindungen sind auch nicht im Rahmen der sozialen Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen zu berücksichtigen. Für **leitende Angestellte** bedeutet die vertraglich vereinbarte Abfindung vor dem Hintergrund des § 14 Abs 2 Satz 2 KSchG jedenfalls de facto den Verlust von Kündigungsschutz, wenn sie die Höchstsätze des § 10 KSchG übersteigt.

- 3 **b) Betriebsbedingte Abfindung.** Nach § 1 a Abs 1 KSchG kann der ArbGeb im Geltungsbereich dieses Gesetzes (ErfK/*Ascheid* KSchG § 1 a Rz 3) seit dem 1. 1. 04 dem ArbN bei einer **betriebsbedingten Kündigung** seinen Arbeitsplatz nach festen Sätzen „abkaufen“. Dies gilt ebenso für eine aus dringenden betrieblichen Gründen ausgesprochene **Änderungskündigung**, soweit sie wegen Nichtannahme oder vorbehaltloser Ablehnung des Änderungsangebots zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt (BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 663/06, NZA 08, 528). Der ArbGeb muss die Kündigung mit dem **Hinweis** verbinden, dass er sie auf dringende betriebliche Erfordernisse stützt und dass der ArbN eine Abfindung beanspruchen kann, wenn er daraufhin die Klagefrist für eine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG verstreichen lässt. Ein Hinweis auf die abstrakte oder konkrete Höhe der Abfindung ist ebenso wenig erforderlich, wie der ausdrückliche Hinweis auf § 1 a Abs. 2 KSchG (BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 807/06, NZA 08, 904). Der Anspruch entsteht selbst dann im gesetzlichen Umfang, wenn der ArbGeb mit dem Hinweis auf § 1 a KSchG die Angabe eines zu niedrigen Betrags verbindet, aber zugleich zu verstehen gibt, er wolle eine Abfindung in der gesetzlichen Höhe zahlen (BAG 19. 6. 07 – 1 AZR 340/06, NZA 07, 1357).

Wie der Wortlaut zeigt, führt nur der schriftliche Hinweis nach Abs 1 zum Anspruch auf Abfindung (*Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 1167 f). Er muss „in der Kündigungserklärung“ enthalten sein, die ihrerseits nach § 623 BGB für ihre Wirksamkeit die **Schriftform** voraussetzt. Er kann aus dem gleichen Grund ebenso wenig vorab erteilt oder nachgeholt werden. Im letzteren Fall würde der ArbGeb im Übrigen die Überlegungsfrist des ArbN, die sich aus der Dauer der Klagefrist nach § 4 KSchG ergibt, unzulässig verkürzen. Bei form- und fristgerechtem Hinweis steht dem nicht klagenden ArbN eine Abfindung zu. Der erfolgreiche Hinweis soll dem ArbG einen Kündigungsschutzprozess ersparen. Der Anspruch auf die betriebsbedingte Abfindung entfällt daher, wenn der ArbN **verspätet Kündigungsschutzklage** erhebt oder sich auf andere Weise vor oder nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG gerichtlich gegen die Kündigung zur Wehr setzt (BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 971/06, NZA 08, 696), selbst wenn er mit einer **Klagerücknahme** den Prozess beendet (BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 971/06, NZA 08, 696). Der Betroffene hat die Klagefrist für die Kündigungsschutzklage nicht „verstreichen“ lassen unabhängig davon, dass die Klage prozessual nach § 263 Abs 3 ZPO nicht anhängig geworden ist. Die prozessuale Rechtsfolge schlägt nicht auf den materiellen Anspruch durch.

## Abfindung 1

Die betriebsbedingte Abfindung ist mit dem Ablauf der Kündigungsfrist **fällig**. Tarifliche Kündigungsfristen können nach § 622 Abs 4 BGB kürzer sein als die dreiwöchige Klagfrist des § 4 KSchG. In diesem Fall tritt die Fälligkeit bei Ablauf der Klagfrist ein, weil der Anspruch vorher nicht entstehen kann. Nach Auffassung des BAG (10. 5. 07 – 2 AZR 45/06, NZA 07, 1043) **entsteht** der Anspruch auch erst nach Ablauf der Kündigungsfrist. Endet das Arbeitsverhältnis vorher durch Tod des ArbN, kann der Anspruch deshalb nicht nach § 1922 BGB auf dessen Erben übergehen. Die **Höhe** der Abfindung beträgt nach § 1 a Abs 2 KSchG 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Dabei sind Zeiträume von mehr als sechs Monaten auf ein Jahr aufzurunden. Als Monatsverdienst gilt wie bei der Auflösungsabfindung nach § 10 Abs 3 KSchG der Monatsbruttobezug im letzten Monat des Arbeitsverhältnisses (Einzelheiten Rz 33). Anders als dort fehlt bei der betriebsbedingten Abfindung die absolute Höchstbegrenzung. Die Abfindung wird daher bei einer Beschäftigung von mehr als 24 Jahren auch dann höher als 12 Bruttomonatsverdienste sein, wenn der ArbN das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

