

412-1

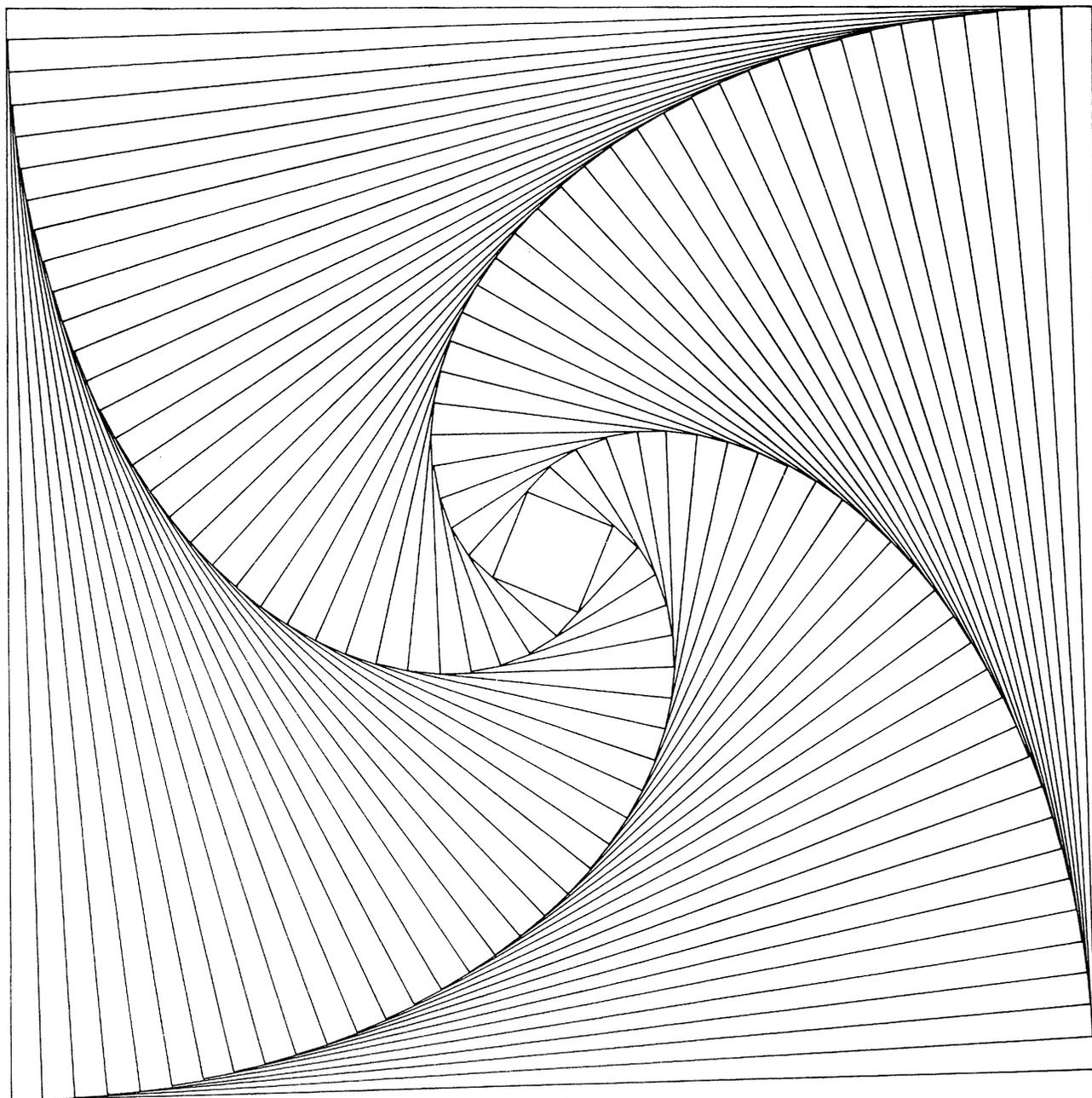
G 6053 F

SAE

Sammlung
Arbeitsrechtlicher
Entscheidungen

7

44. Jahrgang
Okt./November
1990



Verantwortlich RA Dr. E. G. Erdmann
und RA E. G. Mager, Köln

Wirtschaftsverlag Bachem

Sammlung

Arbeitsrechtlicher

Entscheidungen

7

44. Jahrgang
Okt./November
1990

Inhalt

Bundesarbeitsgericht:

Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Arbeitnehmers

Urteil vom 6. 9. 1989 – 5 AZR 586/88
Anmerkung Prof. Dr. Johannes Hager,
Eichstätt/Ingolstadt **277**

Mitbestimmung bei der Arbeitszeit von Redakteuren

Beschluß vom 30. 1. 1990 – 1 ABR 101/88
Anmerkung Dr. Winfried Reske, Rösrath/Bonn,
und Ulf Berger-Delhey, Bonn **281**

Rechtsschutzinteresse bei Betriebsratswahanfechtung

Beschluß vom 15. 2. 1989 – 7 ABR 9/88
Anmerkung Rechtsanwalt Dr. Stephan Weth, Köln **289**

