

Dr. iur. Christoph Zobl

Der arbeitsrechtliche  
Aufhebungsvertrag



Stämpfli Verlag

---

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Literaturverzeichnis .....	XXVII
Materialienverzeichnis .....	XXXIX
Einleitung.....	1
<b>Erstes Kapitel – Grundlagen .....</b>	<b>3</b>
I.    Grundzweck des Aufhebungsvertrags .....	3
II.   Grundvoraussetzungen .....	4
1.  Laufendes Arbeitsverhältnis .....	4
2.  Abschluss durch Arbeitsvertragsparteien .....	5
A.  Vorbemerkung .....	5
B.  Situation im Konzern .....	5
C.  Situation im Konkurs .....	6
3.  Anforderungen an den Vertragsschluss und den Vertragsinhalt .....	6
III.  Abgrenzungen.....	7
1.  Kündigung.....	7
2.  Angeordnete Freistellung und Freistellungsvertrag .....	7
3.  Saldoklausel .....	8
4.  Erlassvertrag gemäss Art. 115 OR.....	8
5.  Abwicklungsvertrag .....	9
6.  Pensumsreduktion .....	9
IV.   Der notwendige Erklärungsinhalt.....	9
1.  Vorbemerkung .....	9
2.  Konsens allgemein .....	10
A.  Objektiv und subjektiv wesentliche Vertragspunkte .....	10
B.  Subjektiv wesentliche Vertragspunkte und die Vermutung von Art. 2 Abs. 1 OR .....	11
a)  Der Vorbehalt der Nebensatzregelung.....	11
b)  Lehre und Rechtsprechung .....	11
c)  Aufklärungsobliegenheit in Vertragsverhandlungen .....	12
C.  Folgerungen.....	13
3.  Der aufhebungsvertragsspezifische Konsens .....	14

A.	Objektiv wesentliche Vertragspunkte.....	14
a)	Objektiv wesentliche Vertragspunkte.....	14
aa)	Mindestinhalt.....	14
bb)	Aufhebungszeitpunkt insbesondere.....	14
cc)	Folgerungen.....	16
b)	Die Einigung über Arbeitgeberkonzessionen?.....	16
B.	Subjektiv wesentliche Vertragspunkte.....	17
4.	Vertragsauslegung und Vertragsergänzung.....	18
A.	Allgemeines.....	18
B.	Auslegung und Ergänzung des Aufhebungsvertrags.....	20
V.	Ein dogmatischer Blick auf den Aufhebungsvertrag.....	21
1.	Allgemeines.....	21
2.	Verfügungsvertrag oder gemischt verfügens- und verpflichtungsrechtlicher Vertrag?.....	22
3.	Rechtsgrundlage.....	23
A.	Allgemeines.....	23
B.	Art. 115 OR als Grundlage.....	24
a)	Regelungsgegenstand – Haupt- und Nebenregel.....	24
b)	Würdigung und Problematik.....	24
c)	Zusammenspiel zwischen vertraglichem Formvorbehalt (Art. 16 OR) und Erlassvertrag.....	25
aa)	Bedeutung des Formvorbehalts im Arbeitsrecht.....	25
bb)	Geltung des Änderungsvorbehalts auch für Vertragsaufhebungen.....	26
cc)	Problematik der Nebenregel.....	26
C.	Die allgemeine Vertragsfreiheit als Grundlage?.....	27
D.	Stellungnahme.....	27
4.	Aufhebungsvertrag und Bedingung.....	28
A.	Problemstellung.....	28
B.	Zulässigkeit bedingter Geschäfte.....	28
C.	Der bedingte Aufhebungsvertrag.....	29
VI.	Aufhebungsverträge im öffentlichen Recht.....	30
<b>Zweites Kapitel – Zustandekommen und Gültigkeit des Aufhebungsvertrags.....</b>		<b>33</b>
I.	Grundlegendes.....	33
1.	Allgemeines.....	33
2.	Zeitliche Einschränkungen.....	34
A.	Allgemeines.....	34
B.	Aufhebungsvertrag vor Stellenantritt.....	34

