

**Eigenkündigung: Werden Versprechen nicht eingehalten, geht's fristlos**

Hat ein Unternehmen mit einem Mitarbeiter einen Vertrag geschlossen, dass er nach einer bestimmten Einarbeitungszeit zum Geschäftsführer (plus Lohnerhöhung) befördert wird, so kann der Beschäftigte die Firma mit einer Kündigungsfrist von einem Monat verlassen, wenn sie die Zusagen nicht einhält und der „Neue“ mehrere Anläufe zur Klärung der Sache gemacht hatte, die aber nicht beantwortet wurden.

Quelle: Wolfgang Büser

**Eigenkündigung; Schadensersatzanspruch; Auflösung; Verschulden; Wichtiger Grund; Form der Vertragsbeendigung; Arbeitsverhältnis**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 08.08.2002

**Aktenzeichen:** 8 AZR 574/01

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2002, 17667

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Bocholt 2 Ca 2247/98 vom 24. 03. 2000

LAG Hamm 4 Sa 1413/99 vom 19. 07. 2001

**Rechtsgrundlagen:**

§ 628 Abs. 2 BGB

§ 38 GmbHG

**Fundstellen:**

ArbRB 2003, 5

ARST 2003, 135-137

ARST 2002, 262-263 (Pressemitteilung)

AuR 2002, 435-436

AUR 2002, 435-436

AuS 2002, 56-57

BAGReport 2003, 44-48

BuW 2003, 42-44

DB 2002, 2273-2275 (Volltext mit amtl. LS)

DStZ 2003, 132 (Kurzinformation)

EWiR 2003, 1183 (Volltext mit amtl. LS)

EzA-SD 22/2002, 5  
FA 2002, 327-328  
FA 2002, 383  
FA 2002, 390  
FAr 2002, 327-328  
FAr 2002, 383  
FAr 2002, 390  
GmbHR 2003, 105-111 (Volltext mit amtl. LS)  
GmbH-StB 2003, 43  
NJW 2002, 82  
NJW 2003, 82 (amtl. Leitsatz)  
NWB 2002, 3755  
NZA 2002, 1324-1328 (Volltext mit red./amtl. LS)  
NZG 2002, 1177-1182  
SAE 2003, 231  
schnellbrief 2002, 8  
StuB 2003, 240  
ZIP 2002, A64 (Volltext)

---

## **BAG, 08.08.2002 - 8 AZR 574/01**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Der Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB setzt ein Auflösungsver schulden mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes voraus. Auf die Form der Vertragsbeendigung kommt es nicht an.

### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Schlußurteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 19. Juli 2001 - 4 Sa 1413/99 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

### **Tatbestand:**

- 1 Die Parteien streiten über Vergütungs- und Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einer Eigenkündigung des Klägers.