Der Anspruch entsteht ebenso, wenn der ArbGeb gegenüber **besonders geschützten Personen** – BRäte, Schwangere, Mitarbeiter in Elternzeit, schwerbehinderte Menschen – die Kündigung mit dem Hinweis nach § 1 a KSchG verbindet, ohne die jeweiligen „Vorverfahren“ eingehalten zu haben. Es geht nicht um die (sichere) Unwirksamkeit dieser Kündigungen, sondern um die Entstehung eines Abfindungsanspruchs. Die neue Klagfrist des § 4 KSchG gilt für alle Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung. § 1 a KSchG erfasst daher auch ArbN, deren Kündigung aus anderen als den im KSchG genannten Tatbeständen unwirksam ist (vgl. *Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 1167 c). Der ArbGeb ist auch dann verpflichtet, die Abfindung zu zahlen, wenn der ArbN auf den Hinweis hin keine Klage erhoben hat und betriebsbedingte Gründe bei Ausspruch der Kündigung in Wahrheit fehlten (*Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 1167 e). Anspruchs begründend ist allein der angegebene Kündigungsgrund zusammen mit dem Hinweis des ArbGeb im Kündigungsschreiben. Der Hinweis nach § 1 a KSchG hindert den ArbGeb jedoch nicht, die Kündigung im **Prozess** auch oder ausschließlich auf andere Gründe zu stützen. Die Vorschrift löst kein Verwertungsverbot für andere Kündigungsgründe aus. Sie regelt die Voraussetzungen für das Entstehen eines Abfindungsanspruchs. Sie ändert weder das Kündigungsrecht noch das Prozessrecht im Übrigen. Begrenzungen der Möglichkeiten des Arbeitgebers, Kündigungsgründe auszuwechseln ergeben sich daher auch nach Einführung des § 1 a KSchG allein aus den Mitbestimmungsvorschriften und dem Prozessrecht (s hierzu *Kündigung, allgemein* Rz 71 ff). Die **Anfechtung** des Hinweises nach Abs 1 oder einer im Nichterheben einer Kündigungsschutzklage liegenden konkludenten „Annahme des Angebotes“ sind ausgeschlossen. Die betriebsbedingte Abfindung kommt nicht durch Vereinbarung zustande. Es handelt sich um einen gesetzlichen Anspruch, der weder ein Angebot, noch seine Annahme voraussetzt (offen gelassen in BAG 10. 5. 07 – 2 AZR 45/06, NZA 07, 1043; aA *Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 1167). Der ArbGeb weist nur auf eine Rechtslage hin, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Der ArbN nimmt kein Angebot an, er schafft nur durch Nichterheben der Klage die tatsächlichen Voraussetzungen für den Abfindungsanspruch. So kann der ArbN keine „Annahmeerklärung“ anfechten, wenn sich später die Zahlungsunfähigkeit des ArbGeb herausstellt oder betriebsbedingte Gründe für die Kündigung in Wahrheit fehlten. Im Einzelfall kann dies aber die nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage rechtfertigen.

Eine **Anrechnung** betriebsbedingter Abfindungen auf Abfindungen aus einem Sozialplan findet von Gesetzes wegen nicht statt (*Rolffs ZIP* 04, 333; aA *Preis* DB 04, 70). Hier handelt es sich um einen individuellen Anspruch aus dem KSchG, dort um einen betriebsverfassungsrechtlichen, der gerade nicht daran geknüpft werden darf, dass der ArbN auf die Klage verzichtet (s *Sozialplan* Rz 21). Die Anrechnung darf aber im Sozialplan selbst geregelt werden (BAG 19. 6. 07 – 1 AZR 340/06, NZA 07, 1357).

Die **Vereinbarung von Abfindungen** bleibt von der gesetzlichen Neuregelung unberührt. Dem ArbGeb bleibt unbenommen, entsprechende Angebote mit höheren oder geringeren Abfindungen zu machen (BAG 10. 7. 08 – 2 AZR 209/07; BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 807/06, NZA 08, 904). Dann handelt es sich jedoch nicht um eine „betriebsbedingte Abfindung“ nach § 1 a KSchG, sondern um das Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages, dessen Wirksamkeit sich nach den allge meinen Regeln richtet. Das Angebot des ArbGeb muss daher vom ArbN zumindest konkludent angenommen werden, soweit nicht

## 1 Abfindung

der ArbGeb nach § 151 BGB hierauf verzichtet hat oder eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Ob ein ArbGeb das Verfahren nach § 1 a KSchG einleitet oder ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages macht, hängt von der **Auslegung** aller in diesem Zusammenhang von ihm abgegebenen Erklärungen und den Umständen des Einzelfalles ab (BAG 10. 7. 08 – 2 AZR 209/07; BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 807/06, NZA 08, 904). Dabei darf nicht vorschnell auf ein Angebot auf Abschluss einer von § 1 a KSchG losgelösten Vereinbarung geschlossen werden. Dieser Wille muss sich vielmehr eindeutig und unmissverständlich aus dem Kündigungsschreiben ergeben. Enthält das Kündigungsschreiben einen vollständigen Hinweis nach § 1 a KSchG, spricht dies für einen Anspruch nach dieser Vorschrift (BAG 10. 7. 08 – 2 AZR 209/07; BAG 13. 12. 07 – 2 AZR 807/06, NZA 08, 904).

- 8 Ob der in § 1 a KSchG normierte Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage eine **Sperrzeit** nach § 144 SGB III auslöst, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht mit Sicherheit entnehmen. Das BSG hat zuletzt darauf abgestellt, ob ArbGeb und ArbN eine Vereinbarung über die Wirksamkeit oder Hinnahme der Kündigung getroffen haben (BSG 18. 12. 03 – B 11 AL 35/03 R). Die Lösung liegt wohl in diesem „Untätigkeitsgebot“. Wer keine Vereinbarung mit dem ArbGeb trifft, muss nicht mit einer Sperrfrist rechnen. Ebenso verhält sich der ArbN, der wegen des Hinweises des ArbGeb nach § 1 a KSchG die Klagefrist verstreichen lässt. So sieht es auch die BA (DA 144, 19, Stand 1/2005; Einzelheiten *Sperrzeit* Rz 11).
- 9 **c) Auflösungsabfindung.** Das **Kündigungsschutzgesetz** dient in erster Linie dem Schutz der Arbeitsplätze. Bei sozialwidriger Kündigung soll die Klage zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses führen. Dieser Grundsatz wird auch durch §§ 9, 13, 14 KSchG durchbrochen. Danach kann das Arbeitsverhältnis bei Unwirksamkeit der Kündigung auf Antrag gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst werden. Das KSchG bietet jedoch – sieht man von § 1 a KSchG ab – kein beliebiges Wahlrecht zwischen Abfindung und Bestandsschutz. Die **Auflösung** gegen Abfindungszahlung **durch Urteil** des ArbG ist nur in bestimmten Fällen möglich. In der Praxis hat sich freilich diese Form der Beendigung eines Kündigungsschutzprozesses im Weg über den (gerichtlichen) Vergleich weitgehend durchgesetzt.