C. Rückwirkender Aufhebungsvertrag.....	35
3. Form .....	36
II. Anforderungen an das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags allgemein .....	37
1. Der unmissverständliche und zweifelsfreie arbeitnehmerseitige Aufhebungswille .....	37
2. Gründe für die Zurückhaltung bei der Annahme eines Aufhebungsvertrags.....	37
3. Konsequenz in der Praxis: hohe Anforderungen an den Vertragswillen .....	38
III. Einzelne Problemfelder für die Gültigkeit.....	40
1. Willensmängel.....	40
A. Allgemeines.....	40
B. Irrtümer .....	41
a) Allgemeines .....	41
b) Rechtsirrtümer.....	42
c) Irrtum über künftige Sachverhalte .....	43
aa) Problemstellung .....	43
bb) Bundesgericht .....	43
cc) Stellungnahme .....	44
C. Arglistige Täuschung und Aufklärungspflicht des Arbeitgebers .....	46
a) Allgemeines .....	46
b) Aufklärungspflicht des Arbeitgebers .....	46
D. Furchterregung i.S. v. Art. 29 f. OR .....	48
a) Allgemeine Voraussetzungen .....	48
b) Drohung mit Ausübung von Rechten oder Erstattung von Strafanzeige .....	48
c) Rechtsprechung.....	49
2. Druckausübung durch Arbeitgeber.....	50
A. Vorbemerkung .....	50
B. Kausalität und Geeignetheit .....	51
C. Androhung der fristlosen Entlassung .....	51
D. Androhung der ordentlichen Kündigung.....	52
E. Androhung der Änderungskündigung.....	53
a) Allgemeines .....	53
b) Kündigungsschutz.....	53
c) Situation beim Aufhebungsvertrag.....	54
F. Weisungen als besonderes Druckmittel.....	54
a) Problemstellung .....	54
b) Schranken der Weisungsbefugnis .....	55

c)	Richterliche Kognition bei der Funktionalitätsprüfung.....	56
G.	Androhung von Konsequenzen in Bezug auf das Arbeitszeugnis.....	57
3.	Genügende Überlegungsfrist?.....	58
A.	Bundesgericht.....	58
B.	Lehre .....	60
C.	Stellungnahme.....	60
4.	Zustandekommen durch konkludentes Handeln .....	61
A.	Allgemeines.....	61
B.	Rechtsprechung.....	62
a)	Entwicklung der Rechtsprechung .....	62
b)	Indizien für den konkludenten Aufhebungsvertragsschluss.....	63
C.	Folgerungen.....	64
5.	Aufhebungsvertrag durch Konversion einer Kündigung bzw. zufolge fehlender Intervention .....	65
A.	Konversion allgemein .....	65
B.	Konversion einer Kündigung in einen Aufhebungsvertrag.....	65
a)	Rechtsprechung.....	65
b)	Lehre .....	66
c)	Stellungnahme.....	66
IV.	Anforderungen an Vertragszweck und Vertragsinhalt / Zulässigkeitsprüfung.....	67
1.	Ausgangslage .....	67
2.	Verhältnis zwischen Gesetzesumgehung und Verzichtsverbot.....	68
A.	Bundesgericht.....	68
B.	Lehre .....	69
3.	Prüfung der Gesetzesumgehung.....	69
A.	Allgemeines.....	69
B.	Die Gesetzesumgehung.....	70
a)	Begriffliches.....	70
b)	Besonderheiten im Arbeitsrecht .....	70
c)	Erfordernis der „Klarheit“ der Umgehung.....	71
d)	Vorliegen einer Umgehungsabsicht?.....	72
aa)	Beim allgemeinen Fall der Gesetzesumgehung .....	72
bb)	Objektive und subjektive Theorie der Gesetzesumgehung .....	72

