

NOMOSPRAXIS

Reufels

# Aufhebung und Abfindung

in der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis



**Nomos**

# NOMOSPRAXIS

Prof. Dr. Martin J. Reufels, LL.M.  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

## **Aufhebung und Abfindung**

in der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis



Nomos

**Zitiervorschlag:** Reufels Aufhebung § 1 Rn. 1

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5687-2

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort

Die einvernehmliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen stellt die Vertragsparteien vor Herausforderungen. Die Verhandlungen sind häufig emotional belastet, es handelt sich regelmäßig um schwierige und unangenehme Gespräche. Zudem verfolgen die Parteien zum großen Teil gegenteilige Interessen. Es besteht in vielen Fällen eine Informationsasymmetrie und fehlt an Transparenz. Keine der Parteien legt typischerweise „alle Karten auf den Tisch“. Neben arbeitsrechtlichen Fragen sind sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Implikationen im Blick zu behalten.

Das Buch versteht sich als praxisorientierter Ratgeber für typische Konstellationen der einvernehmlichen Aufhebung von Arbeitsverhältnissen. Es stellt die Grundlagen des materiellen Rechts dar, zeigt Querverbindungen auf und gibt konkrete Handlungsempfehlungen. Es enthält zahlreiche Formulierungsbeispiele und am Ende ein ausführliches Vertragsmuster in deutscher und englischer Sprache. Das Buch wendet sich an Rechtsanwälte und Fachanwälte für Arbeitsrecht, aber auch an Mitarbeiter in Personalabteilungen sowie Führungskräfte, die mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen befasst sind. Das Buch ist für die Praxis geschrieben und stützt sich auf Erfahrungen aus der Praxis. Für Empfehlungen, Vorschläge oder Anregungen ist der Verfasser dankbar.

Köln, im März 2020

*Martin Reufels*

---

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Abkürzungsverzeichnis .....	11
Literaturverzeichnis .....	15
<b>§ 1 Grundlagen</b> .....	23
I. Einleitung .....	23
II. Schriftformerfordernis bei Aufhebungsverträgen .....	24
<b>§ 2 AGB-Kontrolle von Aufhebungsverträgen</b> .....	35
I. Wann greift die AGB-Kontrolle ein? .....	35
II. Inhaltskontrolle .....	39
<b>§ 3 Beseitigung von Aufhebungsverträgen</b> .....	47
I. Einleitung .....	47
II. Beseitigungstatbestände .....	47
<b>§ 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages</b> .....	85
<b>A. Abfindung</b> .....	87
I. Allgemeines .....	87
II. Der Abfindungsanspruch gem. § 1 a KSchG .....	90
III. Steuerrechtliche Situation .....	91
IV. Die Steuerermäßigung nach §§ 34, 24 EStG .....	92
<b>B. Outplacement</b> .....	105
<b>C. Dienstwagen</b> .....	108
<b>D. Zeugnis</b> .....	112
I. Anspruch auf Zeugniserteilung .....	112
II. Unterscheidung von Zwischen- und Endzeugnis .....	114
III. Unterscheidung zwischen einfachem und qualifiziertem Zeugnis .....	115
IV. Zeugnisklarheit und Zeugniswahrheit .....	116
V. Inhalt und Formulierung des Zeugnisses .....	118
<b>E. Aufhebung von Ansprüchen und Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung</b> .....	120
I. Begriff der betrieblichen Altersversorgung .....	120
II. Rechtscharakter der betrieblichen Altersversorgung .....	123

Inhaltsverzeichnis

---

III. Unterscheidung zwischen verfallbarer und unverfallbarer Versorgungsanwartschaft .....	124
IV. Abfindung von Versorgungsanwartschaften .....	126
V. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Abfindungsverbot .....	129
VI. Ausgleichsklauseln im Aufhebungsvertrag .....	130
VII. Auskunftsansprüche .....	130
<b>F. Urlaub</b> .....	132
I. Urlaubsansprüche von Arbeitnehmern im Aufhebungsvertrag ..	132
II. Besonderheiten von Urlaubsansprüchen beim Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern .....	136
<b>G. Freistellung</b> .....	137
<b>H. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot</b> .....	140
<b>I. Sprachregelungen</b> .....	145
<b>J. Erledigungsklauseln</b> .....	146
I. Rechtsqualität von Erledigungsklauseln .....	146
II. Problematik allgemeiner Erledigungsklauseln .....	148
<b>K. Verschwiegenheitsverpflichtung</b> .....	155
I. Einführung .....	155
II. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse .....	156
III. Verhältnis Geheimnisschutz und Whistleblowing .....	159
IV. Aktueller Stand der Rechtsprechung zu Geheimhaltungsklauseln .....	160
V. Schlussfolgerungen für die Wirksamkeit von Verschwiegenheitsklauseln .....	163
VI. Verschwiegenheitspflicht von Vorstandsmitgliedern .....	165
VII. Verschwiegenheitsvereinbarungen im Zusammenhang mit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz .....	169
VIII. Formulierungsvorschläge .....	172
<b>L. Herausgabepflichten</b> .....	176
I. Herausgabepflichten des Arbeitnehmers .....	176
II. Herausgabepflichten des Arbeitgebers .....	183
III. Besonderheiten bei Organmitgliedern .....	184
<b>M. Ausschlussfristen</b> .....	185
I. Einstufige und zweistufige Ausschlussfristen .....	185
II. Mindestfrist: drei Monate .....	186
III. Weitere Unwirksamkeitsgründe .....	187
IV. Reichweite von Ausschlussfristen, insbesondere Ausnahme im Falle gesetzlicher Verbote .....	188

---

V. Formulierungsvorschlag .....	190
<b>N. Salvatorische Klausel .....</b>	<b>190</b>
I. § 139 BGB als Ausgangspunkt für die salvatorische Klausel .....	191
II. Erhaltungsklauseln .....	192
III. Ersetzungsklauseln .....	194
IV. Ersetzungsmaßstab .....	197
V. Zweckmäßigkeit von Ersetzungsklauseln .....	198
VI. Wirksamkeit der Ersetzungsklauseln .....	200
VII. Schlussbetrachtung .....	202
<b>§ 5 Aufhebungsvertrag und Befristung .....</b>	<b>207</b>
I. Problemstellung .....	207
II. Abgrenzungen .....	208
<b>§ 6 Besonderheiten beim Abschluss von Aufhebungsverträgen mit     Personen mit Sonderkündigungsschutz (Schwerbehinderte,     Betriebsratsmitglieder etc) .....</b>	<b>217</b>
I. Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz .....	217
II. Schwerbehinderte Arbeitnehmer .....	218
III. Auszubildende .....	219
IV. Betriebsratsmitglieder und andere Amtsträger der Betriebsverfassung .....	219
V. Altersgesicherte Arbeitnehmer, „Unkündbare“ .....	220
VI. Schlussbetrachtung .....	220
<b>§ 7 Statusvereinbarungen .....</b>	<b>221</b>
I. Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter maßgeblich anhand tatsächlicher Durchführung .....	221
II. Statusvereinbarung in Gesamtabwägung zu berücksichtigen ....	222
III. Vorsicht vor „umgekehrten Statusvereinbarungen“ .....	223
IV. Fazit .....	223