- 10 **2. Auflösungsabfindung im Einzelnen.** Stellt ein ArbG fest, dass ein Arbeitsverhältnis aus Gründen, die im KSchG liegen, nicht durch eine zuvor vom ArbGeb ausgesprochene Kündigung beendet ist, hat es nach § 9 KSchG auf Antrag dieses Arbeitsverhältnis aufzulösen. Der **Antrag des Arbeitnehmers** ist begründet, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann; der **Antrag des Arbeitgebers**, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht erwarten lassen. In beiden Fällen erfolgt die Auflösung gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in § 10 KSchG geregelt ist. Der Auflösungsantrag kann nach außerordentlicher Kündigung nur vom ArbN gestellt werden (§ 13 Abs 1 KSchG). Wurden Geschäftsführer, Betriebsleiter oä leitende Angestellte gekündigt, braucht der ArbGeb seinen Auflösungsantrag nach § 14 Abs 2 KSchG nicht zu begründen.

Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des ArbGeb bedeutet für den betroffenen ArbN den Verlust des Arbeitsplatzes trotz sozialwidriger Kündigung. Für den ArbGeb wird damit neben der Kündigung eine weitere Möglichkeit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen geschaffen. Die **Sozialwidrigkeit** der zuvor ausgesprochenen Kündigung macht es erforderlich, an die Voraussetzungen des vom ArbGeb gestellten Auflösungsantrages strenge Anforderungen zu stellen. Soweit der ArbN den Auflösungsantrag stellt, geht es letzten Endes darum, Bestandsschutz zu kapitalisieren. Bei der Bemessung der Abfindungszahlung darf daher nicht übersehen werden, dass der die Abfindung rechtfertigende Grund in erster Linie in der Sozialwidrigkeit der Kündigung liegt.

- 11 Die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG kann nur im **Kündigungsprozess** erfolgen. Ohne vorangegangene arbeitgeberseitige Kündigung und den vom ArbN anhängig gemachten Kündigungsschutzprozess besteht keine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis von ArbG durch Urteil auflösen zu lassen. Der entsprechende Antrag wäre unzulässig (BAG 29. 5. 59, DB 59, 920). Schon der zulässige – wenn auch unbegründete – Auflösungsantrag des ArbGeb soll dem ArbN den Anspruch auf Beschäftigung (s *Weiterbeschäftigungsanspruch* Rz 11, 12) für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses nehmen (BAG 16. 11. 95, DB 96, 838).

## Abfindung 1

Werden ArbN in **Kleinbetrieben** mit regelmäßig nicht mehr als zehn Beschäftigten (§ 23 Abs 1 KSchG) oder nicht länger als sechs Monate beschäftigte ArbN (§ 1 Abs 1 KSchG) gekündigt, können keine Auflösungsanträge gestellt werden. Der Auflösungsantrag setzt voraus, dass die Klage innerhalb der **Dreiwochenfrist** des § 4 KSchG erhoben oder trotz Verspätung nach § 5 KSchG zugelassen wurde, wie die §§ 1, 4, 9, 13 KSchG zeigen. 12

Das **Berufsausbildungsverhältnis** kann nach Kündigung nicht gegen Zahlung einer Abfindung durch Urte aufgelöst werden. Der Grund liegt im Zweck der Berufsausbildung, die verstärkten Bestandsschutz genießt (BAG 29. 11. 84, DB 85, 2515).

Unbenommen bleibt in jedem Fall, Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisse auch ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen durch Aufhebungsvertrag (§ Aufhebungsvertrag Rz 1 ff) – ggf gegen Zahlung einer Abfindung – zu beenden.

**a) Sozialwidrigkeit.** Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG setzt voraus, dass im Kündigungsschutzprozess die Sozialwidrigkeit der ArbGebSeitigen Kündigung durch Urte ausgesprochen wird. Wird die Klage abgewiesen, weil die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, kann der Auflösungsantrag nicht zuerkannt werden. Das Arbeitsverhältnis wurde schon durch Kündigung aufgelöst. Dasselbe gilt, wenn die Kündigung nach § 7 KSchG als wirksam gilt, weil der ArbN zu spät Klage erhoben hat (§ Kündigungsschutz Rz 104 ff). 13

Ist die Kündigung **nur aus anderen Gründen** als denen des Kündigungsschutzgesetzes (einschließlich des § 13 Abs 1 und 2 KSchG) unwirksam – zB wegen fehlender Anhörung des BRates – kann nach § 13 Abs 3 KSchG ein Auflösungsantrag nicht erfolgreich gestellt werden (BAG 29. 1. 81, DB 81, 2438). Ist die angegriffene Kündigung **nicht nur sozialwidrig**, sondern **auch aus anderen Gründen** unwirksam, obsiegt der ArbN mit seinem begründeten Auflösungsantrag, wenn das Gericht auch die Sozialwidrigkeit feststellt (BAG 29. 1. 81, DB 81, 2438). Der Auflösungsantrag des ArbGeb ist dagegen nur zulässig, wenn der von ihm geltend gemachte Kündigungssachverhalt lediglich nach § 1 KSchG wegen Sozialwidrigkeit zur Unwirksamkeit der Kündigung führt (BAG 30. 11. 89, DB 90, 993; BAG 21. 9. 2000 – 2 AZN 576/00, NZA 01, 102), es sei denn, die Unwirksamkeit aus anderen Gründen beruht auf einer Norm, die nicht den ArbN schützen will (BAG 10. 11. 94, DB 95, 735; BAG 27. 9. 01 – 2 AZR 389/00, NZA 02, 1171). Unschädlich ist es auch, wenn sich der ArbGeb daneben auf *weitere* Kündigungssachverhalte beruft, bei denen sich die Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen ergibt (BAG 21. 9. 2000 – 2 AZN 576/00, NZA 01, 102). Für die Auffassung des BAG spricht, dass es beim KSchG in erster Linie um den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses geht. Das KSchG ist kein Abfindungsgesetz. Die Privilegierung, sich trotz unwirksamer Kündigung gegen den Willen des Betroffenen aus einem Arbeitsverhältnis „herauskaufen“ zu dürfen, muss auf die Fälle beschränkt bleiben, wo das Arbeitsverhältnis allein aus Gründen des KSchG beendet ist. 14

