

# Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge

Bauer / Krieger / Arnold

10. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-75401-2  
C.H.BECK

### g) Auflösungsantrag und Kündigungsrücknahme

Nicht selten ergibt sich die Situation, dass ein Arbeitgeber eine Kündigung gerne zurücknehmen möchte, weil seine Aussichten im Kündigungsschutzprozess schlecht sind. Auch wenn er erfährt, dass der Arbeitnehmer eine neue Stelle gefunden hat, bietet es sich an, an eine Rücknahme der Kündigung zu denken. Nimmt der Arbeitgeber die von ihm ausgesprochene Kündigung im laufenden Kündigungsschutzprozess zurück, liegt darin ein Angebot, das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen<sup>942</sup>.

Nach der Rechtsprechung des BAG liegt, entgegen der früher herrschenden Auffassung, in der Klageerhebung durch den Arbeitnehmer insbesondere nicht die antizipierte Zustimmung zur Rücknahme der Kündigung, die nur dann entfällt, wenn der Arbeitnehmer nachträglich, dh unverzüglich, doch noch den Auflösungsantrag stellt<sup>943</sup>. Dem Arbeitnehmer könne nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass er mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage gleichzeitig auch sein Einverständnis zur Rücknahme der Kündigung und zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erteile<sup>944</sup>. Dies möge zwar im Einzelfall, nicht aber in der Regel zutreffen<sup>945</sup>.

Die Rechtsfolgen einer Rücknahme der Kündigung hängt dementsprechend davon ab, wie sich der Arbeitnehmer auf das Angebot des Arbeitgebers einlässt<sup>946</sup>. Das Angebot kann der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Regelungen der §§ 145 ff. BGB annehmen oder ablehnen<sup>947</sup>.

Stellt der Arbeitnehmer nach der „Rücknahme“ der Kündigung den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG, lehnt er damit das Angebot des Arbeitgebers ab<sup>948</sup>. Verneint das Gericht aber die Voraussetzungen der „Unzumutbarkeit“ iSd § 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. → B Rn. 375 ff.).

Verfolgt der Arbeitnehmer nach einer vom Arbeitgeber erklärten „Rücknahme“ der Kündigung lediglich den Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG weiter, stellt er also keinen Auflösungsantrag, bleibt sein Rechtsschutzinteresse grundsätzlich bestehen<sup>949</sup>. Das Rechtsschutzinteresse ergibt sich insbesondere aber nicht ausschließlich aus der dem Arbeitnehmer gegebenen Möglichkeit, nach den §§ 9, 12 KSchG vorzugehen. In der Regel besteht überdies ein berechtigtes rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass die „zurückgenommene“ Kündigung sozialwidrig ist und das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat<sup>950</sup>. Der Arbeitnehmer ist daher nicht gehalten, die Kündigungsschutzklage zurückzunehmen oder die Hauptsache für erledigt zu erklären<sup>951</sup>, worin die konkludente Annahme des Vertragsangebots des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer erblickt wird<sup>952</sup>.

Wenn auch die „Rücknahme“ der Kündigung nicht einseitig durch den Arbeitgeber möglich ist, kann diese Erklärung den Arbeitgeber doch aber zumindest von den **Folgen des Annahmeverzugs** nach § 615 BGB, § 11 KSchG **befreien**. Allerdings gilt es zu beachten, dass der Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht durch die Kündigung, sondern dadurch begründet wird, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit Ablauf der Kündigungsfrist keine Arbeit mehr zuweist<sup>953</sup>. In der Kündigung liegt zugleich die Erklärung,

<sup>942</sup> BAG 29.1.1981, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 6; LAG Hamm 3.6.2019 – 5 Ta 195/19, nv.

<sup>943</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9; LAG Hamm 3.6.2019 – 5 Ta 195/19, nv.

<sup>944</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9.

<sup>945</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9.

<sup>946</sup> BAG 29.1.1981, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 6.

<sup>947</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9.

<sup>948</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9; LAG Hamm 3.6.2019 – 5 Ta 195/19, nv.

<sup>949</sup> BAG 26.3.2009, AP BImSchG § 58 Nr. 2; 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9; LAG Hamm 3.6.2019 – 5 Ta 195/19, nv.