Anwaltskosten eines Betriebsratsmitglieds im eigenen Ausschlußverfahren

Beschluß vom 19. 4. 1989 – 7 ABR 6/88
Anmerkung Rechtsanwalt Ulrich Krichel, Köln **296**

Vorruhestand und befreiende Lebensversicherung

Urteil vom 10. 10. 1989 – 3 AZR 28/88
Anmerkung Wiss. Ass. Dr. Curt W. Hergenröder,
Berlin **303**

BAG-Entscheidungen in Leitsätzen

316

Literaturhinweise zum Arbeitsrecht

auf der 3. Umschlagseite

Herausgeber:

**Bundesvereinigung
der Deutschen
Arbeitgeberverbände**

Verantwortlich

Rechtsanwalt Dr. Ernst-Gerhard Erdmann und
Rechtsanwalt Ernst-Günther Mager, Köln

Redaktion

RA Ernst-Günther Mager
Christel Finke-Hollweg
Gustav-Heinemann-Ufer 72, Postfach 51 05 08
5000 Köln 51, Tel. (02 21) 37 95-125

Verlag und Druck

Wirtschaftsverlag Bachem GmbH
Ursulaplatz 1, Postfach 10 80 02
5000 Köln 1, Tel. (02 21) 16 19-0
Kölner Bank von 1867
(BLZ 371 600 87) 410 219 000
Deutsche Bank Köln (BLZ 370 700 60) 1358 555
Postscheckkonto Köln
(BLZ 370 100 50) 34 5551-502

Erscheinungsweise: achtmal jährlich

Bezugsbedingungen

Bestellung können beim Verlag und beim Buchhandel erfolgen. – Bezugspreis: jährlich DM 82,00 zuzügl. Porto, Versandkosten und 7% Merkwertsteuer. Einzelheft DM 10,90. – Lieferung erfolgt bis auf ausdrückliche Abbestellung, die 6 Wochen vor Jahresende erfolgen muß.

ISSN 0048-9069

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Anmerkungen zu den abgedruckten Entscheidungen stellen nicht die Meinung des Herausgebers dar.

Sammlung

Arbeitsrechtlicher

Entscheidungen

7

44. Jahrgang
Okt./November
1990

Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Arbeitnehmers

Soll der Arbeitnehmer bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag für den Fall einer vertraglich eingeräumten kürzeren fristgemäßen Eigenkündigung eine „Abfindung“ zahlen, kann in einer solchen Vertragsklausel eine unzulässige Kündigungsbeschränkung zu Lasten des Arbeitnehmers liegen (§ 622 Abs. 5, § 134 BGB), und zwar auch dann, wenn der Arbeitgeber bei einer fristgerechten Kündigung seinerseits ebenfalls eine Abfindung zahlen soll, deren Betrag sogar höher ist (Weiterentwicklung von BAG AP Nr. 9 und Nr. 12 zu § 622 BGB [SAE 1973, 19 mit Anm. Bickel – d. Red.]).

Bundesarbeitsgericht

Urteil vom 6. 9. 1989 – 5 AZR 586/88 (LAG Hamm – 16 Sa 525/88)

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob Vergütungsansprüche des Kl. durch Aufrechnung erloschen sind, welche die Bekl. auf eine vertragliche Abrede stützt, wonach der Kl. im Falle vorzeitiger fristgerechter Eigenkündigung eine „Abfindung“ an die Bekl. zahlen soll.

Der Kl., ein Diplom-Kaufmann, war seit dem 1. 10. 1983 bei der Bekl. beschäftigt. Seit dem 1. 9. 1986 nahm er die Position eines Leiters der kaufmännischen Verwaltung wahr und bezog zuletzt ein monatliches Bruttogehalt von 5.720,- DM. Der Anstellungsvertrag vom 19. 8. 1986 lautet auszugsweise wie folgt:

„... wird mit Wirkung vom 1. September 1986 folgender Anstellungsvertrag geschlossen; alle vorherigen Vereinbarungen wurden für ungültig erklärt.
1. Der Vertrag wird auf die Dauer von 5 Jahren geschlossen. Er ist somit erstmalig kündbar zum 1. September 1991. Die beiderseitige Kündigungsfrist beträgt ein halbes Jahr. Wird der Vertrag nicht innerhalb der vereinbarten Kündigungsfrist gekündigt, verlängert er sich jeweils automatisch um ein weiteres Jahr.

13. In Ergänzung zu Punkt 1 vereinbaren die Parteien die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung des Vertrages mit einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Quartalsende. Kündigt die Firma den Vertrag vorzeitig, zahlt sie Herrn D eine Abfindung von 0,5 Bruttomonatsgehältern pro Jahr Betriebszugehörigkeit; kündigt Herr D den Vertrag vorzeitig, zahlt er der Firma eine Abfindung von 0,25 Bruttomonatsgehältern pro Jahr Betriebszugehörigkeit.“

Der Kl. kündigte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist zum 31. 8. 1987. Mit Schreiben vom 28. 8.