cc)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Aufhebungsvertrag .....	73
dd)	Stellungnahme .....	74
C.	Verbotsnormen und Umgehungssachverhalte .....	75
a)	Zeitlicher Kündigungsschutz und Lohnfort- zahlung, Art. 336c OR und Art. 324a OR .....	75
b)	Sachlicher Kündigungsschutz nach Art. 336 f. OR .....	75
c)	Schutz gegen ungerechtfertigte fristlose Entlassung nach Art. 337c .....	76
d)	Minimalkündigungsfristen .....	76
e)	Lohnfortzahlung bei Annahmeverzug, Art. 324 OR .....	76
f)	Schutz bei Betriebsübergang, Art. 333 OR .....	77
g)	Massenentlassung, Art. 335d ff. OR .....	78
4.	Prüfung des Inhalts eines Aufhebungsvertrags .....	79
A.	Vorbemerkung .....	79
B.	Kriterium des Verzichtverbots bzw. des echten Vergleichs .....	79
C.	Kriterium des vernünftigen Arbeitnehmerinteresses .....	80
D.	Resonanz in der Lehre .....	82
V.	Untersuchung der von der Rechtsprechung entwickelten Prüfkriterien .....	84
1.	Vorbemerkung .....	84
2.	Erste Formel: Verzicht auf Arbeit gegen Lohn .....	85
A.	Vorbemerkung .....	85
B.	Bundesgerichtspraxis .....	86
a)	BGE 102 Ia 417 .....	86
b)	BGE 110 II 168 .....	87
c)	BGE 118 II 58 .....	88
d)	BGer 4C.22/2000 .....	89
e)	BGer 4C.122/2000 .....	90
f)	BGer 4C.185/2001 .....	90
g)	BGer 4C.250/2001 .....	91
h)	BGer 4C.37/2005 .....	92
i)	BGer 4A.59/2007 .....	93
C.	Anwendungsbereich der Formel .....	94
a)	Grundsätzliches .....	94
b)	Einschränkung bei Sperrfristtatbeständen .....	95
D.	Die gegenseitigen Konzessionen .....	95
a)	Die arbeitnehmerische Konzession auf den Lohnverzicht in der Kündigungsfrist .....	95
b)	Die arbeitgeberische Konzession des Verzichts auf Arbeitsleistung .....	96

aa)	Ausgangslage .....	96
bb)	Fallkonstellation: Arbeitgeber kann Ausfall abfedern .....	96
E.	Bewertung der Konzessionen: Geber- statt Nehmerperspektive .....	97
F.	Einschränkung der Formel .....	98
a)	Relativierung der bundesgerichtlichen Formel? .....	98
b)	Weitere Faktoren .....	99
G.	Rezeption der Formel in der kantonalen Praxis .....	100
a)	Vorbemerkung .....	100
b)	Gutheissung in der Praxis .....	101
c)	Ablehnung in der Praxis .....	102
H.	Schlussfolgerungen .....	104
3.	Zweite Formel: zusätzliche Konzessionen des Arbeitgebers .....	105
A.	Ausgangslage .....	105
B.	Anstoss zum Aufhebungsvertrag durch Arbeitnehmer? .....	106
a)	Problemstellung .....	106
b)	Bundesgericht .....	106
c)	Folgerungen .....	107
C.	Einzelne Aspekte bei der Beurteilung der Konzessionen .....	107
a)	Die Konzessionen allgemein .....	107
b)	Beurteilungszeitpunkt .....	108
aa)	Grundsatz der ex ante Betrachtung .....	108
bb)	Konsequenzen .....	109
cc)	Stellungnahme .....	109
D.	Gegenüberstellung und Bewertung der Leistungen .....	111
a)	Allgemeines .....	111
b)	Nicht liquide Leistungen und immaterielle Vorteile .....	112
c)	Bewertung der Konzessionen: Geber- oder Nehmerperspektive? .....	113
aa)	Ausgangslage .....	113
bb)	Anschauungsbeispiel .....	113
cc)	Beurteilung .....	114
E.	Arbeitgeberkonzessionen .....	116
a)	Geld und geldähnliche Vorteile .....	116
b)	Sachwerte und immaterielle Werte .....	116
c)	Verzicht auf Rechte und Ansprüche .....	117
d)	Vorteile und Leistungen im Hinblick auf die Stellensuche .....	117