<sup>950</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9.

<sup>951</sup> BAG 19.8.1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9.

<sup>952</sup> BAG 17.4.1986, AP BGB § 615 Nr. 40 zur beiderseitigen Erledigterklärung.

<sup>953</sup> BAG 19.1.1999, AP BGB § 615 Nr. 79; LAG München 28.10.2020 – 8 Sa 816/19, nv.

die Arbeitsleistung – nach Ablauf der Kündigungsfrist – nicht mehr anzunehmen<sup>954</sup>. Der Annahmeverzug endet daher nur dann, wenn der Erklärung des Arbeitgebers – über die bloße „Rücknahme“ der Kündigung hinaus – mit hinreichender Deutlichkeit die Aufforderung zu entnehmen ist, der Arbeitnehmer möge zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort die Arbeit wieder aufnehmen<sup>955</sup>. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber deutlich machen, dass er die Kündigung wegen der Unwirksamkeit der Kündigung zurücknimmt<sup>956</sup>. Fehlt es daran, wird der Annahmeverzug nicht beendet. Es ist daher nicht ausreichend, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorsorglich einen für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits befristeten neuen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen oder eine durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung des Vertrages anbietet<sup>957</sup>. Die Ablehnung eines solchen Angebots kann jedoch ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs iSd § 615 S. 2 BGB darstellen, wobei es auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere auf Art und Begründung der Kündigung und das Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsprozess ankommt<sup>958</sup>. Liegt hingegen ein Angebot des Arbeitgebers vor, welches geeignet ist den Annahmeverzug zu beenden, bedarf es nicht erst der Annahme dieses Angebots durch den Arbeitnehmer<sup>959</sup>. Unter diesen Umständen lässt auch der Umstand, dass der Arbeitnehmer die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG erstrebt, die Pflicht zur Arbeitsleistung nicht entfallen, wenn dem Antrag nicht – rechtskräftig – stattgegeben wird<sup>960</sup>.

#### h) Auflösungszeitpunkt

- 351 Gibt das Gericht einem Auflösungsantrag statt, hat es den Zeitpunkt für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses festzusetzen. § 9 Abs. 2 KSchG schreibt dabei vor, dass es sich um den Zeitpunkt handeln soll, an dem das Arbeitsverhältnis bei **sozial gerechtfertigter Kündigung** nach der vertraglichen oder gesetzlichen Frist (§ 622 BGB) geendet hätte<sup>961</sup>. Hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geltende Kündigungsfrist nicht eingehalten, so hat das Gericht den Beendigungszeitpunkt zu bestimmen, zu dem das Arbeitsverhältnis bei ordnungsgemäßer Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist geendet hätte<sup>962</sup>. Dass die ordentliche Kündigungsfrist nicht eingehalten worden ist, muss vom Arbeitnehmer nicht gerügt worden sein<sup>963</sup>. Sind mehrere ordentliche Kündigungen mit unterschiedlichen Beendigungszeitpunkten streitgegenständlich, so richtet sich der Auflösungszeitpunkt nach der Wahl des Arbeitnehmers<sup>964</sup>. Die Regelung des § 9 Abs. 2 KSchG wurde vom BVerfG als verfassungskonform bestätigt<sup>965</sup>.
- 352 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 Abs. 1 S. 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

<sup>954</sup> BAG 14.12.2017, NZA 2018, 646.

<sup>955</sup> BAG 24.5.2017 – 5 AZR 251/16, nv.

<sup>956</sup> BAG 21.5.1981, NJW 1982, 121; LAG Hessen 10.12.2003 – 2 Sa 781/03, nv.

<sup>957</sup> BAG 14.11.1985, NZA 1986, 637; LAG Hessen 10.12.2003 – 2 Sa 781/03, nv.

<sup>958</sup> BAG 14.11.1985, NZA 1986, 637; LAG Rheinland-Pfalz 15.12.2016 – 7 Sa 320/16, nv.

<sup>959</sup> BAG 14.12.2017, NZA 2018, 646.

<sup>960</sup> BAG 14.12.2017, NZA 2018, 646.

<sup>961</sup> BAG 23.2.2010, NZA 2010, 1123.