Inhaltsverzeichnis

---

§ 8	Wiedereinstellungszusagen in Aufhebungsverträgen .....	225
§ 9	Protokollierung gem. § 278 Abs. 6 ZPO von Aufhebungsverträgen im schriftlichen Verfahren .....	229
	I. Allgemeines .....	229
	II. Zustandekommen .....	229
	III. Wirkungen .....	232
§ 10	Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG .....	235
	I. Vorliegen einer Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG .....	235
	II. Konsultationsverfahren (§ 17 Abs. 2 KSchG) .....	241
§ 11	Besonderheiten bei dem Abschluss von Aufhebungsverträgen mit Geschäftsführern und Vorständen .....	245
	I. Zuständigkeit für Abschluss eines Aufhebungsvertrages .....	245
	II. Besonderheit: Organmitglied war vor seiner Bestellung Arbeitnehmer der Gesellschaft .....	248
	III. Abfindung .....	249
	IV. Ausgleichs- und Bestätigungsklauseln .....	254
	V. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	256
	VI. Nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht .....	257
§ 12	Sozialversicherungsrecht .....	259
	I. Ruhen bei Entlassungsentschädigung nach § 158 SGB III .....	260
	II. Verhängung einer Sperrzeit nach § 159 SGB III .....	274
§ 13	Vertragsmuster .....	291
	Stichwortverzeichnis .....	299



## § 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

A. Abfindung .....	1	IV. Zeugnisklarheit und Zeugnis-	
I. Allgemeines .....	1	wahrheit .....	98
II. Der Abfindungsanspruch gem.		V. Inhalt und Formulierung des	
§ 1 a KSchG .....	9	Zeugnisses .....	103
III. Steuerrechtliche Situation .....	12	E. Aufhebung von Ansprüchen und	
IV. Die Steuerermäßigung nach		Anwartschaften auf betriebliche	
§§ 34, 24 EStG .....	14	Altersversorgung .....	112
1. Voraussetzungen .....	15	I. Begriff der betrieblichen Alters-	
a) Außerordentliche Ein-		versorgung .....	113
künfte .....	16	II. Rechtscharakter der betriebli-	
aa) Ersatz für entgangene		chen Altersversorgung .....	121
oder entgehende Ein-		III. Unterscheidung zwischen verfall-	
nahmen, § 24 Nr. 1		barer und unverfallbarer Versor-	
lit. a EStG .....	17	gungsanwartschaft .....	122
(1) Unmittelbarkeit	18	IV. Abfindung von Versorgungsan-	
(2) Ausgleichsfunk-		wartschaften .....	129
tion .....	20	1. Abfindungsverbot .....	129
(3) Neue Rechts-		2. Ausnahmen von dem Abfin-	
oder Billigkeits-		dungsverbot .....	132
grundlage .....	22	V. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen	
(4) Veranlassung		das Abfindungsverbot .....	140
der Beendigung/		VI. Ausgleichsklauseln im Aufhe-	
Drucksituation	23	bungsvertrag .....	141
bb) Aufgabe oder Nicht-		VII. Auskunftsansprüche .....	143
ausübung einer		F. Urlaub .....	148
Tätigkeit		I. Urlaubsansprüche von Arbeit-	
(§ 24 Nr. 1 lit. b EStG)	30	nehmern im Aufhebungsvertrag	148
b) Zusammenballung von		1. Verfall .....	153
Einkünften in einem Ver-		2. Verjährung .....	154
anlagungszeitraum .....	34	3. Vererblichkeit .....	155
aa) Veranlagungszeit-		4. Verzicht .....	156
raum .....	35	5. Berechnung .....	160
bb) Zusammenballung		6. Pfändbarkeit, Abtretung und	
von Einkünften .....	40	Aufrechnung .....	161
c) Sprinterklausel .....	42	7. Tatsachenvergleiche .....	164
2. Rechtsfolge (Fünftel-Rege-		8. Erstreckung über mehrere	
lung) .....	49	Urlaubsjahre .....	165
3. Steuerschuldner .....	53	II. Besonderheiten von Urlaubsan-	
4. Die Brutto-/Netto-Lösung ....	54	sprüchen beim Ausscheiden von	
B. Outplacement .....	55	Vorstandsmitgliedern und	
C. Dienstwagen .....	72	Geschäftsführern .....	166
D. Zeugnis .....	87	G. Freistellung .....	169
I. Anspruch auf Zeugniserteilung ..	88	H. Nachvertragliches Wettbewerbs-	
II. Unterscheidung von Zwischen-		verbot .....	183
und Endzeugnis .....	93	I. Sprachregelungen .....	215
III. Unterscheidung zwischen einfa-		J. Erledigungsklauseln .....	218
chem und qualifiziertem Zeugnis	95	I. Rechtsqualität von Erledigungs-	
		klauseln .....	219