e)	Die Freistellung als Konzession.....	117
aa)	Grundsätzliches.....	117
bb)	Bundesgericht .....	118
cc)	Stellungnahme .....	118
F.	Arbeitnehmerkonzessionen .....	121
a)	Dogmatische Erfassung .....	121
b)	Die bedeutendsten Arbeitnehmerkonzessionen.....	123
c)	Insbesondere: der Verzicht auf Sperrfristschutz als Konzession .....	125
aa)	Grundsätzliches.....	125
bb)	Sperrfrist im Zeitpunkt des Aufhebungsvertragsschlusses .....	125
cc)	Sperrfristtatbestand nach Aufhebungsvertragsschluss .....	126
dd)	Bedingungslose Anrechnung des theoretischen Lohnanspruchs oder Arbeitsangebot als Voraussetzung?.....	127
ee)	Relativierung der Konzessionen durch Krankentaggeld- und Unfalltaggeldversicherungen .....	128
G.	Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Praxis.....	129
4.	Stellungnahme.....	130
A.	Allgemeine Bemerkungen und Kritik .....	130
B.	Vorschlag zur Prüfung von Aufhebungsverträgen.....	132
a)	Drei Prüfkriterien – Vorbemerkungen.....	132
b)	Erstes Prüfkriterium: Vorliegen eines vernünftigen Arbeitnehmerinteresses im engeren Sinn 132	
c)	Zweites Prüfkriterium: Höhere Gewichtung der Vertragstreue im Vergleich zum Sozialschutz? .....	133
d)	Drittes Prüfkriterium: Vorliegen gegenseitiger Konzessionen als vernünftiges Arbeitnehmerinteresse i.w.S. ....	135

### **Drittes Kapitel – Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit oder Unzulässigkeit des Aufhebungsvertrags ..... 137**

I.	Problemstellung.....	137
II.	Rechtswirkung bei inhaltlicher Unzulässigkeit des Aufhebungsvertrags.....	137
1.	Bundesgericht.....	137
2.	Lehre.....	138
3.	Stellungnahme .....	139



A.	Allgemeine Rechtsfolge: Keine Nichtigkeit .....	139
B.	Sonderfall der Umgehung von Art. 336c Abs. 2 HS 1 OR.....	139
III.	Rechtsfolgen des unzulässigen Aufhebungsvertrags .....	141
1.	Bundesgericht.....	141
2.	Lehre.....	142
3.	Stellungnahme.....	143
<b>Viertes Kapitel – Ausgewählte Abwicklungsfragen .....</b>		<b>147</b>
I.	Einleitendes .....	147
II.	Allgemeine Rechtsfolgen bei der aufhebungsvertraglichen Beendigung.....	148
1.	Fälligkeit von Forderungen .....	148
2.	Rückgabepflichten und Retentionsrecht.....	148
III.	Ausgewählte Regelungsfragen .....	150
1.	Lohn .....	150
2.	Variabler Lohn.....	151
A.	Grundsätzliches .....	151
B.	Fälligkeit von Provisionen und Anteilen am Geschäftsergebnis.....	152
C.	Regelung durch den Aufhebungsvertrag .....	152
3.	Gratifikation .....	153
A.	Allgemeines.....	153
B.	Begriffliches zu Gratifikation und Bonus .....	154
C.	Abgrenzung zwischen Gratifikation und Lohn .....	155
D.	Echte und unechte Gratifikation.....	158
E.	Gratifikation bei endenden Arbeitsverhältnissen .....	158
a)	Allgemeines zu den Ausrichtungsmodalitäten .....	158
b)	Fälligkeit .....	159
c)	Bemessungs- und Kürzungskriterien allgemein .....	159
d)	Gratifikation bei Freistellung.....	160
e)	Gratifikation und Bedingung – Vesting, Clawback und Sperrfristen.....	161
F.	Unterschiedliche Behandlung von Vesting- und Clawback-Klauseln? .....	163
a)	Lehre und Rechtsprechung .....	163
b)	Stellungnahme.....	164
G.	Vesting und Clawback bei der Kündigung .....	165
a)	Grundsätzliches.....	165
b)	Unwirksamkeit bei der Arbeitgeberkündigung? .....	165