<sup>962</sup> BAG 21.6.2012, NZA 2013, 199.

<sup>963</sup> BAG 21.6.2012, NZA 2013, 199.

<sup>964</sup> § 308 ZPO; BeckOK ArbR/PleBner KSchG § 9 Rn. 102.

<sup>965</sup> BVerfG 28.1.1990, NZA 1990, 535.

ist. Handelt es sich um eine außerordentliche Kündigung mit einer Auslaufrfrist, dann ist das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des letzten Tages aufzulösen.

Für den Fall, dass der Arbeitgeber **hilfsweise** eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hat oder eine unwirksame außerordentliche Kündigung nach § 140 BGB in eine ordentliche **umgedeutet** werden kann, wird dem Arbeitnehmer ein **Wahlrecht** hinsichtlich des Auflösungszeitpunkts zugestanden<sup>966</sup>. Er kann den Antrag nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG (Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Ablauf der Kündigungsfrist, § 9 Abs. 2 KSchG) oder den nach § 13 Abs. 1 S. 3 KSchG (Auflösung zum Zeitpunkt des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung, § 13 Abs. 1 S. 4 KSchG) stellen<sup>967</sup>.

Dabei setzt die **Umdeutung** einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung gem. § 140 BGB zunächst voraus, dass eine ordentliche Kündigung dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dass dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung erkennbar geworden ist<sup>968</sup>. Der erforderliche mutmaßliche Wille des Kündigenden kann sich aus der Kündigungserklärung oder sonstigen Umständen ergeben<sup>969</sup>. Die Umdeutung verlangt weder einen besonderen Antrag des Kündigenden noch muss er sich ausdrücklich auf die Umdeutung berufen<sup>970</sup>. Das Gericht muss von sich aus prüfen, ob auf Grund der feststehenden Tatsachen eine Umdeutung des Rechtsgeschäfts in Betracht kommt oder nicht<sup>971</sup>. Das BAG<sup>972</sup> hat eine Umdeutung etwa dann vorgenommen, wenn im Kündigungsschreiben zum Ausdruck gekommen ist, es bestehe keine Möglichkeit einer weiteren Zusammenarbeit mehr. Darüber hinaus hat das BAG<sup>973</sup> bereits aus der hilfsweise erfolgten Anhörung des Betriebsrats auf den hypothetischen Willen des Kündigenden geschlossen, das Arbeitsverhältnis in jedem Fall zu beenden.

Wegen des Beibringungsgrundsatzes dürfen die Gerichte allerdings nicht die Umdeutungslage begründenden Tatsachen von Amts wegen ermitteln<sup>974</sup>. Ob es zu einer Umdeutung kommt, hat damit grundsätzlich der Arbeitgeber in der Hand. Trägt er im Prozess keine Umstände vor, die für den erforderlichen mutmaßlichen Willen sprechen, unterbleibt eine Umdeutung. Solch ein Vorgehen legt die **Prozesstaktik** dem Arbeitgeber vor allem dann nahe, wenn er 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 nach § 13 Abs. 1 S. 4 KSchG stellen, nicht dagegen bezogen auf den Zeitpunkt des § 9 Abs. 2 KSchG.

Soweit eine außerordentlich in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann, muss die ordentliche Kündigung den hierfür anzuwendenden Rechtsvorschriften entsprechen<sup>975</sup>. An dieser Voraussetzung fehlt es zunächst, wenn eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, wie zB im Fall einer tariflichen Alterssicherung. Weiter kann die Umdeutung scheitern, wenn es hinsichtlich einer ordentlichen Kündigung an formellen Erfordernissen mangelt, zB der fehlenden Anhörung des Betriebsrats.

<sup>966</sup> BAG 21.5.2008, AP BGB § 628 Nr. 23.

<sup>967</sup> BAG 21.5.2008, AP BGB § 628 Nr. 23.

<sup>968</sup> BAG 25.10.2012, NZA 2013, 371.

<sup>969</sup> Vgl. BAG 12.5.2010 NZA 2010, 1348.

<sup>970</sup> BAG 15.11.2001, AP BGB § 140 Nr. 13; LAG Schleswig-Holstein 27.4.2017 – 1 Sa 293/16, nv.

