

Ausschluss des Unterhaltsanspruchs führt, wenn er also als rechtsvernichtender Einwand zu betrachten ist¹⁶⁹.

Begehrt das unterhaltsberechtigende Kind eine Anpassung des vorhandenen Titels an die Neufassung des § 1612 b V BGB, also eine *Neuregelung der Kindergeldanrechnung*, ist die Abänderungsklage unzulässig. Ihr fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, da nach Art. 4 § 2 des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Familie und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts die Möglichkeit einer Korrektur im vereinfachten Verfahren nach § 655 ZPO eröffnet worden ist¹⁷⁰. Hat sich der Unterhaltsschuldner durch eine *Jugendamtsurkunde* nach §§ 59, 60 SGB VIII zu Unterhaltszahlungen verpflichtet, kann das unterhaltsberechtigende Kind, das an der Erstellung der Urkunde nicht beteiligt war, einen höheren Betrag im Wege der Abänderungsklage verlangen¹⁷¹. Da die Urkunde wegen der fehlenden Mitwirkung des Kindes keinerlei Bindungswirkung entfaltet, kann die Neuberechnung unabhängig von der Erstfestsetzung erfolgen¹⁷².

b) *Begründetheit*. Die Abänderungsklage gegen ein Urteil ist begründet, wenn eine *nachträgliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse* eingetreten ist¹⁷³. Die sich aus der Rechtskraft ergebende Bindungswirkung des Ersturteils verbietet es, Einwendungen gegen den Grund des Anspruchs zu erheben und diesen erneut zur Überprüfung zu stellen, und zwar auch dann, wenn sich der Beklagte gegen eine Abänderung des Titels zu seinen Ungunsten wehrt¹⁷⁴. In diesem Fall ist es ihm zwar gestattet, Tatsachen vorzubringen, die bereits während des Erstverfahrens vorhanden waren, aber nicht berücksichtigt wurden. Eine Korrektur des Ersturteils dem Grunde nach kommt aber nicht in Betracht¹⁷⁵. Eine solche kann allenfalls dann erfolgen, wenn der Fehler bei der Berechnung des unterhaltsrechtlich erheblichen Einkommens eingetreten ist, das eine fehlerunabhängige wesentliche Änderung erfahren hat¹⁷⁶. *Prozessvergleiche* sind nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage *unter Wahrung der Vergleichsgrundlagen* an die geänderten Verhältnisse anzupassen¹⁷⁷. Ist die Geschäftsgrundlage des Vergleichs allerdings nicht verlässlich festzustellen, ist der Unterhalt *ohne Bindung an den Vergleich* neu zu errechnen¹⁷⁸. Die *Darlegungs- und Beweislast* der Abänderungsklage richtet sich nach allgemeinen Regeln, wenn die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse feststeht und der Unterhaltsgläubiger eine Aufrechterhaltung des Titels geltend macht¹⁷⁹.

Die Rechtsprechung des BGH zur Anrechnungs- und Differenzmethode ist vom BVerfG nicht nur bestätigt worden. Dieses hat vielmehr die bislang praktizierte *Anrechnungsmethode für verfassungswidrig erklärt*¹⁸⁰. Damit ist auch bei enger Auslegung des § 323 ZPO¹⁸¹ die Abänderungsklage eröffnet, wenn die Berechnung des nahehelichen Unterhalts auf der so genannten „Anrechnungsmethode“ beruhte, und zwar nicht nur dann, wenn der abzuändernde Titel ein Vergleich war¹⁸², sondern auch, wenn der Unterhalt im Urteilswege tituliert worden war. In diesem Falle ist der *Zeitpunkt der Abänderbarkeit* durch § 323 III ZPO vorgegeben. Im Falle eines Vergleichs dürfte der Unterhaltsschuldner im Regelfall Vertrauensschutz genießen, so dass eine Abänderung auf einen Zeitpunkt vor den 13. 6. 2001 nicht in Betracht kommen dürfte. Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn der Unterhaltsberechtigende nicht höheren Unterhalt

begehrt, sondern sich allein gegen ein Herabsetzungsverlangen des Pflichtigen wehrt¹⁸³.

171) OLG Brandenburg, FPR 2002, 162 = FamRZ 2002, 676; OLG Köln, OLG-Report 2002, 31.

172) OLG Köln, OLG-Report 2002, 31; a. A. wohl OLG Brandenburg, FPR 2002, 162 = FamRZ 2002, 676, das eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, die im Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde vorhanden waren, verlangt.

173) BGH, NJW-RR 2001, 937 = FamRZ 2001, 1364.

174) BGH, NJW-RR 2001, 937 = FamRZ 2001, 1364 (1365).

175) BGH, NJW-RR 2001, 937 = FamRZ 2001, 1364 (1365).

