

# Arbeitsrecht kompakt

## Rechtsfragen

### aus der Praxis

#### ■ **Neuerung durch die Agenda 2010 – Kündigung mit Abfindungsanspruch**

von RA FAArbR Dr. Stefan Nägele, Stuttgart\*

*Das Kündigungsschutzrecht bedarf einer grundlegenden Reform. Dies ist kein Appell, sondern Grundkonsens von Politik und Wirtschaft. Bestandteil fast jedes Reformvorschlages ist die jedenfalls partielle Substitution des Kündigungsschutzes durch einen Abfindungsanspruch. Die Reformvorschläge des Bundesrates und der CDU/CSU-Fraktion sehen vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitnehmer schon bei Begründung des Arbeitsverhältnisses zwischen Kündigungsschutz oder Abfindungsanspruch wählen können. Die Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen haben in ihrem Gesetzentwurf einen anderen Lösungsansatz gewählt. Der Widerstand der Opposition gegen den Regierungsvorschlag ist gering, so dass erwartet werden kann, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung umgesetzt und mit Beginn des Jahres 2004 in Kraft treten wird.*

#### **I. Inhalt und Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung**

##### **1. Änderung des Kündigungsschutzgesetzes**

Der Gesetzentwurf sieht zunächst in §1 KSchG eine Rückkehr zu dem Gesetzestext vor, der in der Zeit vom 1.10.1996 bis 31.12.1998 gegolten hat. Daneben soll dann die Kleinbetriebsklausel eine Änderung erfahren und §4 KSchG so gefasst werden, dass die dreiwöchige Frist auch dann zu beachten ist, wenn die Kündigung aus Gründen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes angegriffen werden soll.

Neuland wird mit dem Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung (§1a KSchG) betreten. Der Gesetzentwurf hat folgenden Inhalt:

„(1) Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach §1 Abs.2 Satz1 KSchG und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des §4 Satz1 KSchG keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung. Der Anspruch setzt den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichen lassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.

(2) Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. §10 Abs.3 KSchG gilt

entsprechend. Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden.“

##### **2. Begründung**

Die Regierungskoalition reklamiert, dass es bislang für Arbeitnehmer keine Möglichkeit gibt, anstelle des kündigungrechtlichen Bestandsschutzes einen Abfindungsanspruch geltend zu machen. Durch die vorgesehene Regelung sei dieser Mangel behoben. Der Arbeitnehmer müsse nicht mehr den Weg über eine Kündigungsschutzklage gehen, um eine Abfindung zu erhalten. Er werde sich für die Abfindung entscheiden, wenn er eine Anschlussbeschäftigung schon in Aussicht hat oder bei Erfolg seiner Kündigungsschutzklage ein belastetes Arbeitsklima befürchtet. Auch werde dem Arbeitnehmer die Sorge genommen, dass er keine angemessene Abfindung erhalte. Für den Arbeitgeber werde das Kündigungsrecht transparenter und kalkulierbarer, auch könne der Arbeitgeber das Risiko vermeiden, Annahmeverzugsvergütung nachbezahlen zu müssen. Tatsächlich verspricht man sich durch diese Regelung eine Entlastung der Arbeitsgerichtsbarkeit.

#### **II. Die Voraussetzungen des neuen Abfindungsanspruchs nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung im Einzelnen**

Nach dem Gesetzeswortlaut des §1 Abs.1 KSchG setzt der Anspruch folgendes voraus:

- Der Ablauf der Kündigungsfrist.
- Der Arbeitgeber muss betriebsbedingt i.S.v. §1 Abs.2 Satz1 KSchG gekündigt haben.
- Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben darauf hingewiesen, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichen lassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.
- Der Arbeitnehmer erhebt nicht innerhalb der Frist des §4 Satz1 KSchG Kündigungsschutzklage.

\* Näheres hierzu unter: [www.fa-arbr.de](http://www.fa-arbr.de).

## 1. Kündigungsfrist

Der Anspruch entsteht erst nach **Ablauf der Kündigungsfrist**. Endet das Arbeitsverhältnis vorher, kommt der Anspruch nicht zum Entstehen. So zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf der Kündigungsfrist stirbt<sup>1</sup>, aber auch dann, wenn dem Arbeitnehmer fristlos gekündigt wird. Gleiches wird auch für den Fall der Kündigung nach § 113 Abs. 1 InsO zu gelten haben, wenn nach Ausspruch der Kündigung das Insolvenzverfahren betrieben und das Arbeitsverhältnis vom Insolvenzverwalter unter Heranziehung der erleichterten Kündigungsmöglichkeiten des § 113 InsO gekündigt wird.

Insbesondere bei langen Kündigungsfristen übernimmt der Arbeitnehmer das **Insolvenzrisiko**. Klage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aufgrund Unwirksamkeit der ersten betriebsbedingten Kündigung kann er wegen Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht mehr erheben. Die Abfindung ist wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Insolvenz nicht zu realisieren. Der Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG ist lediglich eine einfache Insolvenzforderung, Ausnahme: § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO, wenn der Ablauf der Kündigungsfrist in den Zeitraum nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt, womit der Abfindungsanspruch eine Masseverbindlichkeit ist.