<sup>971</sup> BAG 15.11.2001, AP BGB § 140 Nr. 13; LAG Schleswig-Holstein 27.4.2017 – 1 Sa 293/16, nv.

<sup>972</sup> BAG 31.5.1979, AP ZPO § 256 Nr. 50; LAG Schleswig-Holstein 27.4.2017 – 1 Sa 293/16, nv.

<sup>973</sup> BAG 13.8.1987, NJW 1988, 581.

<sup>974</sup> BAG 15.11.2001, AP BGB § 140 Nr. 13.

<sup>975</sup> BAG 20.3.2014, NZA 2014, 1089.

357 **Achtung:**

Etwas anderes gilt, wenn der Betriebsrat einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und auch aus den Umständen nicht zu ersehen ist, dass der Betriebsrat der umgedeuteten ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre<sup>976</sup>.

358 Der vorausschauende Arbeitgeber wird deshalb regelmäßig vor einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung den **Betriebsrat** auch zu einer ordentlichen Kündigung anhören, damit in einem späteren Prozess alle Möglichkeiten offenbleiben. Liegen die Voraussetzungen des § 140 BGB vor, tritt die Umdeutung kraft Gesetzes ein und bedarf keines richterlichen Gestaltungsakts<sup>977</sup>.

i) **Abfindungshöhe**

359 Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Gericht nach §§ 9 oder 13 KSchG erfolgt nur bei gleichzeitiger Festsetzung einer **angemessenen Abfindung** (§§ 9 Abs. 1, 13 Abs. 1 S. 3 KSchG). Ihre Höhe steht nicht im freien Belieben, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts<sup>978</sup>. Das Arbeitsgericht hat bei einer antragsgemäßen Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen der Angemessenheit von Amts wegen über die Höhe der Abfindung zu befinden<sup>979</sup>. Es ist hierbei nicht an Anträge gebunden, denn § 9 Abs. 1 KSchG schließt eine Anwendung von § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO aus<sup>980</sup>. Selbstverständlich bleibt es der Partei unbenommen, einen **bezifferten Antrag** (zB „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<sup>981</sup>. Eine „Anregung“ außerhalb der Antragstellung ist deshalb vorzuziehen. Das Gericht ist aber an die Grenzen des § 10 KSchG gebunden (vgl. den Verweis des § 13 Abs. 1 S. 5 KSchG für die außerordentliche Kündigung), wobei das LAG als neue Tatsacheninstanz im Rahmen seines Beurteilungsspielraums die Angemessenheit der Abfindung ggf. anders festlegen kann<sup>982</sup>.

360 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 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 iSd § 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 iSd § 626 BGB für die Be-

<sup>976</sup> BAG 27.6.2019, NJW 2019, 3468.

<sup>977</sup> BAG 27.6.2019, NJW 2019, 3468.

<sup>978</sup> BAG 21.6.2012, NJW 2013, 635.

<sup>979</sup> BAG 26.6.1986, AP KSchG 1969 § 10 Nr. 3; LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, nv.

<sup>980</sup> BAG 26.6.1986, AP KSchG 1969 § 10 Nr. 3; LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, nv.

<sup>981</sup> BAG 26.6.1986, AP KSchG 1969 § 10 Nr. 3; LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, nv.

<sup>982</sup> KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 76; vgl. auch Bauer/Hahn DB 1990, 2471 zum Verbot der *reformatio in peius*.

ündigung des Arbeitsverhältnisses vorliegt. Der Anspruch besteht dann auch, wenn ein Kündigungsgrund nach § 1 KSchG vorliegt.

Die **Höchstgrenze** für die Abfindung beträgt im Regelfall zwölf Monatsverdienste 361 (§ 10 Abs. 1 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 Abs. 2 S. 1 KSchG). Diese 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 Abs. 2 S. 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. → B Rn. 90 ff., → I Rn. 155 ff.). Für die Erhöhung sind die Verhältnisse maßgebend, die in dem **Zeitpunkt** gelten, den das Gericht für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 2 KSchG festsetzt<sup>983</sup>. Für die Berechnung der Beschäftigungsdauer gelten die gleichen Grundsätze wie für die Wartezeit nach § 1 KSchG (vgl. → B Rn. 203 f.)<sup>984</sup>. Schließlich sind zusätzliche Beschäftigungszeiten auch dann zu berücksichtigen, wenn hierfür eine vertragliche Grundlage besteht<sup>985</sup>.