Im Prozess um die Wirksamkeit einer **Änderungskündigung** kann der Auflösungsantrag nur gestellt werden, wenn der Vorbehalt nicht erklärt wurde (BAG 27. 9. 01 – 2 AZR 176/00, NZA 02, 1277). Denn nur in diesem Fall geht es um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Abfindungen wegen der mit einer Änderungskündigung verbundenen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sieht das Gesetz nicht vor, wie § 9 KSchG zeigt („durch die Kündigung nicht aufgelöst“). 15

Soll das Arbeitsverhältnis nach **außerordentlicher oder sittenwidriger Kündigung** aufgelöst werden, kommt es für den Auflösungsantrag nicht auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung sondern auf ihre Unwirksamkeit nach § 626 Abs 1 BGB bzw nach § 138 BGB an. 16

**b) Antrag des Arbeitnehmers.** Das Arbeitsverhältnis wird nicht „von Amts wegen“ sondern nur auf Antrag aufgelöst. Der ArbN kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verlangen, wenn ihm seine Fortsetzung nicht mehr zuzumuten ist. Der Begriff der **Unzumutbarkeit** deckt sich nicht mit dem in § 626 Abs 1 BGB. Der Antrag setzt also nicht voraus, dass der ArbN einen „wichtigen Grund“ vorträgt. Es reicht vielmehr aus, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den ArbN zu unzuträglichen Bedingungen führen würde (BAG 26. 11. 81, DB 82, 757). Das Gericht prüft im Rahmen von § 9 KSchG – anders als bei der außerordentlichen Kündigung (§ Kündigung, außerordentliche Rz 92 ff) – ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Dauer zumutbar ist. Das rechtfertigt den unterschiedlichen Bewertungsmaßstab. 17

## 1 Abfindung

- 18 Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Prüfung der Unzumutbarkeit ist der Zeitpunkt der Entscheidung über den Auflösungsantrag (BAG 30. 9. 76, DB 77, 358). Damit hat das Gericht in seine Überlegungen auch Geschehnisse einzubeziehen, die erst **nach Ausspruch der Kündigung** bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem LAG aufgetreten sind. Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Prüfung der Sozialwidrigkeit.
- 19 Bei der **Entscheidung** über den Auflösungsantrag des ArbN ist in Rechnung zu stellen, dass die Beziehungen der Arbeitsparteien durch den Ausspruch der sozialwidrigen Kündigung belastet sein können (LAG Frankfurt 16. 1. 80, DB 81, 122). Auf der anderen Seite begründet allein der Umstand, dass ein Kündigungsschutzprozess geführt wird, für sich allein nicht den Antrag des ArbN; ebenso wenig der Umstand, dass er inzwischen eine neue Arbeitsstelle gefunden hat. Andererseits hindert ihn die Annahme einer neuen Arbeit und selbst seine vorsorgliche Berufung auf § 12 KSchG nicht daran, den Auflösungsantrag zu stellen (BAG 19. 10. 72, DB 73, 726).
- 20 Als Auflösungsgründe kommen nur Umstände in Betracht, die in einem **inneren Zusammenhang** mit der Kündigung stehen oder im Laufe des Kündigungstreites entstanden sind. Ist dies nicht der Fall, kann der ArbN nur seinerseits kündigen. Unzutreffende, ehrverletzende Behauptungen des ArbGeb – auch schon in der Begründung der Kündigung, die durch Tatsachen begründete Besorgnis des ArbN, bei Rückkehr an den Arbeitsplatz ungerrecht behandelt zu werden oder erheblichen Spannungen mit den Arbeitskollegen ausgesetzt zu sein – etwa bei der Rückkehr an den Arbeitsplatz wegen fehlerhafter Sozialauswahl (LAG Hamm 23. 5. 75, DB 75, 1514) – können den Auflösungsantrag des ArbN begründen. Die Unzumutbarkeit kann sich aus dem Verhalten des ArbGeb im Prozess oder außerhalb des Prozesses (zB durch Erklärungen gegenüber Dritten) ergeben. Das Verhalten Dritter reicht aus, wenn es vom ArbGeb veranlasst, zumindest gebilligt wurde (BAG 14. 5. 87, DB 88, 295). Dabei kann es sich auch um Prozessbevollmächtigte handeln (BAG 30. 6. 59, AP Nr 56 zu § 1 KSchG).
- 21 Der ArbN kann sich **nicht** auf Auflösungsgründe berufen, die er selbst herbeigeführt hat. Hat er den Auflösungsgrund nur mitverursacht, soll dies anders sein (KR/*Spilger* § 9 KSchG Rz 46).
- 22 Stellt das Gericht fest, dass eine **außerordentliche Kündigung** unbegründet oder eine ordentliche Kündigung sittenwidrig und damit unwirksam ist, muss es nach § 13 KSchG das Arbeitsverhältnis auf Antrag des ArbN ebenso auflösen, wenn ihm seine Fortsetzung nicht zugemutet werden kann und er rechtzeitig Klage erhoben hat. Diesen Antrag können auch **Mandatsträger** stellen, da sie nachträglich problemlos auf den besonderen Kündigungsschutz verzichten können (KR/*Spilger* § 9 KSchG Rz 62). Kommt die **Umdeutung** einer fristlosen in eine ordentliche Kündigung in Betracht, kann der ArbN den Auflösungsantrag bezogen auf die fristlose Kündigung oder auf die umgedeutete (unwirksame) ordentliche Kündigung stellen (BAG 26. 8. 93, DB 94, 432).
- 23 **c) Antrag des Arbeitgebers.** Der ArbGeb kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verlangen, wenn Gründe vorliegen, die **eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit** zwischen ArbGeb und ArbN **nicht erwarten lassen**. Den Antrag kann auch der ArbGeb stellen, der vor einem Betriebsübergang gekündigt hat und seine ArbGeb-Stellung vor dem Auflösungsantrag an den Betriebserwerber verloren hat, wenn der Auflösungszeitpunkt vor dem Betriebsübergang liegt (BAG 24. 5. 05 – 8 AZR 246/04, NZA 05, 1178). An den ArbGebseitigen Auflösungsantrag sind strenge Anforderungen zu stellen, um den durch das KSchG gewährten Bestandsschutz zu sichern (BVerfG 22. 10. 04 – 1 BvR 1944/01, NZA 05, 41; BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208). Dennoch sind nicht Gründe erforderlich, die auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können. Dann brauchte der ArbGeb in den meisten Fällen keine Auflösungsmöglichkeit gegen Abfindungszahlung (BAG 14. 5. 87, DB 88, 295). Tatbestände, welche zur Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung nicht ausreichen, können auch den Auflösungsantrag des ArbGeb grds nicht begründen. Dies ist allenfalls möglich, wenn der ArbGeb zusätzlich greifbare Tatsachen vorträgt, die erkennen lassen, warum der Kündigungssachverhalt eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nicht erwarten lässt, obwohl er die Kündigung selbst nicht rechtfertigt (BVerfG 22. 10. 04 – 1 BvR 1944/01, NZA 05, 41; BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208). Die **Auflösungsgründe** müssen nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des ArbN liegen. Die erforderliche Gesamtabwägung ver-