1987 teilte die Bekl. ihm daraufhin mit, gemäß Nr. 13 des Vertrages müsse er eine Abfindung wegen vorzeitiger Vertragsauflösung zahlen. Sie behielt von den Bezügen des Kl. für den Monat August, die Gehalt und Urlaubsgeld von je 5.500,- DM brutto umfaßten, einen Nettobetrag von 5.720,- DM ein. Das hält der Kl. für nicht gerechtfertigt und verlangt mit seiner Klage die Auszahlung des einbehaltenen Betrages. Er hat vorgetragen, Nr. 13 des im übrigen von ihm entworfenen Vertrages sei nur auf Verlangen der Bekl. aufgenommen worden. Eine Abfindungszahlung des ArbN an den ArbGeb verstoße aber gegen das KSchG und sei daher nichtig.

Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an ihn 5.720,- DM netto nebst 9% Zinsen seit dem 7. 9. 1987 zu zahlen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, Nr. 13 des Vertrages sei auf ausdrücklichen Wunsch des Kl. in den Vertrag aufgenommen worden. Sinn und Zweck der Regelung sei es gewesen, eine gerichtliche Auseinandersetzung möglichst zu vermeiden. Durch den Anstellungsvertrag habe eine längere Bindung des Kl. an das Unternehmen bewirkt werden sollen, um eine sinnvolle Leitung der kaufmännischen Verwaltung sicherzustellen. Zur Einführung des Kl. in seine neue Position habe sie Investitionen vornehmen müssen. Nr. 13 des Vertrages enthalte in Ergänzung zu Nr. 1 ein „Notventil“ für den Fall, daß eine der Vertragsparteien vorzeitig eine Beendigung des auf fünf Jahre abgeschlossenen Vertrages wünsche. Darin liege eine zulässige faktische Kündigungsbeschränkung, wie sie bei Rückzahlung von Ausbildungskosten oder von Gratifikationen im Falle vorzeitigen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis anerkannt sei. Im übrigen treffe die Kündigungsbeschränkung beide Seiten, wobei die Kündigung des ArbGeb eine wesentlich höhere Zahlungsverpflichtung auslöse.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben. Das LAG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, mit der die Bekl. ihr Ziel der Klageabweisung weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet. Der Kl. schuldet der Bekl. keine Abfindung. Die Bekl. kann daher nicht mit einer entsprechenden Forderung gegen den Gehaltsanspruch des Kl. aufrechnen.

I. Das LAG hat angenommen, die für den Fall vorzeitiger Kündigung durch den ArbN in den Anstellungsvertrag aufgenommene Verpflichtung, eine Abfindung zu zahlen, sei nach § 134 BGB nichtig. Bei der Klausel der Nr. 13 des Anstellungsvertrages handele es sich um eine atypische wechselseitige Vertragsstrafenabrede mit der Wirkung einer unzulässigen Kündigungsbeschränkung. Das Kündigungsrecht des ArbN könne nur im Rahmen des nichtdispositiven § 624 Abs. 1 BGB ausgeschlossen werden. Überdies biete Art. 12 GG eine verfassungsrechtliche Gewähr für das Kündigungsrecht des ArbN. Die Verpflichtung des ArbN, bei fristgerechter Kündigung dem ArbGeb eine „Abfindung“ zu zahlen, sei mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar, unbeschadet der vertraglichen Verpflichtung der Bekl., bei vorzeitiger Kündigung ebenfalls eine Abfindung zu zahlen.

Die Abfindungsklausel lasse sich auch nicht mit § 622 Abs. 5 BGB rechtfertigen. Diese Bestimmung regle nur die Gleichheit der Kündigungsfristen der Vertragspartner und verbiete Kündigungsbeschränkungen zu Lasten des ArbN. Zwar habe die Rechtsprechung Kündigungsbeschränkungen bei der Rückzahlung von Gratifikationen und Ausbildungskosten zugelassen. Davon unterscheide sich die vorliegende Fallgestaltung jedoch erheblich, weil es an einem dem ArbN zusätzlich gewährten Vermögensvorteil wie auch an einem anzuerkennenden sachlichen Grund für eine Bindung des ArbN fehle.

Das LAG hat weiter angenommen, der Kl. habe die Abfindung auch nicht als Vertragsstrafe verwirkt, weil er nicht vertragsbrüchig geworden sei. Der Arbeitsvertrag gestatte die ordentliche Kündigung beider Vertragsteile. Die Kündigung sei auch keine zum Schadenersatz verpflichtende schuldhafte Vertragsverletzung, da sie nicht gegen eine rechtlich zulässige Kündigungsbeschränkung verstoße. Schließlich setze der Kl. sich durch den Einwand der Nichtigkeit der streitigen Vertragsklausel nicht treuwidrig zu seinem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch, da er nicht seinerseits die Aufnahme der Klausel in den Vertrag betrieben habe. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