Die Höchstgrenzen des § 10 KSchG knüpfen an den **Begriff des Monatsverdiensts** 362 an. Als Monatsverdienst gilt, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis endet (§ 9 Abs. 2 KSchG), an Geld und Sachbezügen zusteht (§ 10 Abs. 3 KSchG), also der volle Betrag ohne Abzüge für Lohnsteuer und Sozialversicherung (**Bruttoverdienst**)<sup>986</sup>. Bezüge, die für die Arbeit eines längeren Zeitraums, insbesondere für das ganze Jahr gewährt werden (zB Tantiemen, 13. oder 14. Monatsgehalt, Jahresabschlussvergütungen) müssen auf die einzelnen Monate gleichmäßig verteilt werden<sup>987</sup>. Von Bedeutung ist, dass § 10 Abs. 3 KSchG zur Ermittlung des maßgeblichen Monatsverdiensts an den Tantiemeanspruch im Auflösungsmonat (§ 9 Abs. 2 KSchG) anknüpft, also nicht an eine Durchschnittstantieme (etwa der letzten drei Jahre wie in § 74b Abs. 2 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 zB 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 Umsatztantienmen und -beteiligungen. Steht bei unterjährigem Ausscheiden des Arbeitnehmers die Höhe einer Zahlung, etwa einer Tantieme oder einer Zielvereinbarungsleistung, noch nicht fest, ist deren voraussichtliche Höhe durch Schätzung zu ermitteln, wofür aber tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich sind<sup>988</sup>.

Besteht die dem Arbeitnehmer zustehende Grundvergütung in **Akkordlohn**, so ist unter 363 Zugrundelegung der für ihn regelmäßigen Arbeitszeit zu ermitteln, welchen Betrag er im Auflösungsmonat vermutlich verdient hätte<sup>989</sup>. Weiterhin sind **Zulagen** (zB Gefahrenzulagen, Schichtzuschläge, Nachtarbeitszuschläge, Prämien, Provisionen) zu berücksichtigen<sup>990</sup>. Dagegen sind **Zuwendungen mit Aufwendersersatzcharakter** (zB Schmutz-

<sup>983</sup> BAG 18.3.1993, NZA 1993, 601.

<sup>984</sup> Vgl. BAG 26.8.1976, AP BGB § 626 Nr. 68 unter III 3; ErfK/Kiel KSchG § 10 Rn. 3; KR-Spilger KSchG § 10 Rn. 54; APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 11 mwN.

<sup>985</sup> ErfK/Kiel KSchG § 10 Rn. 3.

<sup>986</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 13; ErfK/Kiel KSchG § 10 Rn. 2; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 32; LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 10.

<sup>987</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 16; LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 11 mwN.

<sup>988</sup> Bauer FS für Hanau, 1999, 151, 167f.

<sup>989</sup> KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 38; APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 16.

<sup>990</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 16; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 38.

zulagen, Spesen) nicht in Ansatz zu bringen<sup>991</sup>. Wird dagegen einzelvertraglich ein Wege- und Fahrgeld unabhängig von tatsächlichen Aufwendungen gezahlt, so ist es als Zulage mit Entgeltcharakter zu berücksichtigen<sup>992</sup>. Unberücksichtigt bleiben auch **Gratifikationen**, wie zB Weihnachts-, Urlaubs- und Jubiläumszuwendungen<sup>993</sup>. **Trinkgelder** iSv § 107 Abs. 3 S. 2 GewO, die der Gast freiwillig gewährt, zählen grundsätzlich nicht zum Monatsverdienst<sup>994</sup>. Etwas anderes dürfte gelten, wenn die Entlohnung des Servicepersonals im Tronc- oder Serviersystem stattfindet und das Trinkgeld somit dem Arbeitseinkommen zuzurechnen ist<sup>995</sup>. Beträge, die ausfallen, können aber im Rahmen der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden. Bei der Umrechnung der **Sachbezüge** ist der wahre Wert anzusetzen<sup>996</sup>. Die Sätze der Finanzbehörden und Sozialversicherungsträger sind für die Gerichte nicht bindend<sup>997</sup>.