§ 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

<b>II. Problematik allgemeiner Erledigungsklauseln</b> .....	221
1. Allgemeines .....	221
2. Definition „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ .....	225
3. Unverzichtbare Ansprüche ...	226
4. Grundsatz: Weite Auslegung	230
5. Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB .....	241
6. Formulierungsvorschlag .....	245
<b>K. Verschwiegenheitsverpflichtung</b> ...	246
<b>I. Einführung</b> .....	246
<b>II. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse</b> .....	247
<b>III. Verhältnis Geheimnisschutz und Whistleblowing</b> .....	261
<b>IV. Aktueller Stand der Rechtsprechung zu Geheimhaltungsklauseln</b> .....	264
1. Thrombosol-Entscheidung ...	265
2. Stapel-Automaten-Fall .....	267
3. Kundenlistenfall .....	268
4. Titandioxid-Fall .....	269
5. Kantenbänder-Fall .....	270
6. Spritzgießwerkzeuge-Urteil des BGH .....	271
7. Kundendatenprogramm-Entscheidung .....	272
<b>V. Schlussfolgerungen für die Wirksamkeit von Verschwiegenheitsklauseln</b> .....	274
<b>VI. Verschwiegenheitspflicht von Vorstandsmitgliedern</b> .....	282
1. Rechtsgrundlagen .....	283
2. Reichweite der Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG .....	286
3. Grenzen der Verschwiegenheitspflicht .....	290
<b>VII. Verschwiegenheitsvereinbarungen im Zusammenhang mit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz</b> .....	294
1. Problematik .....	294
2. Entwicklungen in den USA und in Großbritannien .....	297
3. Rechtliche Situation in Deutschland .....	301
<b>VIII. Formulierungsvorschläge</b> .....	302
1. Deklaratorische Verschwiegenheitsklausel .....	302
2. Catch-All-Klausel .....	304
3. Beschränkte Verschwiegenheitsklausel .....	306
4. Kundendaten .....	312
5. Verschwiegenheitsklausel für Vorstandsmitglieder .....	314
<b>L. Herausgabepflichten</b> .....	317
<b>I. Herausgabepflichten des Arbeitnehmers</b> .....	317
1. Herausgabe von Geschäftunterlagen und Arbeitsmitteln .....	317
a) Rechtliche Einordnung ...	318
b) Vereinbarung im Aufhebungsvertrag .....	322
aa) Allgemeines .....	322
bb) Dienstwagen .....	323
cc) Werkwohnungen ...	329
2. Herausgabe von Arbeitsergebnissen und Erfindungen ...	335
a) Arbeitsergebnisse .....	335
b) Erfindungen .....	339
<b>II. Herausgabepflichten des Arbeitgebers</b> .....	341
1. Zeugnis .....	341
2. Arbeitspapiere .....	344
<b>III. Besonderheiten bei Organmitgliedern</b> .....	345
<b>M. Ausschlussfristen</b> .....	346
<b>I. Einstufige und zweistufige Ausschlussfristen</b> .....	347
<b>II. Mindestfrist: drei Monate</b> .....	349
<b>III. Weitere Unwirksamkeitsgründe</b> .....	353
<b>IV. Reichweite von Ausschlussfristen, insbesondere Ausnahme im Falle gesetzlicher Verbote</b> .....	357
<b>V. Formulierungsvorschlag</b> .....	364
<b>N. Salvatorische Klausel</b> .....	365
<b>I. § 139 BGB als Ausgangspunkt für die salvatorische Klausel</b> .....	366
<b>II. Erhaltungsklauseln</b> .....	368
<b>III. Ersetzungsklauseln</b> .....	373
1. Ersetzungsermächtigung für eine Vertragspartei .....	374
2. Ersetzungsermächtigung für einen Dritten .....	377
3. Ersetzungspflicht beider Parteien .....	379
4. Automatische Ersetzungsklausel .....	381
<b>IV. Ersetzungsmaßstab</b> .....	384
<b>V. Zweckmäßigkeit von Ersetzungsklauseln</b> .....	385

VI. Wirksamkeit der Ersetzungsklauseln .....	387
1. Zulässigkeit der Ersetzungsklausel als Individualvereinbarung .....	388
2. Zulässigkeit der Ersetzungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	390
VII. Schlussbetrachtung .....	392

## A. Abfindung

### I. Allgemeines

Verhandlungspsychologisch wird der Abfindung im Aufhebungsvertrag eine oftmals **zu große Bedeutung** zugemessen. Verhandlungspartner „fixieren“ sich häufig geradezu auf die Abfindung, und es erfolgt ein „Kampf“ um die richtige Abfindungshöhe. Dies lässt leicht aus dem Blick geraten, dass die Abfindungsregelung eingebettet ist in den Gesamtzusammenhang der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dass es zahlreiche andere Regelungen des Aufhebungsvertrages gibt, die ebenfalls Vergütungs- oder Abfindungscharakter haben und die häufig weniger „umkämpft“ sind. Aus taktischer Sicht kann es vor diesem Hintergrund Sinn machen, ggf. bei der Abfindungshöhe Zugeständnisse zu machen, aber im Rahmen anderer Bestimmungen „Land zu gewinnen“.

#### Beispiele:

- In Unternehmen unterliegen Abfindungshöhen häufig unternehmensinternen Vorgaben, dass zB bestimmte Faktoren (auf der Grundlage der Bemessung anhand von Betriebszugehörigkeit und Gehalt) nicht überschritten werden dürfen oder ein bestimmtes Budget für die Abfindung festgelegt wurde. Inhalt des Budgets sind aber häufig nicht **andere Komponenten des Arbeitsverhältnisses**, so dass zB eine Verlängerung der Kündigungsfrist unter Freistellung eher erreicht werden kann als die Erhöhung der Abfindung. Kombiniert man die Verlängerung der Freistellungszeit mit einer „Early Exit“-Option, nach der der Arbeitnehmer einseitig die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklären kann und die durch die vorzeitige Beendigung frei werdenden Gehälter dann in eine zusätzliche Abfindung konvertiert werden, so ist de facto eine Erhöhung der Abfindung erreicht worden.
- Häufig kann die Regelung der Gewährung einer **Outplacement-Maßnahme** erreicht werden. Gelingt es, eine Aufhebungsvereinbarung zu vereinbaren, dass nach Wahl des Arbeitnehmers der für das Outplacement vorgesehene Betrag auch als zusätzliche Abfindung gewährt werden kann, ist auf andere Weise eine zusätzliche Erhöhung der Abfindung erreicht.
- Häufig kann in Aufhebungsverträgen die **Übernahme bestimmter Kosten** durch den Arbeitgeber erreicht werden, zB die Tragung der anwaltlichen Beratungskosten des Arbeitnehmers für den Abschluss des Aufhebungsvertrages. Gelingt es, diese Punkte in der Aufhebungsvereinbarung zu verankern, so ist de facto das dem Arbeitnehmer zugewendete finanzielle Volumen vergrößert worden. Es bedarf dann nicht notwendig der Maximierung der Abfindungshöhe.

#### § 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

---

- 3 Das Verhandeln von Abfindungssummen ist häufig deshalb schwierig, weil es für die Bemessung von Abfindungsforderungen keine nachvollziehbaren objektiven Kriterien gibt. Die in § 10 KSchG vorgesehenen **Richtwerte** – ein Betrag bis zu 12 bzw. 18 Monatsverdiensten – ist der Besonderheit der Auflösungssituation des § 9 KSchG geschuldet und vor diesem Hintergrund auf die Konstellation der einvernehmlichen Beendigung von Vertragsverhältnissen nur begrenzt übertragbar. Auch „Formeln“ oder „Richtwerte“, die üblicherweise von einem Faktor von 0,5 des Monatsgehalts pro Jahr der Betriebszugehörigkeit ausgehen, stellen lediglich grobe „Daumenwerte“ dar, ohne dass hieraus eine Rechtfertigung für die Forderung von Abfindungen abgeleitet werden könnte. Vielmehr ist die Abfindungshöhe dem freien Spiel der Verhandlungskräfte ausgeliefert. Parteien in Aufhebungsvertragsverhandlungen nehmen sich vor diesem Hintergrund häufig **zu wenig Vorbereitungszeit**, um die Höhe der Forderung für eine Abfindung zu begründen. Dabei ist jede Begründung letztendlich pseudorational, weil eine Anspruchsgrundlage für den Erhalt einer Abfindung nicht besteht. Dies wiederum bedeutet aber nicht, dass es keine „Gründe“ für eine Abfindungsforderung gibt. Verhandlungsparteien tun gut daran, sich eine **klare Begründungsstrategie** für ihre Abfindungsforderung bzw. ihr Abfindungsangebot zurecht zu legen. Dabei können auch Sachverhalte aus dem persönlichen Umfeld bzw. private Motivationen herangezogen werden. Umgekehrt betrachtet bedeutet dies, dass kein Argument zu schlecht oder zu bedeutungslos ist, um vorgetragen zu werden, sondern gerade auch unkonventionelle Argumente in Verhandlungen häufig „verfangen“ können.
- 4 Es entspricht den Maßgaben guter Verhandlungsführung, auf die Argumente der jeweilig anderen Partei einzugehen und diese zu erörtern. Zufriedenstellende Ergebnisse im Rahmen einer Verhandlung wird man im Regelfall nur erreichen, wenn jede Partei mit der anderen Partei **„auf Augenhöhe“** verhandelt, die jeweiligen Argumente der anderen Seite ernst nimmt und versucht, gemeinsame Ziele und Interessen herauszusuchen.<sup>1</sup> Verhandlungen über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages werden häufig unnötig konfrontativ geführt, anstatt über die Herausarbeitung gleicher Interessenlagen Differenzen abzuschichten.
- 5 Eine professionelle, gute Verhandlungsführung wird ein Verhandlungsergebnis zu erreichen suchen, das für beide Parteien im schlechtesten Fall akzeptabel und im günstigsten Fall interessengerecht ist und das in jedem Fall beiden Vertragspartnern „Luft zum Atmen“ lässt. Auch ein noch so gut ausformulierter Vertrag bedarf in der Folgezeit nach Abschluss – wenn sich die Ereig-