## Abfindung 1

langt eine Berücksichtigung aller Umstände, die für oder gegen die Prognose sprechen, eine weitere, den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei nicht mehr zu erwarten. So können die Kündigungsgründe geeignet sein, den sonstigen Auflösungsgründen besonderes Gewicht zu verleihen (BAG 23. 6. 05 – 2 AZR 256/04, NZA 06, 363). Der zulässige, wenn auch unbegründete, Auflösungsantrag des ArbGeb soll ihn von der Pflicht befreien, den ArbN für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses auf der Grundlage des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs zu beschäftigen (BAG 16. 11. 95, NZA 96, 589).

Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Entscheidung des Gerichts über einen ArbGebSeitigen Auflösungsantrag ist die letzte mündliche Verhandlung (BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208). Wie beim Auflösungsantrag des ArbN können daher auch Tatbestände herangezogen werden, die erst **nach Kündigung** entstanden sind (BAG 30. 9. 76, DB 77, 358).

Als **Auflösungsgründe** kommen nur Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum ArbGeb, die Wertung der Persönlichkeit des ArbN, seine Leistung oder seine Eignung für die gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen (BAG 14. 5. 87, NZA 88, 16; BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208). Dabei darf der ArbGeb Spannungen zwischen dem ArbN und seinen Kollegen nicht ohne Rücksicht darauf lösen, wer sie (überwiegend) verursacht hat. Daher kann die bloße Weigerung von Kollegen, mit einem ArbN zusammenzuarbeiten den Auflösungsantrag des ArbGeb nicht begründen (BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208). Rein wirtschaftliche oder betriebliche Gründe reichen grds nicht für die Begründung des ArbGebSeitigen Auflösungsantrags aus (*Schaub* § 141 Rz 14). Bei dem antragsbegründenden Verhalten des ArbN (zB Beleidigung des ArbGeb) kann es sich um sein Verhalten inner- oder außerhalb des Prozesses handeln. So können unzutreffende Tatsachenbehauptungen in Schriftsätzen, soweit sie den Tatbestand der Verleumdung oder üblen Nachrede erfüllen, den Auflösungsantrag des ArbGeb begründen (LAG Köln 29. 9. 82, DB 82, 124). Dabei ist zu berücksichtigen, dass Erklärungen im laufenden Kündigungsschutzprozess durch ein berechtigtes Interesse des ArbN gedeckt sein können. Dies gilt insbesondere für unzutreffende Rechtsaufführungen (BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208).

Das **Verhalten Dritter** kann ausreichen, wenn der ArbN es veranlasst hat. Dabei kann es sich auch um seinen Prozessbevollmächtigten handeln (BAG 14. 5. 87, NZA 88, 16). Für die Auflösung soll es nicht darauf ankommen, ob der Auflösungsgrund vom ArbN schuldhaft herbeigeführt wurde (BAG 30. 6. 59, AP Nr 56 zu § 1 KSchG; BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208). Der Auflösungsantrag des ArbGeb kann auch auf Gründe gestützt werden, die ihm bei Ausspruch der Kündigung bekannt waren und – etwa wegen Nichtanhörung des BRat – zu ihrer Begründung im Prozess nicht verwertet werden dürfen (BAG 10. 10. 02 – 2 AZR 240/01, AP KSchG 1969 § Nr 45). Der ArbGeb muss den BRat lediglich die „Gründe für die Kündigung“ mitteilen, nicht aber Gründe für eine anderweitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der ArbGeb kann den Antrag nicht auf Tatsachen stützen, die er selbst oder Personen, für die er nach § 278 BGB einzustehen haben, provoziert haben (BAG 15. 2. 73, DB 73, 1559; BAG 2. 6. 05 – 2 AZR 234/04, NZA 05, 1208).

Nach unwirksamer **außerordentlicher Kündigung** kann der ArbGeb keinen Auflösungsantrag stellen, wie § 13 Abs 1 KSchG zeigt, der dieses Recht nur dem ArbN zugesteht. Man will den in der unberechtigten außerordentlichen Kündigung liegenden besonders schweren Verstoß nicht mit der Möglichkeit eines Auflösungsantrages „prämiieren“ (BAG 26. 10. 79, DB 80, 356). Dies gilt auch bei einem tariflichen oder einzelvertraglichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung (LAG Köln 22. 6. 89 – 10 Sa 246/89, LAGE § 9 KSchG Nr 14; LAG Hamm 18. 10. 90 – 17 Sa 600/90, LAGE § 9 KSchG Nr. 19; LAG NdS 10. 11. 94 – 1 Sa 1132/94, LAGE § 9 KSchG Nr. 23). Hat der ArbGeb vorsorglich auch fristgerecht gekündigt oder wird die außerordentliche Kündigung umgedeutet, soll der Auflösungsantrag gestellt werden dürfen (BAG 26. 10. 79, DB 80, 356). Das BAG begründet seine Entscheidung insoweit nicht. Sie verträgt sich jedenfalls nicht mit der von diesem Gericht für die gesetzliche Regelung gegebenen Erklärung. Der „Unrechtsgehalt“ der unwirksamen außerordentlichen Kündigung ist stets derselbe.