- 364 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<sup>998</sup>. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der Abfindung im Einzelfall ist die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz<sup>999</sup>. Dazu gehören vor allem die **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und das **Alter des Arbeitnehmers**<sup>1000</sup>. Dem Lebensalter kommt allerdings eine ambivalente Funktion zu: Wenn die Auflösung kurze Zeit vor Vollendung des 67. Lebensjahrs liegt, kann dies durchaus zu einer relativ geringen Abfindung führen (vgl. § 10 Abs. 2 S. 2 KSchG)<sup>1001</sup>. **Weitere Bemessungsfaktoren** sind vor allem Familienstand<sup>1002</sup>, Unterhaltspflichten<sup>1003</sup>, Entlassungsfolgen wie der Verlust verfallbarer Versorgungsanswartschaften<sup>1004</sup>, Dauer der Arbeitslosigkeit<sup>1005</sup>, Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung<sup>1006</sup>, Mitverursachung der Auflösungsgründe durch den Arbeitnehmer<sup>1007</sup>, ideelle Nachteile für den Arbeitnehmer<sup>1008</sup>, wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers<sup>1009</sup>.
- 365 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 ist<sup>1010</sup>. UE ist grds. davon auszugehen, dass eine einvernehmliche bezahlte Freistellung als „abfindungsneutral“ anzusehen ist<sup>1011</sup>.
- 366 Anspruchsmindernd kann dagegen berücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit gefunden hat („Chancen auf dem Arbeitsmarkt“)<sup>1012</sup>. Dies gilt erst recht,

<sup>991</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 18; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 38; ErfK/Kiel KSchG § 10 Rn. 2.

<sup>992</sup> BAG 11.2.1976, AP BGB § 611 Anwesenheitsprämie Nr. 10.

<sup>993</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 18; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 38; LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 11; aA ErfK/Kiel KSchG § 10 Rn. 2 für Urlaubsgelder und Gratifikationen; vgl. auch LAG Baden-Württemberg 17.7.2013 – 13 Sa 141/12, nv, dass auch das Urlaubsgeld berücksichtigen will, soweit eine feste Anknüpfung des zusätzlichen Urlaubsgeldes an das Urlaubsentgelt besteht.

<sup>994</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 18.

<sup>995</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 18; MüKoBGB/Hergenröder KSchG § 10 Rn. 11.

<sup>996</sup> LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 10; APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 17.

<sup>997</sup> LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 10; APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 17.

<sup>998</sup> BAG 12.6.2003, AP BGB § 628 Nr. 16.

<sup>999</sup> BAG 18.1.1962, AP BetrVG § 66 Nr. 20; LAG Hessen 25.7.2002 – 9 Sa 995/01, nv.

<sup>1000</sup> LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, nv; vgl. § 10 Abs. 2 KSchG der die Höchstgrenze der Abfindung bei steigendem Alter und Betriebszugehörigkeit anhebt; die Dauer der Betriebszugehörigkeit ergibt sich auch hier in entsprechender Anwendung der Grundsätze, die für die Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG gelten LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 13.

<sup>1001</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 22.

<sup>1002</sup> LAG Berlin-Brandenburg 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, nv.

<sup>1003</sup> LAG Sachsen-Anhalt 24.11.2015 – 6 Sa 248/14, nv.

<sup>1004</sup> BAG 12.6.2003, AP BGB § 628 Nr. 16.

<sup>1005</sup> LAG Sachsen-Anhalt 24.11.2015 – 6 Sa 248/14, nv.

<sup>1006</sup> BAG 24.5.2018, NZA 2018, 1131.

<sup>1007</sup> BAG 24.5.2018, NZA 2018, 1131.

<sup>1008</sup> Vgl. BAG 29.2.1972, AP BetrVG § 72 Nr. 9.

<sup>1009</sup> Vgl. zur Berücksichtigung der Betriebsgröße BAG 20.11.1997 – 2 AZR 803/96, nv.