---

1 Für verhandlungstaktisches Vorgehen vgl. im Einzelnen: *Fisher/Ury, Getting to Yes*.

nisse ggf. anders entwickeln als erwartet – häufig noch der **Umsetzung** mit einem entsprechenden „Goodwill“ der anderen Seite. Hat die eine Vertragspartei die andere Vertragspartei bei den Verhandlungen „mit dem Rücken zur Wand“ gestellt und in den Aufhebungsvertrag „gepresst“, so rächt sich das bei der Abwicklung des Vertrages, bei der Entstehung von weiteren Differenzen und Auslegungszweifeln sowie bei dem „Goodwill“ der weiteren Abwicklung oder Zusammenarbeit. Je weniger konstruktiv eine Verhandlung über den Aufhebungsvertrag abgeschlossen wurde, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass nachfolgend ein **Streit über den Aufhebungsvertrag** entsteht.

Bei der **Bemessung** der Abfindung ist darauf zu achten, dass nicht Komponenten in die Abfindung einbezogen werden, die **sozialversicherungspflichtig** sind. Die Abfindung selbst ist nicht sozialversicherungspflichtig. Werden jedoch sozialversicherungspflichtige Leistungen (Urlaubsabgeltung, Boni etc) in die Abfindung einbezogen, so trägt der Arbeitgeber das Risiko, dass im Rahmen einer Betriebsprüfung die entsprechenden Anteile nachträglich verbeitragt werden. Eine vorsätzliche „Umwidmung“ von sozialversicherungspflichtigen Lohnbestandteilen in Abfindungen kann zudem strafrechtlich relevant sein (§ 266 a StGB). 6

Die **Gestaltungsvarianten** der Abfindungszahlung sind vielfältig. Abfindungen werden üblicherweise als Einmalbetrag gezahlt. Denkbar ist – unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Folgen – aber auch eine Zahlung in Raten oder eine über verschiedene Zeitperioden versetzte Auszahlung (deferred payments). Denkbar ist auch die Kombination von Abfindungszahlungen mit Rückforderungsregelungen oder Erstattungsregelungen im Fall, dass bestimmte Umstände eintreten. Umgekehrt sind auch Erhöhungsregelungen denkbar für den Fall, dass bestimmte Bedingungen eintreten. Vorstellbar ist weiter, dass Abfindungsregelungen nicht als Einmalbetrag festgelegt werden, sondern dass die Höhe an andere Parameter (zB betriebswirtschaftliche Kennwerte des Unternehmens) geknüpft werden („Earn Out“-Regelungen). Der Phantasie sind hier keine Grenzen gesetzt. Vertragsgestalterisch ist auf die Transparenz dieser Regelungen und die sonstige Vereinbarkeit mit der **Inhaltskontrolle** (AGB-Kontrolle) zu achten. Gerade bei Regelungen, die die Festsetzung und Höhe der Abfindung betreffen, wirken sich **Unklarheiten** oft dergestalt aus, dass im Anschluss an den Abschluss des Aufhebungsvertrages Streitigkeiten darüber entstehen, wie die entsprechenden Vereinbarungen auszulegen und die Abfindungshöhe zu berechnen ist. 7

Schließlich sind bei der Festsetzung der Abfindung auch anderweitige Regelungen zu bedenken, die zu der Abfindungshöhe in Beziehung gesetzt werden müssen. So können zB tarifliche Abfindungsansprüche bestehen oder An- 8

## § 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

---

sprüche auf Abfindung aus einem Sozialplan. Hier sollte geregelt werden, wie sich die Abfindung des Aufhebungsvertrages zu **tariflichen Abfindungsansprüchen oder Sozialplanansprüchen** verhält, damit nicht anschließend eine doppelte Abfindungszahlung geltend gemacht wird. Gerade Sozialplanabfindungen nehmen immer mehr auch durch Gleichbehandlungsüberlegungen geprägte Aufstockungsfunktionen zum Arbeitslosengeld und insofern Versorgungsfunktionen wahr. Dies geht auch aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vererbbarkeit von Abfindungen hervor, wonach ein Anspruch auf eine Sozialplanabfindung nicht bestehen soll, wenn der Arbeitnehmer vor dem Zeitpunkt der geplanten Auszahlung zusammen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verstirbt und keine Vererbbarkeitsklausel vereinbart wurde.<sup>2</sup>

## II. Der Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG

- 9 Nach § 1a KSchG erwirbt der Arbeitnehmer bei einem Hinweis des Arbeitgebers nach § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG im Fall einer betriebsbedingten Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist einen Anspruch auf Abfindung, wenn er bis zum Ablauf der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG keine Kündigungsschutzklage erhebt. Der Anspruch ist von **drei Voraussetzungen** abhängig:
- Der Arbeitnehmer muss die Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ausgesprochen haben.
  - Der Arbeitgeber hat in der Kündigungserklärung den Hinweis erteilt, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann (§ 1a Abs. 1 S. 2 KSchG).
  - Der Arbeitnehmer erhebt bis zum Ablauf der Frist des § 4 S. 1 KSchG keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.
- 10 Auf den Punkt gebracht besteht das Konzept darin, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei einer betriebsbedingten Kündigung seinen Arbeitsplatz nach festen Sätzen „abkauft“, wenn die Kündigung des Arbeitgebers nicht auf die materielle Rechtmäßigkeit überprüft wird.<sup>3</sup> Die Konzeption des § 1a KSchG erlangte Bedeutung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Abwicklungsvertrag,<sup>4</sup> weil er die Chance zur einvernehmlichen Regelung einer Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ge-