- 2 Die Beklagte ist die persönlich haftende Gesellschafterin der H KG (frühere Beklagte zu 2). Diese betrieb in D einen Baustoffhandel sowie ein Hoch- und Tiefbauunternehmen. Geschäftsführer der Beklagten ist S W, der zugleich Gesellschafter beider Gesellschaften war. Er und seine Ehefrau halten jeweils 50 % der Geschäftsanteile an der Beklagten.
- 3 Der am 13. November 1966 geborene Kläger schloß am 18. September 1997 mit Wirkung zum 1. Januar 1998 mit der Beklagten einen sogenannten Geschäftsführervertrag. Dort wurde ua. vereinbart:
- 4 *"§ 1*
- 5 *Tätigkeit und Verantwortung*
- 6 *(1) Der Geschäftsführer ist berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages und einer etwaigen Geschäftsführungsordnung allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft allein zu führen. Weisungen der Gesellschafterversammlung sind zu befolgen, soweit Vereinbarungen in diesem Vertrag nicht entgegenstehen.*
- 7 *(2) Der Geschäftsführer hat die ihm obliegenden Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns unter Wahrung der Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen.*
- 8 *(3) Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 BGB frei.*
- 9 *§ 2*
- 10 *Einzelne Aufgaben*
- 11 *(1) Dem Geschäftsführer obliegt die Leitung und Überwachung des Unternehmens im ganzen. Ihm steht Einzelgeschäftsführungs- und Einzelvertretungsbefugnis zu. Er wird alleinverantwortlich die gesamte kaufmännische, technische und organisatorische Leitung der GmbH und der KG wahrnehmen, in der der GmbH kraft ihrer Komplementärstellung die Geschäftsführung obliegt.*
- 12 *(2) Der Geschäftsführer nimmt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im Sinne der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften wahr.*
- 13 *...*
- 14 *§ 5*
- 15 *Bezüge des Geschäftsführers*
- 16 *(1) Der Geschäftsführer erhält ein festes Jahresgehalt von zunächst 150. 000, 00 DM (in Worten: einhundertfünfzigtausend). Das Gehalt wird in monatlichen Teilbeträgen am jeweiligen Monatsletzten ausgezahlt.*
- 17 *(2) Das Gehalt ändert sich zu folgenden Terminen wie folgt:*
- 18 *- Ab dem 01. 07. 1998: 180. 000, 00 DM Jahresgehalt*
- 19 *- ab dem 01. 01. 1999: 200. 000, 00 DM Jahresgehalt*
- 20 *- ab dem 01. 07. 1999: 220. 000, 00 DM Jahresgehalt*

- 21 - ab dem 01. 01. 2000: 240. 000, 00 DM Jahresgehalt.
- 22 (3) . . .
- 23 . . .
- 24 § 9
- 25 Dauer, Kündigung
- 26 (1) Die Tätigkeit für die Gesellschaft beginnt am 01. Januar 1998. Die Bestellung zum Geschäftsführer und Eintragung in das Handelsregister erfolgt nach einer halbjährigen Einarbeitungszeit zum 01. Juli 1998.
- 27 (2) Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen und ist mit einer Frist von einem Jahr zum Quartalsende kündbar. Die ersten sechs Monate der Zusammenarbeit werden als Probezeit vereinbart, während der beide Vertragspartner diesen Anstellungsvertrag auch ohne Angabe von Gründen mit einer Frist von vier Wochen zum Ende der Probezeit kündigen können.
- 28 (3) Die Kündigung ist schriftlich auszusprechen. Der Geschäftsführer hat sein Kündigungsschreiben an den Gesellschafter mit der höchsten Kapitalbeteiligung zu richten.
- 29 § 10
- 30 Schlußbestimmungen
- 31 (1) Erfüllungsort für alle Ansprüche aus diesem Vertrag ist der Sitz der Gesellschaft.
- 32 (2) Ergänzungen zu diesem Vertrag bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.
- 33 (3) . . .
- 34 (4) . . . "
- 35 Der Kläger erhielt im Sommer 1998 Handlungsvollmacht.
- 36 Am 26. Juni 1998 beschlossen die Gesellschafter der Beklagten in einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung beider Gesellschaften, den Kläger zum 1. Juli 1998 nicht zum Geschäftsführer zu bestellen, sondern dessen Probezeit bis zum 31. Dezember 1998 zu verlängern. Auch wurde das Gehalt des Klägers zum 1. Juli 1998 nicht erhöht.
- 37 Der Kläger verlangte von dem Geschäftsführer in mehreren Schreiben die Einhaltung seines Geschäftsführervertrages, seine Bestellung zum Geschäftsführer sowie eine Erhöhung seiner Bezüge. Das erste Schreiben übergab der Kläger am 22. Juli 1998. Die Annahme der weiteren Schreiben verweigerte der Geschäftsführer.
- 38 Mit anwaltlichen Schreiben vom 9. November 1998 forderte der Kläger die Beklagte auf, bis spätestens zum 20. November 1998 zu bestätigen, daß die monatliche Vergütungsdifferenz von 2. 500, 00 DM für die Zeit seit 1. Juli 1998 unverzüglich nachgezahlt werde sowie mitzuteilen, wie sie sich die weitere Gestaltung der Zusammenarbeit vorstelle, insbesondere ab wann die Bestellung zum Geschäftsführer beabsichtigt sei. Zudem wurde gerügt, daß der Kläger nicht ansatzweise die zur Erfüllung seiner Aufgaben gemäß § 2 des Anstellungsvertrages erforderlichen Kompetenzen und Befugnisse übertragen erhalten habe und ihm bislang die Einsicht in wichtige betriebliche Unterlagen (Bilanzen, Buchhaltung, Kontoauszüge) verweigert worden sei. Des weiteren ließ der