**Beraterhinweis:** Steht zu befürchten, dass der Arbeitgeber vor Fälligkeit der Abfindung das Insolvenzverfahren betreibt, bleibt dem Arbeitnehmer keine andere Wahl, als sich für die Kündigungsschutzklage zu entscheiden, um die Weiterbeschäftigung zu erreichen. ◀

## 2. Betriebsbedingte Kündigung

Nach dem Wortlaut ist der Abfindungsanspruch auf Fälle **ordentlicher** betriebsbedingter Kündigungen beschränkt<sup>2</sup>. Ob dieser Anspruch auch bei der **außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufrist** eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers in Betracht kommt, ist zweifelhaft. Die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung ist nur in extremen Ausnahmefällen möglich und nur unter den Voraussetzungen des § 626 BGB, nämlich, wenn sonst ein sinnloses Arbeitsverhältnis gegebenenfalls bis zur Pensionierung des Arbeitnehmers allein durch Vergütungszahlungen aufrechterhalten werden müsste. Deshalb ist bei ordentlicher Unkündbarkeit aufgrund eines Tarifvertrags eine betriebsbedingte Kündigung nicht schon unter etwas verschärften Voraussetzungen als außerordentliche Kündigung möglich<sup>3</sup>. § 1a Abs. 1 KSchG verweist jedoch auf eine Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Eine solche Kündigung stellt die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist gerade nicht dar<sup>4</sup>.

Der Verweis auf § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG lässt zunächst die Vermutung zu, dass der Gesetzgeber den Abfindungsanspruch nur dann anerkennen will, wenn die betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Diese Be-

trachtung wird aber dem Anliegen der Norm nicht gerecht, vielmehr muss es für den Anspruch genügen, wenn sich der Arbeitgeber unter Rechtfertigung der Kündigung auf betriebsbedingte Gründe beruft und zwar unabhängig davon, ob sie auch tatsächlich vorliegen. Dies rechtfertigt sich zum einen aus dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, wonach der gesetzliche Abfindungsanspruch als eine einfach zu handhabende, moderne und unbürokratische Alternative zum Kündigungsschutzprozess angesehen wird<sup>5</sup>. Andererseits wird man den gesetzlichen Abfindungsanspruch nicht auf die Fälle reduzieren können, in denen eine sozial gerechtfertigte Kündigung vorliegt, also der Arbeitgeber eine Abfindung gewährt, obgleich die Kündigung sich als wirksam, weil sozial gerechtfertigt, erweist. Für den Abfindungsanspruch wäre andernfalls auch eine inzidente Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung erforderlich, was wiederum zu umfangreichen Prozessen führen würde und die erstrebte Entlastung der Gerichte ausbliebe.

Probleme werden in der Praxis dann auftreten, wenn der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben den Hinweis auf den Abfindungsanspruch unter Verweis auf dringende betriebliche Gründe aufnimmt, aber in der Folge hiervon nichts mehr wissen möchte, sondern einen anderen Kündigungssachverhalt behauptet.

In diesen Fällen kann dem Arbeitnehmer entweder über die **nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage** nach § 5 KSchG geholfen werden oder aber dadurch, dass dem Arbeitgeber bei einem Hinweis nach § 1a Abs. 1 Satz 2 KSchG der Verweis auf andere Kündigungsgründe abgeschnitten ist. Der zuletzt genannte Lösungsansatz ist dann ungeeignet, wenn der Arbeitgeber eine zweite Kündigung zum selben Kündigungstermin ausspricht und diese zweite Kündigung entweder verhaltens- oder personenbedingt begründet oder mit dringenden betrieblichen Erfordernissen rechtfertigt, aber nicht mit einem Hinweis nach § 1a Abs. 1 Satz 2 KSchG verbindet.

## 3. Hinweis des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muss den Hinweis in der Kündigungserklärung erteilen, das heißt, der Hinweis unterfällt derselben **Schriftform** wie die Kündigung selbst (§ 623 BGB). Es reicht nicht aus, beispielsweise am schwarzen Brett einen Hinweis anzubringen, wonach alle Arbeitnehmer, denen betriebsbedingt gekündigt wird, einen Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG zusteht, so wenig, wie eine mündliche Zusage den Anforderungen des Gesetzes genügt.

Da sich die Höhe der Abfindung aus § 1a Abs. 2 KSchG ergibt, ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber in dem Hinweis nach § 1a Abs. 1 Satz 2 KSchG den **exakten Abfindungsbetrag** mit aufnimmt, vielmehr muss es ausreichen, dass der Arbeitgeber erklärt, dass dem Arbeitnehmer ein Abfindungsanspruch zusteht, da die Kündigung mit dringenden betrieblichen Erfordernissen gerechtfertigt wird.