176) OLG Köln, OLG-Report 2001, 237 (238).

177) BGH, NJW 2001, 2259 = FamRZ 2001, 1140 (1142); OLG Koblenz, NJWE-FER 2001, 185.

178) BGH, NJW 2001, 2259 = FamRZ 2001, 1140 (1142).

179) OLG Köln, OLG-Report 2001, 239.

180) BVerfG, NJW 2002, 1185 = FamRZ 2002, 527 (528).

181) Büttner/Niepmann, NJW 2001, 2215 (2229).

182) OLG Köln, FamRZ 2002, 675.

183) OLG Köln, FamRZ 2002, 675 (676).

Kommentar

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Abfindung statt Kündigungsschutz?

1. Nehmen wir an, Arbeitnehmer A sei seit zehn Jahren im Betrieb beschäftigt und habe den Ruf, ein „Querdenker“ zu sein. Seit kurzem ist der Juniorchef J für die Abteilung des A verantwortlich; jeden ernsthaften Widerspruch wertet er als persönlichen Angriff. Nach sechs Wochen hat er die Nase voll und will den A loswerden. Er wendet sich an seinen Anwalt, der „das Arbeitsrechtsproblem“ lösen soll. Dieser will „harte Facts“ über Pflichtverletzungen des A oder über schwere Leistungsmängel haben; andernfalls rate er von einer Kündigung dringend ab. Der Betriebspsychologe meint, es sei vielleicht ganz sinnvoll, wenn J mal ein längeres Gespräch mit A führe. Als letztes Mittel käme immer noch eine Versetzung in Betracht. Ein Freund des J gibt zu bedenken, manchmal hätten auch „Rechthaber“ eine nützliche Idee.

Solche Situationen soll es nach dem Willen einiger Autoren in Zukunft nicht mehr geben. Kündigungen sollen ohne Rücksicht auf die Gründe immer wirksam sein; der Gekündigte soll nur eine Abfindung erhalten. Offen bleibt, ob Letztere nur bei sozial ungerechtfertigter Kündigung oder generell zu bezahlen ist; folgt man dem zweiten Weg, würden fehlende Gründe zu einer höheren Abfindung führen (s. etwa Bauer, NZA 2002, 529; Buchner, NZA 2002, 533; Rütters, NJW 2002, 1601). J könnte A ohne Zögern „freisetzen“, sofern er sich das zehn- oder zwanzigtausend Euro kosten lassen will. Er wäre schnell an seinem Ziel.

Wahrscheinlich würde es aber ganz anders kommen. A hätte von der Gewerkschaftskampagne „Stoppt die Beseitigung des Kündigungsschutzes“ erfahren und für sich selbst die Konsequenzen gezogen: Das Wort „nein“ würde er praktisch aus seinem Sprachschatz streichen und nur noch in Sondersituationen gebrauchen, wenn ihn beispielsweise sein Chef fragen würde: „Wollen Sie früher als ich nach Hause gehen?“ Auch die Worte „Ja, aber“ würde er sich in aller Regel verkneifen und durch ein schlichtes „Ja“ ersetzen; man weiß schließlich, was man sich und seiner Familie schuldig ist. In die ernste Sprache der Juristen übersetzt: Die Abhängigkeit der Beschäftigten würde gesteigert, zugleich das Innovationspotenzial der Betriebe deutlich geringer. Jede neue Idee bringt ja Risiken mit sich: Sie kann falsch sein oder mehr Verwirrung als Erkenntnisfortschritt schaffen. Auch ist nie auszuschließen, dass sich der Vorgesetzte darüber ärgert, nicht selbst einen entsprechenden Einfall gehabt zu haben. Dies alles muss das „System Betrieb“ aushalten, wenn man sich auf neue Situationen einstellen oder gar auf irgend-

169) LG Köln, FPR 2001, 402 = FamRZ 2001 (1717); Büttner/Niepmann, NJW 2001, 2215 (2228).

170) OLG Naumburg, FamRZ 2002, 183; OLG Nürnberg, NJW-RR 2001, 1229 = FamRZ 2002, 184.

einem Sektor „Weltspitze“ werden will. Ohne Kündigungsschutz ließe sich das alles nicht mehr aufrechterhalten.

Nun wird solchen Überlegungen entgegengehalten, der Arbeitgeber könne schon heute eine Situation schaffen, die eine Kündigung ermögliche: Der Arbeitsplatz wird wegrationalisiert oder der Arbeitnehmer systematisch schikaniert, um ihn zu einer Eigenkündigung oder jedenfalls zu einem Aufhebungsvertrag zu veranlassen. Beide Wege mögen sicherlich im einen oder anderen Fall gegangen werden – der Arbeitgeberseite generell den Willen zur „Rechtsfolgerschleichung“ zu unterstellen, ist unangemessen und hat keine ausreichende Tatsachenbasis. Außerdem ist das finanzielle Risiko beträchtlich, wenn die Geschichte „auffliegt“: Der Kündigungsschutzprozess kann verloren gehen, die Schikane als „Mobbing“ qualifiziert und mit erheblichen Schadensersatzsanktionen belegt werden.