II. 1. Nach § 622 Abs. 5 BGB darf für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den ArbN einzelvertraglich keine längere Frist vereinbart werden als für die Kündigung durch den ArbGeb. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung ist nach ihrem Sinn und Zweck nicht nur dann gegeben, wenn einzelvertraglich für den ArbN längere Kündigungsfristen oder ungünstigere Kündigungstermine festgelegt werden als für den ArbGeb, sondern bereits dann anzunehmen, wenn die Kündigung des ArbN gegenüber der des ArbGeb erschwert ist. Daher sind Kündigungsbeschränkungen zu Lasten des ArbN als unzulässig anzusehen. Derartige Kündigungsbeschränkungen können darin liegen, daß der ArbN für den Fall der fristgerechten Kündigung eine von ihm gestellte Kautions verlieren (vgl. BAG Urteil vom 11. 3. 1971 – 5 AZR 349/70 – AP Nr. 9 zu § 622 BGB) oder daß er eine Vertragsstrafe für den Fall einer fristgemäßen Kündigung zahlen soll (vgl. BAG Urteil vom 9. 3. 1972 – 5 AZR 246/71 – AP Nr. 12 zu § 622 BGB [SAE 1973, 19 mit Anm. Bickel – d. Red.]; vgl. ferner BAGE 2, 322 = AP Nr. 1 zu § 394 BGB [SAE 1956, 117 mit Anm. Sabin – d. Red.]). Die Rechtsprechung behandelt Klauseln mit Kündigungsbeschränkungen zu Lasten des ArbN

wegen Verstoßes gegen 622 Abs. 5 BGB als nichtig gemäß § 134 BGB (vgl. BAG Urteil vom 9. 3. 1972 – 5 AZR 246/71 – AP Nr. 12 zu § 622 BGB, zu 4 der Gründe [SAE 1973, 19 mit Anm. Bickel – d. Red.]). Den übrigen Vertragsinhalt berührt die Nichtigkeit jedoch nicht (vgl. KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 622 Rz. 90 m. w. N.).

2. Im Streitfall liegt ebenfalls eine Kündigungsbeschränkung zu Lasten des ArbN vor, wie das LAG zutreffend erkannt und ausgeführt hat. Zwar sind die Kündigungsfristen des auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrages für beide Vertragspartner gleich, der Kl. wird aber für den Fall einer – vertraglich ausdrücklich eingeräumten – Kündigung mit kürzerer Frist durch die Verpflichtung, eine Abfindung zu zahlen, belastet. Dadurch wird seine Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkt. Die Rechtslage ist ähnlich zu beurteilen, wie wenn der Kl. bei Ausspruch einer – vertraglich zulässigen – Kündigung eine Vertragsstrafe zahlen müßte.

Dieses Ergebnis ändert sich nicht dadurch, daß auch die Bekl. bei einer Kündigung ihrerseits mit verkürzter Frist nach Nr. 13 des Anstellungsvertrages eine Abfindung zahlen muß, die betragsmäßig sogar höher liegt als die des Kl. Denn zwischen beiden „Abfindungen“ besteht in der Sache ein grundlegender Unterschied. Abfindungen sind für den ArbGeb eine normale Erscheinung des Arbeitslebens, wie die §§ 9, 10 KSchG zeigen. Dagegen kennt das Gesetz im Falle einer Kündigung seitens des ArbN keine Abfindung des ArbN an den ArbGeb. Soll der ArbN für eine Kündigung eine „Abfindung“ von seinem Arbeitsverdienst zahlen, muß er dafür, daß er von einem von der Rechtsordnung vorgesehenen und im Streitfall vertraglich zudem eingeräumten Recht Gebrauch macht, seine wirtschaftliche Existenzgrundlage angreifen. Haben daher die „Abfindungen“ vorliegend für die Vertragspartner eine durchaus unterschiedliche wirtschaftliche Bedeutung und sind sie nur der Form nach, nicht aber auch inhaltlich gleich, so bedeutet die entsprechende Zahlungsverpflichtung im Anstellungsvertrag für den Kl. eine unzulässige Erschwerung der Kündigungsmöglichkeit. Eine solche Kündigungsbeschränkung kann keine Rechtswirksamkeit beanspruchen, sie ist wegen Verstoßes gegen § 622 Abs. 5 BGB nichtig (§ 134 BGB).

3. Der Kl. schuldet die Abfindung auch nicht als Vertragsstrafe. Nach § 339 BGB können die Parteien eine Vertragsstrafe für den Fall vereinbaren, daß der Schuldner eine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt. Die Vertragsstrafe ist ein vom Gesetz geschaffenes besonderes Rechtsinstitut für Schuldverhältnisse; sie kann folglich auch für Arbeitsverhältnisse als privatrechtliche Schuldverhältnisse vereinbart werden. Nach gefestigter Rechtsprechung des BAG bestehen gegen einzelvertragliche Strafabreden zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages keine rechtlichen Bedenken, wenn der ArbGeb mit ihnen die Einhaltung einer bestimmten vertraglichen Vereinbarung durch den ArbN absichern will (vgl. BAGE 46, 50, 53 f. = AP Nr. 9 zu § 339 BGB [SAE 1985, 151 mit Anm. Koller – d. Red.]; Senatsurteil vom 5. 2. 1986 – 5 AZR 564/84 – AP Nr. 12 zu § 339 BGB, zu B I 3 und B II 1 der Gründe; jeweils m. w. N.). Das Gesetz hat die Vertragsstrafe mit einer doppelten Funktion ausgestattet. Sie soll auf der einen Seite als privatrechtliches Druckmittel

den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten, auf der anderen Seite soll sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis eröffnen (BGHZ 85, 305, 312 f.; BAGE 46, 50, 54, 56 = AP Nr. 9 zu § 339 BGB [SAE 1985, 151 mit Anm. Koller – d. Red.]).