Kläger versichern, daß er auch weiterhin zu einer loyalen und konstruktiven Zusammenarbeit bereit sei, jedoch auf der uneingeschränkten Erfüllung der vertraglichen Vereinbarung vom 18. September 1997 bestehe. Ferner heißt es dann wörtlich:

- 39 *"Sollte diese Abmahnung - und als solche wollen Sie dieses Schreiben bitte verstehen - unbeachtet bleiben, muß Herr Dr. V davon ausgehen, daß Sie zur Vertragserfüllung nicht bereit sind. Ihm würde dann nichts anderes übrig bleiben, als sämtliche rechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, wozu u. a. auch eine Kündigung aus wichtigem Grund sowie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gemäß § 628 Abs. 2 BGB gehört.*
- 40 . . . "
- 41 Die Beklagte erfüllte die Forderungen des Klägers nicht. Nach Fristablauf erklärte der Kläger mit Schreiben vom 1. Dezember 1998 die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages zum 31. Dezember 1998. Er sah davon ab, die außerordentliche Kündigung als fristlose Kündigung auszusprechen, um für den Übergangszeitraum bis zum Jahresende noch für Abschlußarbeiten zur Verfügung zu stehen.
- 42 Der Kläger bezog vom 1. Januar 1999 bis 31. Juli 1999 Arbeitslosengeld, danach bis Ende 1999 Überbrückungsgeld.
- 43 Durch Beschluß vom 1. Februar 2001 wurde über das Vermögen der H KG das Insolvenzverfahren eröffnet. Über einen Antrag der Beklagten vom 19. Dezember 2000 unter dem Aktenzeichen - 73 IN 50/00 - auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde bislang nicht entschieden.
- 44 Mit der Klage vom 4. Dezember 1998 und deren Erweiterung am 26. Mai 1999 hat der Kläger die Nachzahlung der Gehaltsdifferenz für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1998 sowie Ersatz des Verdienstausfalls für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 31. Dezember 1999 in der zwischen den Parteien außer Streit stehenden Höhe von insgesamt 219. 237, 48 DM brutto abzüglich 38. 174, 13 DM netto begehrt. Ferner hat er den Ausgleich des Vorenthaltungsschadens für den Entzug des Geschäftswagens für das Kalenderjahr 1999 in der ebenfalls unstrittigen Höhe von insgesamt 9. 987, 84 DM verlangt.
- 45 Der Kläger hat die Rechtsansicht vertreten, daß die Beklagte infolge seiner berechtigten außerordentlichen Kündigung zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sei. Die Beklagte habe ab dem 1. Juli 1998 permanent die im Abmahnungsschreiben vom 9. November 1998 näher bezeichneten Verpflichtungen aus dem Geschäftsführervertrag verletzt. Der Geschäftsführer habe dem Kläger nicht nur das dringend nachgesuchte Gespräch über die weitere Zusammenarbeit verweigert, sondern ihn am 13. November 1998 ultimatив zur Rücknahme der Abmahnung aufgefordert, andernfalls er - der Kläger - das Unternehmen zu verlassen habe und große Schwierigkeiten bekommen werde. Die Beklagte habe die vertraglichen Vereinbarungen mißachtet. Der Kläger habe den einseitigen Vertragsänderungen nicht zugestimmt, insbesondere keiner Verlängerung der Probezeit. Das Vertrauen sei durch die Beklagte irreparabel zerstört worden.
- 46 Der Kläger hat - zusammengefaßt - beantragt,
- 47 die Beklagte als Gesamtschuldnerin neben der Firma H KG zu verurteilen, an den Kläger
- 48 219. 237, 48 DM brutto abzüglich erhaltener 38. 174, 13 DM netto sowie weitere 9. 987, 84 DM nebst 4 % Zinsen aus dem sich jeweils ergebenden Nettobetrag von 9. 237, 50 DM brutto ab dem 9. Dezember 1998 83. 333, 33 DM brutto abzüglich 6. 657, 12 DM netto und weitere 4. 161, 60 DM ab dem 1. Juni 1999 126. 666, 65 DM brutto abzüglich 31. 517, 01 DM netto und weitere 5. 826, 24 DM ab dem 24. Januar 2000
- 49 zu zahlen.