---

2 BAG 25.9.1996 – 10 AZR 311/96, NZA 1997, 163.

3 Vgl. BSG 2.5.2012 – B 11 AL 6/11 R, NZS 2012, 874.

4 Vgl. BSG 18.12.2003 – B 11 AL 35/03 R, NZA 2004, 661.

gen Zahlung einer Abfindung regelmäßig **ohne die Verhängung einer Sperrzeit** ermöglichen kann. Die Besonderheit bei § 1 a KSchG liegt nun gerade darin, dass im Zusammenhang mit der betriebsbedingten Kündigung, die den Hinweis auf § 1 a KSchG enthält, gerade keine gesonderte Abwicklungsvereinbarung geschlossen wird. Die Konzeption bietet daher die Möglichkeit der Zuwendung einer Abfindung ohne Abschluss eines Abwicklungs- oder Aufhebungsvertrages und damit ohne das Risiko, dass in dem Abschluss eines Abwicklungs- oder Aufhebungsvertrages das „Lösen“ des Beschäftigungsverhältnisses nach § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III gesehen wird (Sperrzeit).

Dennoch stellt das Verfahren nach § 1 a KSchG **keine brauchbare Alternative** 11 zum Auflösungs- und Abwicklungsvertrag dar. Denn das Gesetz bestimmt in § 1 a Abs. 2 KSchG eine **festgelegte Abfindungssumme von 0,5 Monatsverdiensten** pro bestehendem Beschäftigungsjahr, wobei Zeiträume von mehr als sechs Monaten auf ein volles Beschäftigungsjahr aufzurunden sind. Bietet der Arbeitgeber eine höhere Abfindungsleistung an, als sie gesetzlich vorgesehen ist, kann in dem stillschweigenden Verzicht auf die Erhebung der Klage die konkludente Annahme des Angebots liegen, so dass konstruktiv doch wieder von einer Abwicklungsvereinbarung ausgegangen werden kann, die eine Sperrzeit begründen kann.<sup>5</sup> Bietet der Arbeitgeber eine geringere Abfindung an als in § 1 a KSchG vorgesehen, muss er deutlich machen, dass er nicht nach § 1 a KSchG vorgeht, da ansonsten der gesetzliche Anspruch des § 1 a Abs. 2 S. 1 KSchG gleichwohl entsteht. Vorsicht ist auch mit Abfindungsangeboten nach § 1 a KSchG im Zusammenhang mit Sozialplänen geboten. **Sozialplanabfindungen** und individualrechtlich vereinbarte bzw. zugesagte Abfindungen nach § 1 a KSchG können nebeneinander bestehen. Deren gleichzeitige Geltendmachung ist auch nicht rechtsmissbräuchlich.<sup>6</sup> In einen Aufhebungsvertrag wird daher vom Arbeitgeber eine Anrechnungsklausel einzufügen sein, ansonsten besteht das Risiko doppelter Zahlung. Dadurch verfängt jedoch die Incentivierung nicht mehr, keine Klage zu erheben.

### III. Steuerrechtliche Situation

Bis die Vorschrift zum 1.1.2006 aufgehoben wurde, regelte der § 3 Nr. 9 12 EStG aF, dass Abfindungen wegen einer vom Arbeitgeber veranlassten oder gerichtlich ausgesprochenen Auflösung des Dienstverhältnisses steuerfrei sind. Seitdem auch die Übergangsregelung des § 52 Abs. 4 a EStG aF im Jahr

<sup>5</sup> Vgl. BSG 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R, NJW 2010, 2459.

<sup>6</sup> Vgl. BAG 19.7.2016 – 2 AZR 536/15, NZA 2017, 121.

#### § 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

---

2008 ausgelaufen ist, sind seit dem 1.1.2008 **grundsätzlich alle Abfindungen** aus einem Aufhebungsvertrag (**einkommens-)**steuerpflichtig.<sup>7</sup>

- 13 Dies hat insbesondere in Hinblick auf mögliche steuerliche Ermäßigungen zu praktischen Problemen bei der Gestaltung von Aufhebungsverträgen mit Abfindungsvereinbarung geführt, die bis heute in der Rechtsprechung behandelt werden.

### IV. Die Steuerermäßigung nach §§ 34, 24 EStG

- 14 Die Steuergestaltungsmöglichkeiten der Abfindungszahlung werden häufig überschätzt. Trotzdem gilt es, einige Grundsätze zu beachten. Abfindungen werden steuerlich begünstigt, wenn die Voraussetzungen von § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 EStG, § 24 Nr. 1 EStG vorliegen.

#### 1. Voraussetzungen

- 15 Grundlage der Steuerermäßigung ist, dass in dem „zu versteuernden Einkommen außerordentliche Einkünfte enthalten“ sind.<sup>8</sup>

##### a) Außerordentliche Einkünfte

- 16 Abfindungen in Aufhebungsverträgen sind außerordentliche Einkünfte im Sinne von §§ 34, 24 EStG, wenn sie als Entschädigung für entgangene oder entgehende Einnahmen oder für die Aufgabe oder die Nichtausübung einer Tätigkeit geleistet werden.

##### aa) Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen, § 24 Nr. 1 lit. a EStG

- 17 Die erste und häufigere Möglichkeit einer ermäßigten Besteuerung ist gegeben, wenn eine Abfindung<sup>9</sup> als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen vereinbart wird. Dies bedeutet, dass die Abfindung an die Stelle weggefallener oder wegfallender Einnahmen tritt, die durch das ursprüngliche Arbeitsverhältnis begründet worden sind. Eine Entschädigung im Sinne der Norm ist laut Rechtsprechung eine Leistung, die **unmittelbar** durch den Verlust von steuerbaren Einnahmen bedingt ist sowie dazu bestimmt ist, diesen **Schaden auszugleichen**, und auf einer **neuen Rechts- oder Billigkeits-**

---

7 APS/Biebl, § 10 Rn. 51; GForm-KSchR/Doßler, BGB § 623 Rn. 60.

8 Vgl. § 34 Abs. 1 S. 1 EStG.

9 Das Gesetz spricht insofern von „Entschädigungen“, vgl. § 24 EStG.



**grundlage** beruht.<sup>10</sup> Dies ist im Fall von Abfindungen in Aufhebungsverträgen regelmäßig gegeben.

### (1) Unmittelbarkeit

Unmittelbarkeit in diesem Sinne meint, dass die Abfindung gerade aus dem Anlass der Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zufließen muss.<sup>11</sup> Dies bedeutet nicht, dass das Arbeitsverhältnis in vollem Umfang beendet werden muss. Zahlt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer eine Abfindung, weil dieser seine Wochenarbeitszeit aufgrund eines Änderungsvertrages unbefristet **reduziert**, so kann darin eine begünstigt zu besteuernde Entschädigung im Sinne von § 24 Nr. 1 lit. a EStG liegen. Der Bundesfinanzhof begründet dies unter anderem damit, dass die gänzliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur als Voraussetzung für eine Entschädigung nach § 24 Nr. 1 lit. b, c EStG erforderlich ist, nicht aber nach Nr. 1 lit. a, weil dieser nur vorschreibt, dass Einnahmen wegfallen und dass dafür Ersatz geleistet wird.<sup>12</sup> 18