Voraussetzung für das Verwirken einer Vertragsstrafe ist aber stets, daß der Schuldner eine Vertragspflicht verletzt und dies zu vertreten hat. Wer von einem vertraglich vorgesehenen Kündigungsrecht Gebrauch macht, verletzt aber keine Vertragspflicht. Das hat das LAG ebenfalls zutreffend beurteilt.

Anmerkung:

Das BAG hat im Ergebnis richtig entschieden. Jedoch vermag die Begründung nicht zu überzeugen. Denn, um es vorwegzunehmen: Eine Erschwerung der Kündigung des ArbN durch die Vereinbarung einer Zahlungspflicht ist nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil auch der ArbGeb eine nominell gleiche Belastung für den Fall übernimmt, daß er das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung beendet. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG i. V. m. § 134 BGB bzw. § 138 BGB sind Zahlungsverpflichtungen vielmehr nichtig, die den ArbN dazu zwingen, sich von seinem Arbeitsplatz freizukaufen, und ihn so in seinem Grundrecht der freien Berufswahl beeinträchtigen. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der ArbGeb eine freiwillige Leistung mit einer zeitlich begrenzten und insoweit zulässigen Pflicht zur Betriebstreue gekoppelt hatte und der ArbN vorzeitig ausscheiden will.

I. Das BAG selbst stellt seine neue Entscheidung in die Reihe von Urteilen, die eine Erschwerung der Kündigung an § 622 Abs. 5 BGB messen und sie wegen Umgehung der Norm verwerfen, soweit der ArbN stärker belastet wird als der ArbGeb (BAG II 1 unter Berufung auf BAG AP Nr. 9, 12 [= SAE 1973, 19 mit Anm. Bickel] zu § 622, AP Nr. 1 zu § 394 BGB [= SAE 1956, 117 mit Anm. Sabin]).

1. Ihrem Wortlaut nach verwehrt es die Vorschrift nur, für die Kündigung des ArbN längere Fristen zu vereinbaren als für diejenige des ArbGeb. Der Gesetzgeber hat damit 1969 eine bereits vorher weithin vertretene Ansicht kodifiziert, die eine derartige Ungleichbehandlung in Analogie zu den §§ 67 a. F. HGB, 133 a. F. GewO als nichtig ansah (Staudinger/Neumann, Komm. zum BGB, 11. Aufl. 1957 ff., vor § 620, 85; anders bei besonderer Begründung für die längere Frist z. B. Nikisch, ArbR I, 3. Aufl. 1961, S. 715; ähnlich Hueck/Nipperdey, Lehrb. des ArbR, Band 1, 7. Aufl. 1963, S. 568).

2. Schon lange verstanden Rechtsprechung und Literatur – über den Wortlaut hinausgehend – das nunmehr in § 622 Abs. 5 BGB niedergelegte Verbot allerdings umfassender (vgl. z. B. BAG AP Nr. 1 zu § 394; Hueck/Nipperdey S. 569 f. m. w. N. in Fn. 34; skeptisch Nikisch S. 716, der bereits eine Lösung mit Hilfe von Art. 12 Abs. 1 GG andeutet). Ein Verstoß gegen die Norm sei ihrem Sinn und Zweck nach demgemäß auch gegeben, wenn die Kündigung des ArbN gegenüber derjenigen des ArbGeb erschwert sei (BAG AP Nr. 9, 12

unter IV zu § 622 BGB; BAG unter II 1; zust. die h. L.; vgl. z. B. MünchKomm/Schwerdtner, Münchener Komm. zum BGB, 2. Aufl. 1984 ff., § 622, 33 f.; Staudinger/Neumann, Komm. zum BGB, 12. Aufl. 1978 ff., § 622, 33; 11. Aufl., vor § 620, 85; Hueck/Nipperdey S. 570 f.; Schaub, ArbR-Handb., 6. Aufl. 1987, § 124 I 1; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, Rdnr. 287; KR/Hillebrecht, GK zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Aufl. 1989, § 622, 46; BAG AP Nr. 75 unter I 3, 77 unter V zu § 611 BGB Gratifikation prüft parallel Art. 12 GG und § 622 Abs. 5 BGB). Dazu zählen etwa der „Verfall“ einer Kautions (BAG AP Nr. 9 zu § 622 BGB), die Zahlung einer Vertragsstrafe (BAG AP Nr. 12 zu § 622 BGB unter IV), die Rückzahlung gewährten Urlaubsentgelts (BAG AP Nr. 1 zu § 394 BGB; anders BAG AP Nr. 3 zu § 394 BGB mit abl. Anm. von Nikisch [= SAE 1959, 90 mit Anm. Dissinger]) sowie der „Verfall“ von Erfolgsbeteiligungen (BAG AP Nr. 4 zu § 87a HGB unter II 1 [= SAE 1974, 100 mit Anm. Küchenhoff]) bzw. von „Treueprämien“ (BAG AP Nr. 75 unter I 3, 77 unter V zu § 611 BGB Gratifikation). Unter dogmatischem Blickwinkel wertet die h. M. die vertraglichen Absprachen als Gesetzesumgehung (Staudinger/Neumann, 12. Aufl., § 622, 33; MünchKomm/Schwerdtner, § 622, 59; ähnlich BAG AP Nr. 12 zu § 622 BGB unter IV; BAG unter II 1). § 622 Abs. 5 BGB gewährleistet somit (zumindest) den Grundsatz der Gleichbehandlung des ArbN, indem er allen Erschwerungen der Kündigung einen Riegel vorschleibt, die den ArbN schwerere treffen als den ArbGeb (das Prinzip der Gleichheit besonders deutlich bei Staudinger/Neumann, 11. Aufl., vor § 620, 85 Abs. 3 a. E.).