2. Kündigungsschutz muss seine Grenzen haben. Arbeitnehmer sind keine Lebenszeitbeamten. Wenn Pflichten erheblich verletzt werden oder keine Arbeit mehr da ist, muss eine Kündigung möglich sein. Das geltende Kündigungsschutzgesetz lässt dem Arbeitgeber insoweit alle Möglichkeiten offen (v. *Hoyningen-Huene*, in: *Festschr. 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz*, 1999, S. 217). Nur dann, wenn es an einem solchen Grund fehlt, bleibt das Arbeitsverhältnis trotz Kündigung bestehen. Nun kommt ein weiterer Einwand gegen den Status quo. Das „wuchernde Richterrecht“ (*Rüthers*) bringe wenig Rechtssicherheit. Wisse der Arbeitgeber nicht, ob er einen Beschäftigten auch wieder loswerde, werde er ihn erst gar nicht einstellen. Kündigungsschutz als Beschäftigungshemmnis. Richtig ist zunächst, dass das geltende Kündigungsschutzrecht trotz aller Bemühungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine „Grauzone“ kennt, in der eine sichere Prognose über den Ausgang des Verfahrens nicht möglich ist. Wie schwer muss eine Pflichtverletzung sein, um eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen? Wieviel krankheitsbedingte Fehlzeiten sind dem Betrieb auch in absehbarer Zukunft zuzumuten? Hat bei der sozialen Auswahl der 30-Jährige mit drei Kindern und fünf Jahren Betriebszugehörigkeit Vorrang vor dem 45-Jährigen, der keine Kinder hat und seit 18 Jahren im Betrieb ist? Juristen neigen dazu, das Fehlen scharfer Konturen ausschließlich als Mangel zu sehen, den es durch rechtsdogmatisches Bemühen oder durch Gesetzesänderung zu überwinden gilt. Dies ist nicht falsch, aber einseitig: Gerade die Unsicherheit, wie die Arbeitsgerichte entscheiden werden, ist ein wichtiger Anlass für beide Seiten, um über einen Kompromiss (konkret: über einen Abfindungsvergleich) nachzudenken. Könnte sich jeder das Ergebnis des Prozesses ausrechnen, wäre die Vergleichsneigung minimal. Dazu kommt, dass die Risiken erheblich sind: Verliert der Arbeitgeber, muss er im Regelfall nach § 615 BGB auch nach Ablauf der Kündigungsfrist das Entgelt fortbezahlen, verliert der Arbeitnehmer, steht er ohne einen Pfennig Abfindung da.

Die heutige Vergleichspraxis ist für die Arbeitgeberseite so negativ nicht, zumal sich Sätze für die Abfindungshöhe herausgebildet haben, die jeder einschlägig befassende Anwalt kennt. Außerdem ergibt sich ein Befriedigungseffekt. Der betroffene Arbeitnehmer geht als „halber Sieger“ nach Hause, er hat nicht einfach ohne Widerstand die Segel streichen müssen. Das Gefühl, die andere Seite zum Nachgeben gezwungen zu haben, macht den Verlust des Arbeitsplatzes einigermaßen hinnehmbar. Eine Abfindung erhalten allerdings nur diejenigen, die sich gewehrt haben – genauso wie ein Sozialplan nur Belegschaften mit Betriebsrat zugute kommt. Dies ist nicht zu beanstanden – gäbe es die Auseinandersetzungen in den Gerichtssälen und in der Sozialplan-Einigungsstelle nicht, würden vermutlich dieselben Menschen den Versuch unternehmen, durch Demonstrationen und Betriebsbesetzungen zu einer für sie akzeptablen Lösung zu kommen. Bei einer Abfindungslösung müsste der Einzelne sang- und klanglos gehen, selbst wenn nicht der Schatten eines einsichtigen Kündigungsgrundes vorliegen würde. Für die dann folgende Empörung müsste man Verständnis haben.