Unmittelbarkeit in diesem Sinne meint jedoch nicht, dass die Entschädigung durch denjenigen erfolgen muss, der den Wegfall der Einnahmen verursacht hat.<sup>13</sup> So kann etwa ein Aktionär einem Vorstandsmitglied einer AG wegen der Zusage, vorzeitig aus der Gesellschaft auszuscheiden, eine Zahlung leisten, die als Entschädigung im Sinne von § 24 Nr. 1 lit. a EStG gilt.<sup>14</sup> 19

### (2) Ausgleichsfunktion

Weiterhin muss die Leistung erfolgen, um den **Verlust von steuerbaren Einnahmen auszugleichen**. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass solche Leistungen, die noch zur Erfüllung des zugrunde liegenden Arbeitsvertrages geleistet werden, keine Entschädigungen im Sinne von § 24 Nr. 1 lit. a EStG sein können. Dessen Abwicklung richtet sich ausschließlich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Die Bezeichnung der Leistung als Abfindung ist für die steuerrechtliche Behandlung unerheblich. Ein Beispiel sind variable, erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile, die noch nach Beendigung des zugrunde liegenden Vertrages, ggf. auch zeitgleich mit einer Abfindung, ausgezahlt werden. Es muss geprüft werden, ob die (vertraglichen) 20

10 Vgl. BFH 13.3.2018 – IX R 16/17, DStRE 2018, 981; BFH 10.7.2008 – IX R 84/07, BFH/NV 2009, 130.

11 Vgl. BFH 1.8.2007 – XI R 18/05, NWB 2007, 8.

12 BFH 25.8.2009 – IX R 3/09, DStR 2009, 2418.

13 Blümich/Fischer, EStG § 24 Rn. 22.

14 BFH 24.2.1981 – VIII R 109/76, ZIP 1981, 1136.

#### § 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

---

Voraussetzungen zur Entstehung des variablen, erfolgsabhängigen Vergütungsanspruchs zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung vorlagen. Eine ermäßigte Besteuerung erfolgt in einem solchen Fall nicht.<sup>15</sup> Weiterhin zu überprüfen ist, ob nicht lediglich die Zahlungsmodalitäten oder andere vertragliche Abreden modifiziert wurden oder ein neuer Vertrag vereinbart wurde, etwa, weil der vorherige unwirksam oder gestört war.<sup>16</sup>

#### 21 Beratungshinweis:

Maßgeblich ist, dass keine Auszahlung eines versteckten Arbeitslohnes in Form der Abfindung erfolgt. Auffällig sind daher zum Beispiel sehr krumme Beträge oder die Aufführung einzelner Posten und Positionen, die mit der Aufhebung oder Abfindung als „erledigt“ gelten.

#### (3) Neue Rechts- oder Billigkeitsgrundlage

- 22 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Leistung auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage beruhen muss, die an die Stelle der Grundlage der bisherigen Einnahmen tritt.<sup>17</sup> Dies ist bei einem Aufhebungsvertrag üblicherweise der Fall. Für die Abgrenzung von Ansprüchen zur Erfüllung des zugrunde liegenden Vertrages und Ansprüchen, die auf der neuen Rechtsgrundlage beruhen, ist grundsätzlich der **Zeitpunkt** anzusehen, in dem das ursprüngliche Vertragsverhältnis wirksam beendet wird. Daher ist dieses Merkmal nicht rein zeitlich, sondern funktional zu verstehen.<sup>18</sup> Zu beachten ist, dass die Entschädigung nicht dafür geleistet werden darf, dass kein neuer Vertrag abgeschlossen wird. Zwar liegt eine Entschädigung im Sinne von § 24 Nr. 1 lit. a EStG vor, wenn bereits zu Beginn des Vertragsverhältnisses ein Ersatzanspruch für den Fall der betriebsbedingten Kündigung oder Nichtverlängerung des Dienstverhältnisses vereinbart wird, nicht aber, wenn eine Entschädigung während des noch laufenden Vertrages geleistet wird, damit dieser vertragsgemäß ausläuft und/oder nicht verlängert wird.<sup>19</sup> Als neue Rechtsgrundlage in diesem Sinne gelten alle Regelungen, die einen Anspruch auf Leistung (neu) begründen,<sup>20</sup> etwa Aufhebungsverträge, Abwicklungsverträge, Änderungsvereinbarungen, gerichtliche Vergleiche,<sup>21</sup> Urteile, Betriebsvereinbarungen, Sozialpläne oder auch Tarifverträge.<sup>22</sup> Nicht als

---

15 BFH 24.10.2007 – XI R 33/06, HFR 2008, 449.

16 Blümich/*Fischer*, 144. EL Oktober 2018, EStG § 24 Rn. 20 a.

17 BFH 10.9.2003 – XI R 9/02, NZA-RR 2004, 315.

18 Blümich/*Fischer*, 144. EL Oktober 2018, EStG § 24 Rn. 20.

19 BFH 10.7.2008 – IX R 84/07, BFH/NV 2009, 130.

20 Blümich/*Fischer*, 144. EL Oktober 2018, EStG § 243 Rn. 21.

21 Vgl. BFH 12.7.2016 – IX R 33/15, NJW 2016.

22 SKW-ArbR/*Regb*, Abfindung, Rn. 32.

Entschädigungen in diesem Sinne gelten Streik- und Aussperrungsunterstützungen, die streikende Gewerkschaftsmitglieder erhalten. Ursprünglich sah die Rechtsprechung solche Zahlungen als unmittelbare Ausgleichszahlungen für den Lohnausfall an. Allerdings setzt die steuerliche Begünstigung voraus, dass der Wegfall der Einnahmen nicht aus der Sphäre des Leistungsempfängers stammt.<sup>23</sup>

#### (4) Veranlassung der Beendigung/Drucksituation

Ein entscheidendes Merkmal ist, dass die Veranlassung der Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgen muss. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber die entscheidenden Ursachen für die Auflösung gesetzt hat. Davon ist in der Regel auszugehen, wenn der Arbeitgeber sich dazu bereit erklärt, eine Abfindung zu zahlen.<sup>24</sup> Dies bedeutet logischerweise, dass der Anwendungsbereich des § 24 Nr. 1 EStG gesperrt ist, wenn ausschließlich der Arbeitnehmer eine Ursachenkette in Gang setzt, die zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führt.<sup>25</sup>