3. Diese Linie will das BAG seinen Worten nach fortführen und weiterentwickeln. Doch passen die zu den früheren Urteilen gezogenen Parallelen nicht richtig. Die Begründung, trotz der Abfindungspflicht des ArbGeb für den Fall seiner Kündigung werde die Kündigung des ArbN gegenüber der des ArbGeb stets erschwert, trägt das Ergebnis nicht.

a) Da sich der ArbGeb zu einer Abfindung – und dies in doppelter Höhe – verpflichtet hatte, kann von einer Erschwerung der Kündigung einseitig zu Lasten des ArbN keine Rede sein. Für jeden der beiden Vertragspartner bringt es finanzielle Nachteile mit sich, wenn er das Arbeitsverhältnis vorzeitig löst.

b) Das sieht auch das BAG. Gleichwohl glaubt das Gericht, zwischen den beiden Pflichten einen grundlegenden Unterschied feststellen zu können. Die Abfindung durch den ArbGeb sei eine normale Erscheinung des Arbeitslebens, wie die §§ 9, 10 KSchG zeigten, während das Gesetz im umgekehrten Fall keine Abfindung des ArbN an den ArbGeb vorsehe (BAG unter II 2). Dieser Hinweis vernachlässigt jedoch die Tatbestandsmerkmale der §§ 9 f. KSchG, die keineswegs pauschal an jede Kündigung des ArbGeb die Pflicht zur Zahlung einer Abfindung knüpfen. Voraussetzung ist vielmehr namentlich, daß die vom ArbGeb ausgesprochene Kündigung sozial ungerechtfertigt war. Die Klausel, die den ArbGeb auch dann zu einer Abfindung verpflichtet, wenn die Kündigung wirksam war, wiederholt damit nicht etwa nur die

Rechtslage, wie sie im KSchG ohnedies kodifiziert ist, sie bezieht sich nicht nur auf eine ohnehin geschuldete Abfindung, sondern geht weiter. Auch ist es angesichts der Abrede keineswegs von vornherein ausgemacht, daß bei einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung und der anschließenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen eine Abfindung nach den §§ 9 f. KSchG die vertraglich vereinbarte Abfindung nicht zusätzlich geschuldet ist. Nach dem Wortlaut der Klausel liegt daher eine einseitige Erschwerung der Kündigung nur zu Lasten des ArbN nicht vor.

c) Man müßte daher das Argument des BAG noch weiter präzisieren: In dem vom Gericht zu beurteilenden Fall war die Höhe der Abfindung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit gebunden. Das ist für den ArbGeb ein sinnvoller Anknüpfungspunkt, wenn und weil er die Betriebstreue abgibt, nicht jedoch für den ArbN. Eine Entschädigung des ArbN für die Überlassung des Arbeitsplatzes ist dem Arbeitsrecht fremd. Für den dem BAG zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt ließe sich das Urteil daher in der Tat durch den Hinweis untermauern, mit der Abfindung werde nur formal etwas Identisches, materiell dagegen etwas durchaus Verschiedenes geschuldet: Löse der ArbGeb die bisherige Betriebstreue ab, so zahle der ArbN umgekehrt für die Überlassung des Arbeitsplatzes. Da dies sachfremd sei, werde letztendlich die Kündigung doch einseitig zu Lasten des ArbN erschwert.

Doch handelt es sich dabei um einen Spezialfall, der die generelle Lösung nach wie vor nicht überflüssig macht. Das illustriert eine geringfügige Abwandlung des Sachverhalts: Hätten die Parteien die Abfindung in ihrer Höhe an die Dauer der noch verbleibenden Bindungsfrist gekoppelt, so wäre dies jedenfalls unter dem Aspekt sachgerecht, daß eine Entschädigung für die vorzeitige Lösung geschuldet wird. Jeder Partner könnte sich von der Bindung an die restliche Dauer des Vertrages freikaufen; insoweit läge ein auch materiell für beide Seiten identisches Hindernis vor. Diese Pflicht wäre aus den sogleich darzulegenden Gründen nichtig (vgl. II). Da dieselben Argumente auch für die vom BAG zu entscheidende Abfindungsvereinbarung greifen, erübrigt sich auch hier der Rekurs auf § 622 Abs. 5 BGB. Damit lassen sich beide Fälle auf eine einheitliche Lösung zurückführen, die eine ohnehin fragwürdige Differenzierung überflüssig macht.