c)	Einschränkung nach Verursacherprinzip oder Good Leaver- und Bad Leaver-Ansatz .....	166
aa)	Auslegung, Lückenfüllung oder qualifiziertes Schweigen? .....	166
bb)	Vertragsergänzung durch Art. 340c Abs. 2 OR analog .....	167
cc)	Stellungnahme .....	168
d)	Einschränkung durch Art. 156 OR .....	168
e)	Einschränkungen in quantitativer und zeitlicher Hinsicht .....	169
f)	Einschränkungen durch Kündigungsparität und - freiheit? .....	171
H.	Die Gratifikation im Rahmen des Aufhebungsvertrags .....	172
a)	Gestaltungsfreiheit der Parteien mit Einschränkungen .....	172
b)	Kürzungsrecht allgemein, für den Zukunftsanteil und bei Freistellung .....	172
c)	Vesting- oder Clawback-Klauseln .....	173
d)	Drei Konstellationen zu bedingten Gratifikationen .....	173
aa)	Erste Konstellation – „echte“ eilvernehmliche Beendigung .....	174
bb)	Zweite Konstellation – eilvernehmliche Beendigung aus Pragmatismus / Einseitigkeit .....	175
cc)	Dritte Konstellation – eilvernehmliche Beendigung aus Pragmatismus / Zweiseitigkeit .....	176
4.	Abgangsentschädigung .....	177
A.	Vorbemerkung .....	177
B.	Allgemeine Voraussetzungen .....	178
C.	Gesetzliche Herabsetzungs- und Aufhebungsgründe .....	178
D.	Die Umgehungsgefahr .....	179
E.	Abgangsentschädigung und Aufhebungsvertrag .....	180
a)	Grundsätzliches .....	180
b)	Beurteilung anhand der Konstellationen I–III .....	180
c)	Verhandelbarkeit der Höhe der Abgangsentschädigung .....	181
5.	Konkurrenzverbot .....	182
A.	Grundsätzliches .....	182
a)	Allgemeines .....	182

b)	Weitergeltung oder Wegfall des Konkurrenzverbots im Kündigungsfall.....	183
B.	Konkurrenzverbot im Aufhebungsvertragsfall.....	183
C.	Insbesondere: BGer 4A_209/2008 .....	184
D.	Würdigung .....	185
6.	Treuepflicht(en).....	186
A.	Allgemeines.....	186
B.	Regelung der Treuepflicht im Aufhebungsvertrag .....	188
7.	Freistellung und Anrecht auf Beschäftigung .....	189
A.	Grundsätzliche Zulässigkeit der Freistellung .....	189
B.	Anspruch auf Beschäftigung in der Kündigungsfrist? ....	189
C.	Anrechnung von Ersatzverdienst und Stellensuch- bemühungen bei Freistellung .....	190
8.	Ferienansprüche .....	191
A.	Ferienbezug in der Kündigungs- oder Auslaufrist .....	191
B.	Ferienbezug bei Freistellung .....	192
9.	Arbeitszeugnis.....	192
10.	Rückerstattung von Ausbildungskosten .....	193
A.	Grundlegendes.....	193
B.	Massgeblichkeit des Verursacherprinzips im Kündigungsfall.....	194
C.	Wie weiter im Aufhebungsvertragsfall?.....	194
11.	Weitere Regelungsfragen.....	195
A.	Saldoklausel .....	195
B.	Nichtigkeitsabrede und salvatorische Klausel.....	196
C.	Gerichts- und Rechtswahl .....	197
a)	Vorbemerkung.....	197
b)	Gerichtsstandsvereinbarung .....	197
aa)	Nach nationalem Recht.....	197
bb)	Nach internationalem Recht.....	198
c)	Schiedsvereinbarung .....	199
aa)	Nach nationalem Recht.....	199
bb)	Nach internationalem Recht.....	201
d)	Rechtswahlklausel.....	201

## **Fünftes Kapitel – Aufhebungsvertrag unter Berücksichtigung des FINMA-Vergütungsgrundschreibens sowie der VegüV .....203**