**Schwierigkeiten** entstehen dann, wenn der Hinweis des Arbeitgebers nicht den Vorgaben des § 1a Abs. 1 KSchG entspricht, beispielsweise weil die dem Arbeitnehmer dargestellte **Abfindung geringer oder höher ist als nach § 1a Abs. 2 KSchG** errechnet. Damit ist der Hinweis nicht mehr gesetzeskongruent mit der Folge, dass ein Abfindungsanspruch nicht nach § 1a Abs. 1 KSchG entstehen

1 BAG v. 26.8.1997 – 9 AZR 227/96, AP Nr. 8 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag.

2 BegR. RegE, BR-Drucks. 421/03, S. 17.

3 BAG v. 27.6.2002 – 2 AZR 367/01, ArbRB 2003, 42 = BAG-Report 2003, 175 = BB 2003, 314; v. 13.6.2002 – 2 AZR 391/00, BB 2003, 53.

4 A. A. Willemsen/Annauß, Kündigungsschutz nach der Reform, Referat Kölner Tage des Arbeitsrechts 17./18.7.2003.

5 BegR. RegE, BR-Drucks. 421/03, S. 17.

kann, jedoch kann ein solcher Hinweis als ein von § 1a KSchG losgelöstes Angebot gesehen werden, das der Arbeitnehmer dann nach den allgemeinen Vertragsregeln annehmen kann. Alleine das Verstreichen lassen der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG wird aber eine solche Annahme nicht rechtfertigen können.

#### 4. Keine Klage nach § 4 Satz 1 KSchG

Verstreichen lassen der Klagefrist bedeutet, dass der Arbeitnehmer **keine Klage** in dieser Zeit erheben darf. Eine zunächst erhobene und wieder zurückgenommene Klage wird diesem Erfordernis nicht gerecht.

Lässt der Arbeitnehmer die Frist des § 4 KSchG verstreichen, kann aber mit guten Gründen die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG erreichen, steht dies einer rechtzeitigen Klageerhebung i. S. v. § 1a Abs. 1 KSchG gleich, da die Wirkungen einer nachträglich zugelassenen Klage identisch sind mit denen einer rechtzeitig i. S. v. § 4 Satz 1 KSchG erhobenen Klage. Folge: wegen rechtzeitiger Klageerhebung kein Abfindungsanspruch.

Die Praxis wird weitere Probleme zu Tage fördern, beispielsweise, wenn sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Höhe der zu bezahlenden Abfindung nicht einig sind und der Arbeitnehmer **Zahlungsklage in Höhe des von ihm als richtig ermittelten Abfindungsbetrags** erhebt und hilfsweise diese Klage mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG verbindet für den Fall, dass das Gericht nicht die vom Kläger ermittelte, sondern eine darunter liegende Summe als richtig erkennt, der Arbeitnehmer aber nicht bereit ist, zu diesem Abfindungsbetrag seinen Kündigungsschutz drein zu geben.

### III. Folgeprobleme

#### 1. Steuerliche Bewertung

Auch wenn sich weder im Gesetzestext noch in den Materialien Hinweise auf die steuerrechtliche Behandlung des Abfindungsanspruches nach § 1a KSchG finden, ist es nicht zweifelhaft, dass die Abfindung innerhalb der Staffeln des § 3 Nr. 9 EStG steuerfrei ist und eine Tarifermäßigung nach den §§ 34 und 24 Nr. 1 lit. b EStG Anwendung findet.

#### 2. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

Auf Arbeitnehmerseite ist das Verhältnis zur **Sperrzeitenregelung** des § 144 SGB III problematisch. Die Hinnahme einer Arbeitgeberkündigung kann einen Lösungssachverhalt nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III rechtfertigen. Nach gegenwärtiger Rechtslage ist dieser Sachverhalt nicht anders zu beurteilen, als der Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verbunden mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags.

Auf Arbeitgeberseite ist die **Erstattungspflicht** nach § 147a SGB III zu beachten. Arbeitsverwaltung und Sozialgerichte werden in eigener Verantwortung die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu klären haben (§ 147a Abs. 1 Nr. 4 SGB III).

#### 3. Wiedereinstellungsanspruch

Die Vorgehensweise nach § 1a KSchG beseitigt nicht die Risiken, die sich aus dem Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers ergeben können. Der Wiedereinstellungsanspruch ist sowohl im Falle der Kündigung, aber auch beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags grundsätzlich gegeben, wenn zwischen Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist ein neuer Kausalverlauf eintritt, der die ursprüngliche Prognose, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegensteht, beseitigt<sup>6</sup>. Diese Problematik besteht in gleicher Weise auch bei der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nach § 1a KSchG.

#### IV. Fazit

Preis und Bauer<sup>7</sup> sind überzeugt, dass der Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung keinen Vorteil für eine der beiden Seiten generiert. Es würde sich bei diesem Anspruch lediglich um eine Augenwischerei handeln. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Das grundsätzliche Problem des Kündigungsschutzes wird durch diesen Abfindungsanspruch nicht gelöst. Die Chance einer echten und nicht fakultativen Substitution wird wieder einmal vertan.

<sup>6</sup> BAG v. 4. 12. 1997 – 2 AZR 140/97, NZA 1998, 701; zum Wiedereinstellungsanspruch: Tschöpe/Nägele, Teil 3 D, Rz. 266 ff.  
<sup>7</sup> NZA 2003, 704.