Der im Kündigungsschutzprozess des **leitenden Angestellten**, Geschäftsführers oder Betriebsleiters vom ArbGeb gestellte Auflösungsantrag braucht nach § 14 Abs 2 Satz 2

## 1 Abfindung

KSchG wegen der besonderen Vertrauensstellung dieses Personenkreises nicht begründet werden. Hierzu gehören nur ArbN, bei denen die im Gesetz genannten notwendigen Befugnisse den wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen, im Innen- und Außenverhältnis bestehen, eine bedeutende Anzahl von ArbN oder zumindest einen qualitativ bedeutsamen Personenkreis erfassen und ihre Stellung prägen (BAG 18. 10. 2000 – 2 AZR 465/99, NZA 01, 437; 27. 9. 01 – 2 AZR 176/00, NZA 02, 1277). Das Gericht muss dann auf Antrag das Arbeitsverhältnis trotz sozialwidriger Kündigung auch auflösen, wenn keine Störung des Vertrauensverhältnisses erkennbar ist (§ *Leitende Angestellte* Rz 14–19).

- 29 Das Arbeitsverhältnis von **Mandatsträgern** lässt sich grds nicht über den ArbGebSeitigen Auflösungsantrag beenden. Nach fristloser ArbGebSeitiger Kündigung kann er schon nach § 13 Abs 1 KSchG nicht gestellt werden. Im Übrigen sind die Bestimmungen über den besonderen Kündigungsschutz dieser Personengruppe wohl als *lex specialis* gegenüber § 9 KSchG anzusehen (KR/*Spilger* § 9 KSchG Rz 62).
- 30 d) **Beiderseitiger Antrag.** Stellen beide Seiten den Auflösungsantrag, muss das Gericht dennoch die gesetzlichen Voraussetzungen prüfen und notfalls beide Anträge abweisen. Dies gilt jedenfalls für die Prüfung der Sozialwidrigkeit (*Schaub* § 141 Rz 8). Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses nach den §§ 9, 10 KSchG bei wirksamer Kündigung ist schon gedanklich ausgeschlossen. Das Gericht muss darüber hinaus nachprüfen, ob zumindest einer der Auflösungsanträge begründet ist (KR/*Spilger* § 9 Rz 66; aA LAG Bln 8. 8. 67, BB 68, 207; *Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 1991). Das KSchG dient dem Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen. Allein die Willensübereinstimmung der Parteien kann daran nichts ändern. Es steht ihnen im Übrigen frei, sich in diesem Fall – wie sonst auch – vergleichsweise zu einigen oder nach Anerkenntnis ein Anerkenntnisurteil zu beantragen.
- 31 e) **Auflösungszeitpunkt.** Nach § 9 KSchG hat das Gericht für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den **Zeitpunkt** festzusetzen, an dem es bei gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Es kann daher grds nicht für einen Zeitpunkt aufgelöst werden, an dem es wegen Tod des ArbN nicht mehr besteht (BAG 25. 6. 87, DB 88, 864). Bei **ordentlicher Kündigung** ist Auflösungszeitpunkt der letzte Tag der für das Arbeitsverhältnis einschlägigen Kündigungsfrist. Billigkeitserwägungen sind fehl am Platz (BAG 25. 11. 82, DB 84, 883). Dies kann dazu führen, dass ein Arbeitsverhältnis zum Ablauf der Kündigungsfrist aufgelöst wird, obwohl der Grund für die Auflösung erst lange Zeit später gelegt wurde. Der Verzugslohnanspruch kann höher sein als die von § 10 KSchG in der Höhe begrenzte Abfindung. Dies soll der Gesetzgeber in Kauf genommen haben (BAG 16. 5. 84, DB 84, 2464).
- 32 Beantragt der ArbN nach **fristloser Kündigung** die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, hat das Gericht nach der Neufassung des § 13 Abs 1 KSchG für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde. Dies ist problematisch. So prämiert man den ArbGeb, der im Prozess einen erheblichen Auflösungsgrund setzt, welcher dem ArbN keine Wahl lässt, als den Auslösungsantrag zu stellen. Denn die Abfindung kann nicht immer den Verlust des Verzugslohns ausgleichen. Kommt die Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung in Betracht, soll der ArbN wählen können, ob er Auflösung bezogen auf die eine oder die andere Kündigung beantragt (BAG 26. 8. 93, DB 94, 432).
- 33 f) **Abfindungshöhe.** Bei der Abfindung handelt es sich um eine vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzende **Entschädigung** für den Verlust des sozialen Besitzstandes (BAG 12. 6. 03 – 8 AZR 341/02, AP BGB § 249 Nr 16). Sie soll dem ArbN einen **pauschalen Ausgleich** für die Vermögens- und Nichtvermögensschäden gewähren, die sich aus dem Verlust des Arbeitsplatzes ergeben. Sie schließt daher weitere Schadensersatzansprüche aus, die sich als unmittelbare Folge des Arbeitsplatzverlustes ergeben, wie zB den Ersatz des Schadens, der auf dem mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einhergehenden Verlust einer Ruhesumme beruht vor Eintritt der Unverfallbarkeit beruht (BAG 12. 6. 03 – 8 AZR 341/02, AP BGB § 249 Nr 16). Unbenommen bleibt es dem ArbN Schäden geltend zu machen, die lediglich mittelbar durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses verursacht werden wie die Behinderung bei der Stellensuche durch verspätete Herausgabe von Arbeitspapieren oder die Erteilung eines unrichtigen Zeugnisses. Die Abfindung hat daneben eine von der Praxis nicht immer erkannte **Präventivfunktion**. Sie ist von Hause aus geeignet, ArbGeb von leichtfertigen Kündigungen abzuhalten. Sie kann nur dann

## Abfindung 1

**Entgeltcharakter** haben, wenn das Arbeitsverhältnis bei ordentlicher Kündigung vor dem in § 9 Abs 2 KSchG festgelegten Zeitpunkt aufgelöst wird.