II. Dem BAG ist zwar im Ergebnis zu folgen, doch gilt es, die Begründung zu modifizieren und aus einer dogmatisch nicht fundierten, allzu engen Bindung an § 622 Abs. 5 BGB zu lösen: Der ArbN kann sich nicht wirksam verpflichten, sich von seinem Arbeitsplatz freizukaufen, selbst wenn umgekehrt der ArbGeb für den Fall seiner Kündigung eine Abfindung verspricht.

1. Ausgangspunkt ist das von der Verfassung garantierte Recht des ArbN, den Arbeitsplatz frei zu wählen und – als Kehrseite – auch wieder aufzugeben. Daher kann die Pflicht des ArbN, vom ArbGeb gezahlte Ausbildungsbeihilfen bei einer Kündigung zurückzuzahlen, rechtswidrig sein (BAG AP Nr. 10 unter I, 9 unter II 2, 8 unter II 1, 6 unter I, 3 unter II 1 a zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe, AP Nr. 29, 25 unter II 1 zu Art. 12 GG; BGH AP Nr. 11 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe unter II 1). Ob das direkt aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG folgt (so

die zitierten Entscheidungen des BAG) oder die Klauseln der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB nicht standhalten (so BGH AP Nr. 11 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe unter II 1), spielt für den hier interessierenden Zusammenhang keine Rolle. Dieselben Grundsätze gelten für die Rückerstattung von Umzugskosten (BAG AP Nr. 50 zu Art. 12 GG [= SAE 1976, 71 mit Anm. Säcker]) und von Gratifikationen (vgl. z. B. BAG AP Nr. 82 zu § 611 BGB Gratifikation unter 2 a [= SAE 1976, 148 mit Anm. Hofmann]). Es geht stets um denselben Grundgedanken: Der ArbN darf nicht gezwungen sein, sich von seinem Arbeitsplatz freizukaufen. Daher halten solche Zahlungsverpflichtungen der Kontrolle nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen stand: Es muß sich zum einen um eine *Rückzahlung* handeln, also um die Erstattung von Geldern oder zumindest geldeswerten Vorteilen, die der ArbN vorab von seinem ArbGeb erhalten hatte. Den Nachteilen des ArbN aufgrund der Rückzahlungsverpflichtung muß ein entsprechender Ausgleich gegenüberstehen; dies ist nur der Fall, wenn er zunächst eine angemessene Gegenleistung erhalten hatte (BAG AP Nr. 10 unter I, 9 unter II 2, 8 unter II 1, 6 unter I, 5 unter 2, 4 unter II 1 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe). Dazu gehört nicht jede Leistung des ArbGeb. Gratifikationen, die etwa zum Lohn im engeren Sinn zu zählen sind, brauchen in keinem Fall zurückgezahlt zu werden (BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation unter 2 b; Schaub, § 78 V 1). Zum anderen darf die zulässige Bindungsfrist nicht überschritten werden (vgl. z. B. für Ausbildungsbeihilfen BAG AP Nr. 10 unter II, 9 unter II 2, 8 unter II 1, 6 unter I, 3 unter II 2 b zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe, AP Nr. 25 zu Art. 12 GG unter II 1 [= SAE 1963, 1 mit Anm. Böttcher]; BGH AP Nr. 11 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe unter II 1; für Gratifikationen z. B. BAG AP Nr. 110 unter I 2, 22 unter 4 zu § 611 BGB Gratifikation [= SAE 1983, 167 mit Anm. Meisel]).

2. Davon unterscheidet sich die hier zu besprechende Konstellation schon im Ausgangspunkt. Der ArbN zahlt nicht etwa Geld bzw. einen geldeswerten Vorteil zurück, den ihm der ArbGeb zuerst zugewendet hatte. Die Abfindungspflicht ist vielmehr allein an die Kündigung geknüpft und bedarf daher einer eigenständigen Legitimation, soll sie vor dem Grundrecht des ArbN aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG Bestand haben.

a) Die bloße Pflicht des ArbGeb, eine – auch höhere – Abfindung zu bezahlen, wenn er seinerseits kündigen sollte, reicht dafür nicht aus. Sie kommt in den hier interessierenden Fällen, in denen der ArbN das Arbeitsverhältnis löst, gerade nicht zum Tragen. Er muß sich vielmehr von seinem Arbeitsplatz freikaufen, ohne daß er zuvor eine nunmehr zurückzahlende Leistung erhalten hätte.

b) Um die Verpflichtung des ArbN, eine Abfindung bei vorzeitiger Kündigung zu bezahlen, legitimieren zu können, müßte man daher versuchen, § 622 Abs. 5 BGB zu verallgemeinern und aus der Vorschrift den übergreifenden Grundsatz zu entwickeln, verboten sei lediglich die Ungleichbehandlung bei der Kündigung, erlaubt (und auch verfassungskonform) sei es dagegen, die Lösung des Arbeitsverhältnisses zu erschweren, soweit die Restriktionen nur beide Seiten

gleich intensiv trafen (so insbesondere Staudinger/Neumann, 11. Aufl., vor § 620, 85 Abs. 3 a. E.). Doch taugt bereits § 622 Abs. 5 BGB nicht als Beleg für einen derart umfassenden Ansatz.