<sup>1010</sup> Bejahend: Gerauer BB 1993, 2382.

<sup>1011</sup> Vgl. auch Mayerhofer BB 1993, 2382; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 59 APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 27.

<sup>1012</sup> BAG 10.12.1996, AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 32.

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 BGB verzichtet hat (vgl. → C Rn. 211, 225 f.). Nicht zu beanstanden ist es, wenn auch eine dem Arbeitsverhältnis vorgelagerte Dienstzeit als vertretungsberechtigtes Organmitglied berücksichtigt wird. Da die nach den §§ 9, 10 KSchG festzusetzende Abfindung einen Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes darstellt, kann der Arbeitnehmer die insoweit berücksichtigten Folgen (insbesondere entgangenes Arbeitsgelt<sup>1013</sup>, Verlust einer Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung) daneben nicht als Schadensersatz nach § 628 Abs. 2 BGB oder aus dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung nach §§ 280, 286 BGB analog geltend machen<sup>1014</sup>. Nicht ausgeschlossen sind dagegen Schadensersatzansprüche, die mit dem Arbeitsplatzverlust nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen<sup>1015</sup>.

In der gerichtlichen Praxis hat sich eine gewisse **Schematisierung** bei der Ermittlung der Abfindungshöhe durchgesetzt<sup>1016</sup>, 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<sup>1017</sup>.

#### Achtung:

Gelegentlich finden sich in Anstellungsverträgen mit Führungskräften, auch wenn sie keine Organmitglieder sind, Abfindungszusagen (zB 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 uE auf etwaige Abfindungen nach §§ 9, 10 KSchG anzurechnen, auch wenn dazu im Vertrag nichts geregelt ist.

Da das Arbeitsverhältnis bei einer **unwirksamen fristlosen Kündigung** nach § 13 Abs. 1 S. 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<sup>1018</sup>, allerdings nur im Rahmen des § 10 KSchG. Dies soll aber dann nicht gelten, wenn der Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an die außerordentliche Kündigung eine neue Arbeitsstelle mit entsprechender Vergütung angetreten hat<sup>1019</sup>.

#### j) Rechtsfolgen bei Abfindung

Der Anspruch auf den Abfindungsbetrag entsteht erst durch die richterliche Festsetzung im Urteil und wird damit, frühestens jedoch zum Zeitpunkt des festgesetzten Endes des Arbeitsverhältnisses, **fällig**<sup>1020</sup>. Daraus folgt, dass der obsiegende Arbeitnehmer für die Zeit ab richterlicher Festsetzung der Abfindung – also bereits vor Eintritt der Rechtskraft des

<sup>1013</sup> BAG 22.4.1971, AP KSchG § 7 Nr. 24.

<sup>1014</sup> BAG 12.6.2003, AP BGB § 628 Nr. 16.

<sup>1015</sup> BAG 22.4.1971, AP KSchG § 7 Nr. 24.

<sup>1016</sup> Hümmerich NZA 1999, 342 (348).

<sup>1017</sup> Vgl. auch BDDH/Eylert/Budroweit KSchG § 10 Rn. 24; ErfK/Kiel KSchG § 10 Rn. 5.

<sup>1018</sup> HaKo/Gieseler KSchG § 13 Rn. 25; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 68 mwN.

<sup>1019</sup> HaKo/Gieseler KSchG § 13 Rn. 25; KR/Spilger KSchG § 10 Rn. 68.

<sup>1020</sup> BAG 14.3.2019, NJW 2019, 1547; vgl. → C Rn. 29 zur Fälligkeit vereinbarter Abfindungen.

Urteils – eine **Verzinsung** des Abfindungsbetrags nach den §§ 286 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 1 BGB verlangen kann<sup>1021</sup>. Der durch Urteil festgesetzte Abfindungsanspruch **verjährt** in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