Die **Höhe** der Abfindung ist in § 10 KSchG für die gerichtliche Auflösung **begrenzt**. Es ist ein Betrag bis zu 12 Monatsverdiensten festzusetzen; er kann auf 15 oder 18 Monatsverdienste festgesetzt werden, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens 15 bzw 20 Jahre bestand und der ArbN mindestens das 50. bzw das 55. Lebensjahr vollendet hat. Die Erhöhung ist ausgeschlossen, wenn der ArbN im Auflösungszeitpunkt das Rentenalter erreicht hat. Ob die Höhe von Abfindungen auch an das Alter gekoppelt werden darf, ist fraglich. Mit dieser Regelung werden ArbN schlechter gestellt, die zwar die erforderlichen Betriebszugehörigkeitszeiten aufzuweisen haben, aber nicht das nach dem Gesetz erforderliche Alter. Das könnte gegen das Gemeinschaftsgrundrecht des Verbots der **Diskriminierung wegen des Lebensalters** verstoßen. Der nationale Richter dürfte diese Bestimmungen so nicht mehr anwenden (EuGH 22. 11. 05 – *Mangold* NZA 05, 1345; BAG 26. 4. 06 – 7 AZR 500/04, NZA 06, 1162). § 2 Abs 4 AGG hilft hierbei nicht weiter, weil diese Vorschrift ebenso unanwendbar wäre, soweit sie eine diskriminierende Staffelung zulässt. Ob allein die Verknüpfung mit der Betriebszugehörigkeit eine Diskriminierung ausschließt, wird sich zeigen.

Als **Monatsverdienst** gilt nach § 10 Abs 3 KSchG das, was dem ArbN bei der für ihn maßgeblichen Arbeitszeit in dem Monat, in welchem das Arbeitsverhältnis nach § 9 Abs 2 KSchG endet, an Geld- und Sachbezügen zusteht. Dabei ist vom Bruttoverdienst auszugehen. Überstunden werden nur berücksichtigt, wenn sie zur regelmäßigen Arbeitszeit geworden sind (KR/*Spilger* § 10 Rz 29). Kurzarbeit ist nicht zu berücksichtigen (Kittner/Däubler/*Zwanziger* § 10 KSchG Rz 18). Unerheblich ist, ob der ArbN zuletzt tatsächlich beschäftigt wurde. Ohne Einfluss sind daher Arbeitsunfähigkeit, Erholungsurlaub, unbezahlter Urlaub. Sachbezüge sind mit dem wahren Wert einzubringen (BAG 22. 9. 60, DB 60, 1158). Zuwendungen, die für längere Zeiträume geleistet werden – Tantiemen, 13. und 14. Monatsgehalt – sind anteilig zu berücksichtigen (BAG 19. 6. 07 – 1 AZR 340/06, NZA 07, 1357; *Schaub* § 141 Rz 29). Die „echte“ Weihnachtsgratifikation soll nicht mit einzubeziehen sein (KR/*Spilger* § 10 Rz 33; *Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 2015; aA ErfK/*Ascheid* KSchG § 10 Rz 3). Zusätzliches Urlaubsgeld ist zu berücksichtigen, wenn es auf einem einzel- oder kollektivrechtlichen Anspruch beruht (KR/*Spilger* § 10 Rz 33). Bei Stundenlöhnern kann ein Beendigungsmonat mit überdurchschnittlicher Zahl von Arbeitstagen angemessen berücksichtigt werden (KR/*Spilger* § 10 Rz 32).

Nach § 9 Abs 1 Satz 1 KSchG ist der ArbGeb im Auflösungsurteil zu einer „**angemessenen Abfindung**“ zu verurteilen. Dabei ist das Gericht bei der **Festlegung** der Höhe einer Abfindung nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Es entscheidet im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen nach pflichtgemäßem **Ermessen**. Es hat dabei alle Umstände zu berücksichtigen, die eine Erhöhung oder Ermäßigung der Abfindung als billig erscheinen lassen (BAG 12. 6. 03 – 8 AZR 341/02, AP BGB § Nr 16). Dazu gehören vor allem die Folgen der Entlassung für den ArbN. Zu berücksichtigen sind ebenso die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter, Familienstand, die wirtschaftliche Lage des ArbGeb und das Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung (BAG 29. 3. 60, DB 60, 984). In der Praxis hat sich als erste „**Auffanggröße**“ die Formel durchgesetzt, je Beschäftigungsjahr ein halbes Bruttomonatsgehalt anzusetzen. Der gerichtliche **Vergleichsvorschlag** wird vor allem auch am jeweiligen **Prozessrisiko** ausgerichtet sein.

**g) Sonstiges.** Die Abfindung kann **abgetreten** werden; auch die Vorausabtretung ist zulässig (KR/*Spilger* § 10 Rz 15). Sie ist als Arbeitseinkommen **pfändbar** (BAG 12. 9. 79, DB 80, 358). Da es sich um eine nicht wiederkehrende zahlbare Vergütung handelt (BAG 12. 9. 79, DB 80, 358), kann der Antrag nach § 850 i ZPO gestellt werden (OLG Düsseldorf 28. 8. 79, BB 80, 44) und Teile der Abfindung der Pfändung entzogen werden. Soweit sie pfändbar ist, kann der ArbGeb gegen den Anspruch auf Abfindung mit eigenen Ansprüchen **aufrechnen** (Kittner/Däubler/*Zwanziger* § 10 KSchG Rz 31). Die durch Urt zuerkannte Abfindung soll mit Rechtskraft **fällig** sein (LAG Bln 17. 2. 86, DB 86, 753). Die im Vergleich vereinbarte Abfindung entsteht mit seinem Abschluss. Ihre Fälligkeit kann sich nach § 271 Abs 1 BGB aus den Umständen ergeben. Wird der Vergleich vor dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses geschlossen und soll die Abfindung nach § 3 Nr 9 EStG und entsprechend den §§ 9, 10 KSchG gezahlt werden, liegen hierin Umstände, aus denen sich als Fälligkeitszeitpunkt der Tag der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergibt (BAG

## 1 Abfindung

15. 7. 04 – 2 AZR 630/03, NZA 05, 292), der bei langen Kündigungsfristen Monate später liegen kann. Ein etwaiges Insolvenzrisiko trägt damit der ArbN. Die bei einer Frühpensionierung im Aufhebungsvertrag vereinbarte Abfindung wird erst mit dem vereinbarten Termin des Ausscheidens fällig, solange nicht etwas anderes vereinbart ist (BAG 26. 8. 97 – 9 AZR 227/96, NZA 98, 643).