#### Beratungshinweis:

Dieses Erfordernis lässt sich nicht durch eine dahin gehende Klausel im Vertrag umgehen, denn diese bindet die Finanzverwaltung nicht.<sup>26</sup> Andererseits hat eine solche Regelung aber durchaus klarstellenden Charakter und ist daher sinnvoll, dh dass die Beendigung „arbeitgeberseitig veranlasst“ erfolgt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs muss der Arbeitnehmer unter einem **nicht unerheblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder tatsächlichen Druck** gestanden haben.<sup>27</sup> Dies meint nicht, dass die Vorgänge, die zur Entschädigung geführt haben, gegen oder ohne den Willen des Arbeitnehmers eingetreten sind,<sup>28</sup> sondern vielmehr reicht auch eine einvernehmliche Lösung aus, wenn der Empfänger in einer Konfliktsituation letztlich nachgegeben hat.<sup>29</sup> Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Steuerermäßigung. Sie ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Steuerpflichtige dem zusammengeballten Zufluss der Einnahmen nicht entziehen kann.<sup>30</sup>

23 BFH 30.10.1970 – VI R 273/67, DB 71, 367.

24 BFH 10.11.2004 – XI R 64/03, DStR 2005, 102 (zu § 3 Nr. 9 EStG aF).

25 BFH 13.3.2018 – IX R 16/17, DStRE 2018, 981.

26 Vgl. ausf. *Lingemann/Groneberg*, NJW 2010, 3496 (3497).

27 Vgl. etwa BFH 11.1.2005 – IX R 67/02, BFH/NV 2005, 1044; BFH 23.11.2016 – X R 48/14, DStRE 2017, 579.

28 BFH 20.7.1978 – IV R 43/74, BFHE 125, 271.

29 BFH 23.11.2016 – X R 48/14, DStRE 2017, 579; BFH 29.2.2012 – IX R 28/11, DStR 2012, 1132.

30 BFH 29.2.2012 – IX R 28/11, DStR 2012, 1132.

Dennoch besteht ein Anspruch auf Urlaub für das Organmitglied. Grundsätzlich sieht dies regelmäßig der Anstellungsvertrag vor; fehlt diese Regelung, so kann ein Anspruch auf angemessenen Erholungsurlaub aus der Treue- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft abgeleitet werden.<sup>256</sup> **Soweit das BUrlG nicht gilt**, können mit Organmitgliedern Urlaubsabgeltungen vereinbart werden.<sup>257</sup>

Aus diesem Grund besteht auch ein Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs für ein vertretungsberechtigtes Organmitglied, soweit das Organmitglied aufgrund der Beendigung des Dienstverhältnisses den Erholungsurlaub nicht mehr in Anspruch nehmen kann.<sup>258</sup> 167

Auch hier ist der Ausschluss des Urlaubsabgeltungsanspruchs möglich, soweit dieser im Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags bereits entstanden ist. Gesellschaft und Organmitglied können in einem Aufhebungsvertrag einen Verzicht auf den Urlaubsabgeltungsanspruch vereinbaren. Vereinbaren die Parteien im Aufhebungsvertrag eine allgemeine Ausgleichsklausel, ohne Urlaubsabgeltungsansprüche auszunehmen, erfasst die Erledigungswirkung auch bereits zu diesem Zeitpunkt entstandene Urlaubsabgeltungsansprüche.<sup>259</sup> 168

## G. Freistellung

Die Freistellungsregelung ist ein typischer Inhalt des Aufhebungsvertrages. Regelmäßig beendet der Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis erst zu einem späteren Zeitpunkt, so dass zwischen Abschluss des Aufhebungsvertrages und Beendigung eine **Auslauffrist** besteht. Für die Dauer der Auslauffrist besteht für den Arbeitnehmer die Verpflichtung, seine Arbeitsleistung zu erbringen, und für den Arbeitgeber die Verpflichtung, den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Entspricht eine fortgesetzte Beschäftigung nicht dem Interesse der Parteien, können sie im Aufhebungsvertrag vereinbaren, dass sie von den jeweiligen Pflichten freigestellt werden. Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers wird dabei aber im Regelfall aufrechterhalten. Zwar ist auch die Vereinbarung einer unbezahlten Freistellung möglich, im Zweifel gilt allerdings die Fortzahlung der vollen Vergütung als vereinbart. Der Vergütungsanspruch entfällt nur, wenn diesbezüglich zwischen den Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen wird. Für diese Vereinbarung sei der Ar- 169

256 GK-AktG/Kort, AktG § 84 Rn. 421; Spindler/Stilz/Fleischer, AktG § 84 Rn. 62; Fleischer/Thüsing, § 4 Rn. 77.

257 Vgl. OLG Düsseldorf 23.12.1999 – 6 U 119/99, NJW-RR 2000, 768 (769); Fleischer/Thüsing, § 4 Rn. 76; GK-AktG/Kort, AktG § 84 Rn. 423.

258 Vgl. MüKoGmbHG/Jaeger, GmbHG § 35 Rn. 327; Lohrt, NZG 2001, 826 (835).

259 Bauer/Krieger/Arnold Aufhebungsverträge, Rn. C 124.

§ 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

---

beitgeber darlegungs- und beweispflichtig.<sup>260</sup> Dabei wird freilich der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ in sein Gegenteil verkehrt.

- 170 Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Anspruch auf Freistellung **unter Fortzahlung der Bezüge**, so dass es für den Arbeitgeber naheliegend ist, die dem Arbeitnehmer noch zustehenden Urlaubstage auf die ohnehin bestehende Freistellung anzurechnen.
- 171 Soll mit der Freistellung auch der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers erfüllt werden, muss der Arbeitgeber dies hinreichend deutlich erkennbar machen.<sup>261</sup> Allein aus dem Umstand, dass im Aufhebungsvertrag die Freistellung unter Fortzahlung der Bezüge vereinbart wurde, kann nicht darauf geschlossen werden, dass damit auch der Urlaubsanspruch erfüllt werden sollte. Daher sollte die Vereinbarung ausdrücklich vorsehen, dass die Freistellung unter Anrechnung noch offener Urlaubsansprüche erfolgt.
- 172 Zu beachten ist allerdings, dass der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nur durch eine **unwiderrufliche** Freistellung erfüllen kann.<sup>262</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Freistellung ausdrücklich unwiderruflich vereinbart werden muss, damit die Anrechnungsklausel Wirksamkeit entfaltet. Das Bundesarbeitsgericht geht vielmehr davon aus, dass die Unwiderruflichkeit Rechtsfolge der Urlaubsanrechnung ist und deshalb nicht gesondert vereinbart werden muss.<sup>263</sup> Diese Annahme reicht nur soweit, wie die Freistellung nicht unter ausdrücklichem Widerrufsvorbehalt steht, in diesem Fall ist die vereinbarte Urlaubsanrechnung unwirksam.<sup>264</sup>
- 173 Etwas anderes gilt für einen sich aus einem Arbeitszeitkonto ergebenden **Freizeitausgleichsanspruch** des Arbeitnehmers, diesen kann der Arbeitgeber auch durch eine widerrufliche Freistellung erfüllen.<sup>265</sup>
- 174 Im Aufhebungsvertrag sollte ferner im Fall einer Freistellung auch immer geregelt werden, ob sich der Arbeitnehmer einen während der Dauer der Freistellung anderweitig erzielten Verdienst auf die fortgezählten Bezüge anrechnen lassen muss.
- 175 Entgegen seiner früheren Rechtsprechung geht das Bundesarbeitsgericht nunmehr davon aus, dass im Fall einer vertraglich vereinbarten Freistellung anderweitiger Verdienst auf die vom Arbeitgeber gezahlten Bezüge nur dann