I.	Vergütungsgrundschriften der FINMA .....	203
1.	Grundsätzliches .....	203
2.	Konfliktzone Arbeitsrecht – Vergütungsgrundschriften.....	204
3.	Mögliche Problemlösung .....	204

II.	Rechtslage für die einvernehmliche Aufhebung und Abwicklung unter der VegüV .....	206
1.	Einleitendes .....	206
A.	Eine Art „Sonderprivatrecht“ für Führungskräfte .....	206
B.	Arbeitsrechtliche Auswirkungen der VegüV allgemein .....	207
C.	Vergütungsabstimmung der Generalversammlung .....	207
D.	Verbot der Abgangsentschädigung .....	208
a)	Hintergrund des Verbots .....	208
b)	Merkmale der Abgangsentschädigung .....	209
c)	Verhältnis zur Abgangsentschädigung nach Art. 339b OR .....	209
E.	Thema der Untersuchung .....	210
2.	Aufhebungsvertrag als VegüV-Umgehungsgeschäft? .....	211
A.	Unbestritten geschuldete Vergütungen im Zusammenhang mit der Auflösung .....	211
B.	Problemstellung .....	211
C.	Lehre .....	212
D.	Beurteilung .....	213
a)	Vorfrage: Derogation des Sozialschutzes durch die VegüV? .....	213
b)	Grundsätzliches: was ist geschuldet? .....	214
c)	Insbesondere: der arbeitsrechtliche Sozialschutz für Manager .....	214
d)	Schlussfolgerung .....	216
3.	Einzelfragen zu Vergütungsansprüchen .....	217
A.	Durch den Arbeitnehmer verschuldete ausserordentliche Auflösung .....	217
B.	Durch den Arbeitgeber verschuldete ausserordentliche Auflösung .....	217
C.	Anrechnungspflicht von fiktivem Ersatzeinkommen? ....	218
D.	Vergütung für Freistellungsdauer bis Vertragsende; Verzicht auf Anrechnung eines Ersatzeinkommens? .....	220
E.	Gratifikation .....	221
a)	Einleitendes .....	221
b)	Der Rechtsgrund der Gratifikation .....	222
c)	Gratifikation als geschuldete bzw. nicht geschuldete Vergütung? .....	222
aa)	Echte Gratifikation .....	222
bb)	Unechte Gratifikation .....	223
d)	Grenzen der Zulässigkeit der Gratifikationszahlung, des Zukunftsanteils und der Ermessensausübung .....	224

e)	Gratifikation bei Freistellung .....	225
F.	Karenzentschädigung und nachvertragliches Konkurrenzverbot .....	226
a)	Grundsätzliche Zulässigkeit nach VegüV .....	226
b)	Voraussetzungen .....	226
aa)	Erforderlichkeit .....	226
bb)	Dauer .....	227
cc)	Höhe .....	228
dd)	Ausrichtungszeitpunkt .....	229
c)	Weitere Aspekte .....	229
aa)	Anrechnungspflicht von Ersatzeinkommen? .....	229
bb)	Grundsätzliche Weitergeltung des Konkurrenzverbots durch den Aufhebungsvertrag? .....	229
G.	Ansprüche aus Beteiligungs- bzw. Vergütungsplänen .....	230
a)	Allgemeines .....	230
b)	Problemstellung .....	231
c)	Allgemeine Zulässigkeit von Beschleunigungsklauseln .....	231
d)	Qualifikation – Anlagevertrag, Lohn oder Gratifikation .....	232
e)	Differenzierungen bei Gratifikation oder Lohn .....	233
f)	Sonstige heikle Aspekte .....	234
g)	Zuteilung at grant, at target oder sonstwie? .....	235
H.	Vergütungen aus Kontrollwechsel-Vereinbarungen .....	235
a)	Grundsätzliches .....	235
b)	Problematik von Double-Trigger-Vergütungen .....	236
c)	Incentive- und Retentionszahlungen .....	236
I.	Nachvertragliche Beratungsdienste .....	238
J.	Zahlungen an Pensionskassen und AHV .....	238

## Sechstes Kapitel – Zusammenfassung der Ergebnisse ..... 241