Was bleibt der Abschreckungseffekt bei der Einstellung, wenn der Arbeitgeber auch bei „Grauzonenfällen“ in der Praxis nur riskiert, einen Vergleich schließen zu müssen? Ich vermag ihn nicht zu erkennen – ganz absehen davon, dass ein Personalleiter bei einer unbefristeten Einstellung (und nur um sie geht es!) im Normalfall nicht die Kündigungsoption im Hinterkopf hat. Wie wenig beschäftigungsfördernd der Abbau des Bestandsschutzes wirkt,

vermag man daran abzulesen, dass seit 1996 mit Arbeitnehmern über 60 Jahren beliebige Befristungen möglich waren, dass die mit dieser Personengruppe geschlossenen befristeten Verträge aber nicht etwa zunahm, sondern zurückgingen (IAB-Kurzbericht Nr. 12 v. 1. 9. 2000). Die Vorzüge des bisherigen Systems würden gegen höchst spekulative „Beschäftigungsgewinne“ eingetauscht, an die zu glauben angesichts der zwischen 1996 und 1998 gemachten Erfahrungen nur mit sehr viel Gottvertrauen möglich ist.

3. So verständlich es im Grundsatz ist, durch Veränderungen im Arbeitsrecht einen Anreiz für Neueinstellungen zu schaffen, die Auswirkungen einer Regelung auf den Arbeitsmarkt lassen sich nicht nur unter dieser Perspektive bestimmen. Selbst wenn entgegen aller Erfahrung mehr Bewerber eingestellt würden, kann gerade die Rücknahme des Kündigungsschutzes immer auch zu einem Personalabbau führen, der die Beschäftigungsgewinne überkompensiert. Insbesondere für multinationale Konzerne kann es attraktiv sein, in Ländern mit niedrigem Kündigungsschutz die notwendigen „Anpassungsmaßnahmen“ vorzunehmen. Entgegen verbreiteten Mutmaßungen liegt der deutsche Kündigungsschutz innerhalb der EU eher im unteren Drittel (s. die Nachw. bei *Kittner/Däubler/Zwanziger*, *KSchR*, 5. Aufl. [2001], Einl. Rdnrn. 965 ff.). Dies macht unter anderem ein Vergleich mit Italien deutlich, wo die Zulässigkeit der Kündigung im Prinzip von ähnlichen Voraussetzungen wie in Deutschland abhängt, wo aber außerdem bei jeder Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung fällig wird, die rund ein Monatsgehalt pro Jahr der Betriebszugehörigkeit ausmacht (sog. *trattamento di fine rapporto*). Nach Art. 18 des italienischen Arbeitnehmerstatuts kann außerdem in Betrieben mit mehr als 15 Beschäftigten allein der zu Unrecht gekündigte Arbeitnehmer beantragen, dass das Arbeitsverhältnis gegen (zusätzliche) Abfindung aufgelöst wird. Nach den Vorstellungen der Regierung *Berlusconi* sollte nur dies in einigen Fällen geändert werden (etwa dann, wenn ein Arbeitnehmer von einem befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis wechselte), doch wurde der entsprechende Gesetzesvorschlag auf Grund eines eintägigen Generalstreiks zunächst zurückgezogen. Versetzt man sich für einen Augenblick in die Position eines amerikanischen Managers, der entweder in der italienischen oder in der deutschen Niederlassung Personal einsparen muss: Wo würde er wohl kündigen? Man sollte den Blick nicht nur auf erhofftes Einstellungsverhalten richten.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Oliver Lange, Köln

Das Verbot der Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch aus § 31 I GmbHG*

Der *BGH*¹ hat jüngst entschieden, dass das Aufrechnungsverbot des § 19 II 2 GmbHG nicht nur die Aufrechnung gegen eine Einlageforderung, sondern – in analoger Anwendung – auch die Aufrechnung gegen einen auf § 31 I GmbHG gestützten Erstattungsanspruch verhindern soll. Diese Entscheidung verkennt die unterschiedlichen Schutzzwecke des Kapitalaufbringungs- und des Kapitalerhaltungsrechts, das sich bereits aus § 30 I GmbHG ergebende Aufrechnungsverbot und die Auslegungsregel „*singularia non sunt extenda*“. Sie ist deshalb eine Besprechung wert².

I. Einleitung

Der *BGH* begründet seine Auffassung, dass § 19 II 2 GmbHG auf die Aufrechnung gegen einen Erstattungsanspruch aus § 31 I

* Besprechung von *BGH*, Urt. v. 27. 11. 2000 – II ZR 83/00, *NJW* 2001, 830. – Der Autor ist Rechtsanwalt in der Rechtsanwalts- und Steuerberatungskanzlei *Hoffmann*, Berlin.

1) *BGHZ* 146, 105 = *NJW* 2001, 830 = *ZIP* 2001, 157 = *WM* 2001, 204 = *BB* 2001, 165 = *GmbHR* 2001, 142.

2) Von einer Darstellung des Sachverhalts wird abgesehen, weil es im Folgenden nicht um Tatsachenfragen, sondern ausschließlich um Rechtsfragen geht.