---

260 LAG Hamm 28.9.2007 – 4 Sa 906/07, AiB Newsletter 2008, Nr. 3, S. 5.

261 BAG 9.6.1998 – 9 AZR 43/97, BeckRS 1998, 30015608.

262 BAG 14.3.2006 – 9 AZR 11/05 – BeckRS 2006, 43271.

263 BAG 14.3.2006 – 9 AZR 11/05 – BeckRS 2006, 43271.

264 BAG 14.3.2006 – 9 AZR 11/05 – BeckRS 2006, 43271.

265 BAG 19.5.2009 – 9 AZR 433/08, BeckRS 2009, 72155.

angerechnet wird, wenn sich dieser die **Anrechnung** vertraglich vorbehalten hatte.<sup>266</sup>

Das Bundesarbeitsgericht hält § 615 BGB bei einer vertraglich vereinbarten Freistellung pauschal für nicht anwendbar, da dem Arbeitgeber mangels Arbeitspflicht des Arbeitnehmers die Gläubigerstellung fehlt, so dass ein Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB nicht begründet werden kann (und dementsprechend auch kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn, auf den der anderweitige Verdienst nach § 615 S. 2 BGB angerechnet werden könnte). Weiterhin soll eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes auch nicht in entsprechender Anwendung von § 615 S. 2 BGB oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung in Betracht kommen. Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs muss daher **ausdrücklich vereinbart** werden. Zudem muss sie getrennt werden von der Urlaubsanrechnung; hier ist zwischen den jeweiligen Zeitabschnitten zu differenzieren (Formulierung → Rn. 182). 176

Das **Wettbewerbsverbot** aus § 60 Abs. 1 HGB besteht grundsätzlich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und bleibt auch von der Freistellung unberührt.<sup>267</sup> Etwas anderes gilt allerdings, wenn die Freistellung unwiderruflich und unter dem Vorbehalt der Anrechnung etwaigen anderweitigen Verdienstes erfolgt. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer regelmäßig nur dann an das Wettbewerbsverbot aus § 60 HGB gebunden, wenn der Arbeitgeber einen dahin gehenden Willen in der Freistellungserklärung zum Ausdruck bringt.<sup>268</sup> 177

Um Unklarheiten über den Bestand des Wettbewerbsverbotes zu vermeiden, empfiehlt es sich daher bei Vereinbarung einer Freistellungsklausel immer auch eine (ggf. bloß deklaratorische) Abrede über das Wettbewerbsverbot aus § 60 HGB zu treffen. 178

Hinsichtlich der **sozialversicherungsrechtlichen Folgen** einer unwiderruflichen Freistellung ist zwischen der leistungsrechtlichen und der beitragsrechtlichen Ebene zu unterscheiden. Erfolgt die Freistellung unwiderruflich, endet damit das Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinn, eine einvernehmliche und unwiderrufliche Freistellung kann daher eine Sperrzeit nach § 159 SGB III zur Folge haben (die freilich dann schon läuft, wenn der Arbeitnehmer in der Freistellungszeit noch Arbeitsentgelt erhält).<sup>269</sup> 179

266 BAG 19.3.2002 – 9 AZR 16/01, BeckRS 2002, 40940; zur Kritik an dieser Rspr.: *Bauer*, NZA 2007, 409 (411).

267 BAG 30.5.1978 – 2 AZR 598/76, NJW 1979, 335.

268 BAG 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, BeckRS 2006, 44623.

269 BSG 25.4.2002 – B 11 AL 65/01 R, BeckRS 2002, 40943.

#### § 4 Einzelne Regelungen des Aufhebungsvertrages

---

- 180 Von der unwiderruflichen Freistellung unberührt bleibt dagegen das Beschäftigungsverhältnis im beitragsrechtlichen Sinne.
- 181 Zwar kamen die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger in ihrer Besprechung vom 5./6.7.2005 zu dem Ergebnis, dass eine einvernehmliche unwiderrufliche Freistellung auch das Beschäftigungsverhältnis im beitragsrechtlichen Sinn beenden würde. Dieser Auffassung ist das Bundessozialgericht allerdings entgegengetreten und hat klargestellt, dass bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts das Beschäftigungsverhältnis im beitragsrechtlichen Sinn bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses fortbesteht.<sup>270</sup> Der Arbeitnehmer genießt daher für die Dauer der Freistellung **Versicherungsschutz** in den gesetzlichen Sozialversicherungen. Der Arbeitgeber hat Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Erübrigt hat sich damit die Praxis, eine Freistellung ausdrücklich widerruflich zu vereinbaren, um dem Arbeitnehmer so den Versicherungsschutz zu erhalten.
- 182 Eine **Freistellungsregelung** im Aufhebungsvertrag kann danach wie folgt lauten:

Der Arbeitnehmer wird bis zum Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Die Freistellung erfolgt unter Fortzahlung der vertraglichen Vergütung, wobei für die variablen Bezüge Folgendes gilt: [...]

Die Freistellung erfolgt zunächst unter Anrechnung der restlichen Ansprüche des Arbeitnehmers auf Urlaub, danach unter Anrechnung tatsächlich erzielten anderweitigen Erwerbs nach Annahmeverzugsgrundsätzen. Der Arbeitnehmer ist der Gesellschaft gegenüber unaufgefordert schriftlich und unverzüglich zur Auskunft über die Art und Höhe eines etwaigen anderweitigen Erwerbs verpflichtet, unter Vorlage aussagekräftiger Belege. Bis zum Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses bleibt das vertragliche Wettbewerbsverbot (§ 60 HGB) in Kraft.

## H. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

- 183 Im Aufhebungsvertrag ist häufig zu klären, wie sich die Beendigung zu einem ggf. vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot verhält. In einem Aufhebungsvertrag kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot sowohl aufgehoben oder modifiziert als auch erstmalig begründet werden.
- 184 Die (entschädigungslose) **Aufhebung** eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes bietet sich für den Arbeitgeber vor allem dann an, wenn sich die Umstände des jeweiligen Wettbewerbsverhältnisses gewandelt haben, so dass die Kenntnisse und Fähigkeiten des Angestellten einem Konkurrenten keinen

---

270 BSG 24.9.2008 – B 12 KR 27/07 R, BeckRS 2009, 56494; BSG 24.9.2008 – B 12 KR 22/07 R, BeckRS 2009, 54000.