- 38 Die rechtskräftig zugesprochene Abfindung ist **vererblich**. Stirbt der ArbN nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz und wird das Auflösungs Urteil rechtskräftig, geht der Abfindungsanspruch ebenso auf seine Erben über. Dies gilt – anders als beim Aufhebungsvertrag (s oben Rz 2) – auch, wenn der ArbGeb verstirbt, bevor der im Urte festgesetzte Aufhebungszeitpunkt eingetreten ist (BAG 25. 6. 87, NZA 88, 466). Die im gerichtlichen **Vergleich** festgesetzte Abfindung kann ebenfalls vererbt werden (BAG 16. 10. 69, DB 70, 259). Das Recht, den **Auflösungsantrag** zu stellen, ist höchstpersönlich und damit nicht vererblich (KR/*Spilger* § 10 Rz 18). Hat der verstorbene ArbN den Auflösungsantrag schon gestellt, können seine Erben ihn weiterbetreiben (*Kittner/Däubler/Zwanziger* § 10 KSchG Rz 33).

- 39 **Ausschlussfristen** erfassen nicht die Abfindung nach den §§ 9, 10 KSchG (KR/*Spilger* § 10 Rz 22 a). Dies gilt auch, wenn die Abfindung in einem außergerichtlichen (BAG 22. 1. 87 – 2 AZR 98/86 – nv) oder gerichtlichen Vergleich vereinbart wurde (BAG 13. 1. 82, DB 82, 1013). Wird nach der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** ein Kündigungsschutzprozess gegen den Insolvenzverwalter fortgesetzt und schließen die Parteien einen Abfindungsvergleich, handelt es sich bei dem Abfindungsanspruch idR um eine Masseverbindlichkeit (BAG 12. 6. 02 – 10 AZR 180/01, NZA 02, 974).

- 40 **3. Verfahrensfragen.** Der Auflösungsantrag kann nach § 9 Abs 1 Satz 3 KSchG grds bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem LAG gestellt werden. Er kann bis zu diesem Zeitpunkt – auch ohne Einwilligung des Gegners – zurückgenommen werden (BAG 26. 10. 79, DB 80, 356). Hat das ArbG über den Kündigungsschutzantrag und die Auflösung entschieden, kann die Berufung auf den Auflösungsantrag beschränkt werden (BAG 27. 9. 01 – 2 AZR 389/00, NZA 02, 1171). Hat das ArbG das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Klägers aufgelöst, kann dieser jedoch nicht allein mit dem Ziel Berufung einlegen, den Auflösungsantrag zurückzunehmen; umgekehrt kann er ebenso wenig Berufung einlegen mit dem ausschließlichen Ziel, vor dem LAG den Auflösungsantrag zu stellen, wenn er ihn vor dem ArbG nicht gestellt hat (BAG 3. 4. 08 – 2 AZR 720/06, NJW 08, 2605). Eine Wiederaufnahmeklage des ArbN kann auf die auf Antrag des ArbGeb erfolgte Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung beschränkt werden (BAG 2. 12. 99 – 2 AZR 843/98, NZA 2000, 733). Wird der Betrieb nach Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage und innerhalb der Kündigungsfrist veräußert, ist der bis dahin nicht gestellte Auflösungsantrag gegen den Betriebserwerber zu stellen (BAG 20. 3. 97 – 8 AZR 769/95, NZA 97, 937). Wird die Kündigung vom ArbGeb nach Anhängigkeit der Kündigungsschutzklage zurückgenommen, kann danach noch der Auflösungsantrag gestellt werden (BAG 19. 8. 82, DB 83, 663). Hat der ArbN den Auflösungsantrag bereits vor Rücknahme der Kündigung gestellt, kann er daran festhalten (BAG 29. 1. 81, DB 81, 2438). Bei beiderseitigem Auflösungsantrag entscheidet das Gericht erst über den des ArbN als unechtem Hilfsantrag. Erweist er sich als unbegründet, wird der Antrag des ArbGeb als echter Hilfsantrag geprüft. Legt der ArbN gegen ein vom ArbGeb erwirktes Auflösungs Urteil Berufung ein, muss dieser den Auflösungsantrag in der Berufungsinstanz nicht erneut stellen (BAG 25. 10. 89 – 2 AZR 633/88, NZA 90, 561). Nimmt der im Kündigungsschutzprozess in erster Instanz unterlegene ArbGeb die von ihm eingelegte Berufung in der Berufungsverhandlung zurück, wird damit der vom ArbN erstmals durch Anschlussberufung verfolgte Auflösungsantrag unzulässig (BAG 3. 4. 08 – 2 AZR 720/06, NJW 08, 2605). Der Auflösungsantrag kann zwar bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz gestellt werden. Durch die Rücknahme der Berufung wird aber die Lage hergestellt, wie sie ohne Berufung bestanden hätte.

## B. Lohnsteuerrecht

Huber/Seidel

- 41 **I. Allgemeines.** Nachdem mW ab 1. 1. 06 § 3 Nr 9 EStG aufgehoben wurde, kommen für Abfindungen wegen Auflösung des Dienstverhältnisses **keine Steuerfreibeträge** mehr in Betracht. Übergangsweise ist § 3 Nr 9 EStG für vor dem 1. 1. 06 entstandene Ansprüche