- 371 Das Antragsrecht des Arbeitnehmers nach den §§ 9, 10, 13 KSchG ist **nicht vererblich**, da es höchstpersönlicher Natur ist (vgl. → C Rn. 33 und 20 ff. zur Vererbbarkeit von vereinbarten Abfindungen und Abfindungen gem. § 1a KSchG). Hatte der Arbeitnehmer schon vor seinem Tod 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 ist<sup>1022</sup>. Stirbt der Arbeitnehmer hingegen vor Ablauf der Kündigungsfrist, besteht zum Auflösungszeitpunkt kein Arbeitsverhältnis mehr, sodass es an einer Voraussetzung des § 9 Abs. 1 KSchG fehlt<sup>1023</sup>. Vererblich ist hingegen der sich aus der rechtskräftigen Verurteilung ergebende Abfindungsanspruch<sup>1024</sup>, und zwar auch dann, wenn der Arbeitnehmer vor dem nach § 9 Abs. 2 KSchG zu bestimmenden Auflösungszeitpunkt stirbt, wie dies bei langen Kündigungsfristen möglich ist.
- 372 Urteile im Kündigungsschutzprozess auf Zahlung einer Abfindung nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses sind **vorläufig vollstreckbar** nach § 62 Abs. 1 S. 1 ArbGG<sup>1025</sup>. Insbesondere handele es sich bei der Verurteilung zur Zahlung der Abfindung nicht um ein Gestaltungsurteil, da es einen Leistungsbefehl enthält<sup>1026</sup>. Der Schutzantrag nach § 62 Abs. 1 S. 2 ArbGG darf deshalb ggf. nicht vergessen werden. Dieser setzt voraus, dass der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass er durch die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleiden würde. Bei Geldforderungen ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der bei Titelaufhebung bestehende Rückforderungsanspruch nach § 717 Abs. 2 ZPO nicht realisierbar ist und deswegen die vorläufige Vollstreckung bereits zum endgültigen Vermögensverlust führt<sup>1027</sup> oder wegen der Vermögenslage des Klägers/Gläubigers nicht damit gerechnet werden kann, dass die beigetriebene Leistung zurückerstattet wird<sup>1028</sup>.
- 373 Abfindungen nach §§ 9, 10 KSchG unterfallen dem Begriff „**Arbeitseinkommen**“ iSd § 850 ZPO<sup>1029</sup>. Sie kann deshalb nur nach Maßgabe der §§ 850a–850i ZPO gepfändet werden (§ 850 Abs. 1 ZPO). Das BAG<sup>1030</sup> 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 soll. Dem Lebensunterhalt des Arbeitnehmers dienen idR aber alle Bezüge, die er von seinem Arbeitgeber erhält. Deshalb sei es gerechtfertigt, alle sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Entgeltansprüche des Arbeitnehmers als Arbeitseinkommen iSv § 850 ZPO zu qualifizieren und nicht nur den eigentlichen Arbeitslohn. Die rechtliche Einordnung der Abfindung als „Arbeitseinkommen“ bewirkt, dass ein formularmäßig erlassener Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auch die Abfindung erfasst<sup>1031</sup>. Für die Abfindungen gelten aber nicht die **Pfändungsgrenzen** des § 850c ZPO; diese Vorschrift setzt nämlich Arbeitseinkommen für einen fest umrissenen Zeitraum voraus<sup>1032</sup>. 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 so

<sup>1021</sup> BAG 9.12.1987, AP ArbGG 1979 § 62 Nr. 4.

<sup>1022</sup> KR/Spilger § 10 Rn. 20; LKB/Linck KSchG § 10 Rn. 33; APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 54.

<sup>1023</sup> APS/Biebl KSchG § 10 Rn. 45.

<sup>1024</sup> BAG 25.6.1987, NZA 1988, 466.

<sup>1025</sup> BAG 9.12.1987, NZA 1988, 329.

<sup>1026</sup> BAG 9.12.1987, NZA 1988, 329.

<sup>1027</sup> LAG Bremen 26.5.1998, AP ArbGG 1979 § 62 Nr. 11.

<sup>1028</sup> LAG Düsseldorf 28.2.1992, NZA 1992, 618.

<sup>1029</sup> BAG 12.8.2014, NZA 2014, 1155.

<sup>1030</sup> BAG 12.9.1979, DB 1980, 358.

<sup>1031</sup> BAG 12.9.1979, DB 1980, 358.

<sup>1032</sup> BAG 13.11.1991, NZA 1992, 384; LAG Hessen 25.3.2013 – 7 Sa 1167/12, nv.