(1) Schon bei der Frage der Kündigungsfristen ist es nämlich durchaus nicht selbstverständlich, daß die Norm aus der Überlegung zu erklären ist, die gleich lange Bindung rechtfertige sich aus der identischen Beschwer beider Parteien. So kann die Bindung den ArbN durchaus härter in seiner Freiheit treffen, den Beruf bzw. die Arbeitsstelle frei zu wählen, als umgekehrt den ArbGeb in seiner Dispositionsmöglichkeit. Das gilt auch und erst recht bei Abfindungszahlungen; ein Ungleichgewicht ist dort eher die Regel als die Ausnahme.

(2) § 622 Abs. 5 BGB läßt sich indes auch anders erklären, wenn man den Akzent auf die Sicherung des ArbN verschiebt. Weil und soweit er auf die Möglichkeit des Arbeitsplatzwechsels durch die Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist verzichtet, ist er umgekehrt zumindest für diese Zeitspanne auch vor der ordentlichen Kündigung des ArbGeb sicher und genießt Bestandsschutz. Dieser Bestandsschutz ist bei einer beiderseitigen Abfindungsmöglichkeit keineswegs mehr in vergleichbarer Weise gewährleistet. Denn für den ArbGeb dürfte i. d. R. die Ablösung weniger ins Gewicht fallen als für den ArbN. In dieser Hinsicht deutet der Satz des BAG, Abfindungen seien für den ArbGeb eine normale Erscheinung des Arbeitslebens (BAG unter II 2), in die richtige Richtung, zumindest wenn man die Aussage herauschält, solche Zahlungen beschwerten den ArbGeb vielfach weniger als den ArbN und wirkten so auf den durch die längere Kündigungsfrist erkaufte Bestandsschutz ein. Natürlich braucht eine solche Asymmetrie nicht in jedem Arbeitsverhältnis vorzuliegen. Doch verbietet es schon der Grundsatz der Praktikabilität, das Ergebnis von Einzelrecherchen abhängig zu machen, ob und inwieweit die Ablösungspflicht zum Ungleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten des ArbN führen würde.

(3) Vor diesem Hintergrund entpuppt sich § 622 Abs. 5 BGB als nicht hinreichend tragfähig, auch sonstige Kündigungser schwerungen zu legitimieren, solange nur die formale Gleichheit gewährleistet ist. Denn den Bestand des Arbeitsverhältnisses beiden Parteien in gleicher Weise zu sichern, ist die Norm nur bei einem auf die wörtliche Interpretation reduzierten Anwendungsbereich in der Lage. Sobald das Regelungsgebiet der Kündigungsfristen verlassen wird, erweist sich die formale Gleichheit der Bindung als ungeeignet, dem ArbN den Bestand des Arbeitsverhältnisses verlässlich zu garantieren.

c) Ähnliche Bedenken bestehen auch gegen einen auf § 624 Satz 1 BGB gestützten Erst-recht-Schluß: Wenn sich der ArbN schon für fünf Jahre festlegen könne, so sei auch eine Regelung unbedenklich, die es ihm bei grundsätzlichem Fortbestand der Bindung gestatte, das Arbeitsverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt gegen die Zahlung einer Abfindung zu lösen. Ob eine solche Abrede höherrangigem Recht standhalten könnte, wenn sie allein dem ArbN eine vorzeitige Kündigung zubilligt, mag hier dahinstehen. Wenn bei-

den Parteien die Möglichkeit eröffnet wird, entsteht erneut die Gefahr, daß sich der vom ArbN durch eine längere Bindung erkaufte Bestandsschutz schnell als Makulatur erweist. Der ArbN wäre angesichts der drohenden Vermögensnachteile zumindest de facto oft zur Erfüllung seiner Vertragspflicht gedrängt, könnte aber nicht sicher sein, umgekehrt den Arbeitsplatz auch wirklich während der gesamten vereinbarten Zeit behalten zu können. Damit käme es erneut zu einem Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten des ArbN – der verlängerten Bindung entspräche kein gesteigerter Bestandsschutz.

III. Der ArbN darf grundsätzlich nicht durch die Pflicht zur Zahlung einer Abfindung an einer Kündigung gehindert werden; eine derartige Vereinbarung verstieße gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Eine Ausnahme gilt, wenn der ArbN die an eine Leistung des ArbGeb zulässigerweise geknüpfte Pflicht zur Betriebstreue nicht (zur Gänze) einhält. § 622 Abs. 5 BGB erlaubt keine beiderseitigen Erschwerungen der Kündigung, soweit es nicht lediglich um eine Verlängerung der Bindungsfrist geht.

Prof. Dr. Johannes Hager, Eichstätt/Ingolstadt

Hinweis der Redaktion:

Vgl. außer den im Urteil genannten Entscheidungen zur unzulässigen Beschränkung des Kündigungsschutzgesetzes durch tarifliche Auflösungsklauseln BAG vom 13. 6. 1985 – 2 AZR 410/84 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = SAE 1987, 11 mit Anm. Kraft; zur Zahlung einer Entschädigung für die Berufsausbildung BAG vom 28. 7. 1982 – 5 AZR 46/81 = AP Nr. 3 zu § 5 BBiG = SAE 1983, 213 mit Anm. Gast.