- 50 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.
- 51 Sie hat die Rechtsansicht vertreten, daß der Kläger nicht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 626 BGB berechtigt gewesen sei und ihm folglich auch keine Schadensersatzansprüche aus § 628 Abs. 2 BGB zustünden. Nach dem Geschäftsführervertrag sei der Kläger nicht ab dem 1. Juli 1998 ohne wenn und aber zum Geschäftsführer zu bestellen gewesen. Noch vor dem 1. Juli 1998 habe der Geschäftsführer dem Kläger mitgeteilt, daß nach dem Gesellschafterbeschuß vom 26. Juni 1998 die Probezeit zunächst bis zum 31. Dezember 1998 verlängert worden sei. Der Kläger habe nach Erhalt dieser Mitteilung geantwortet, er sei mit dem Aufschub einverstanden, wenn er eine feste Zusage zum Jahresende bekäme. Hierauf habe der Gesellschafter W erwidert, dies liege ganz an der Entwicklung des Klägers. Es komme darauf an, ob man bis dahin feststellen könne, daß er allein die Verantwortung im Unternehmen übernehmen könne. Bei sämtlichen Mitteilungen an den Kläger und bei den Gesprächen mit ihm sei die Geschäftsführerbestellung nie grundsätzlich verweigert, sondern nur die Auffassung vertreten worden, der Kläger könne aus Sicht der Beklagten noch nicht zum Geschäftsführer bestellt werden. Die zeitliche Verzögerung der vorgesehenen Bestellung zum Geschäftsführer könne nicht als "beharrlicher Verstoß" gewertet werden. Mit der Abmahnung habe der Kläger selbst das Vertrauensverhältnis zerstört.
- 52 Im übrigen hätten gewichtige Gründe bestanden, die gegen eine Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer bereits zum Zeitpunkt ab dem 1. Juli 1998 gesprochen hätten. Zum einen habe - was auch in dem Gespräch vom 13. November 1998 dem Kläger mitgeteilt worden sei - der Gesellschafter W den sicheren Eindruck gehabt, daß der Kläger im vorgesehenen Beststellungszeitpunkt den technischen Bereich des Unternehmens noch nicht beherrscht habe. Zum anderen habe der Kläger eine eigenwillige und eigenartige, "schulmeisterliche" Personalpolitik verfolgt. Der Kläger sei vom Geschäftsführer im Sommer darauf hingewiesen worden, daß er die Basis des Unternehmens und den Betrieb auf den Baustellen kennenlernen müsse, insbesondere deren Organisation und deren Abrechnung. Dabei sei der Kläger auf die Probleme der Vor- und Nachkalkulation hingewiesen worden. Nach Erhalt des Mahnschreibens vom 9. November 1998 habe der Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger dies erklärt, der Kläger habe den Sachverhalt jedoch nicht akzeptiert.
- 53 Des weiteren hat die Beklagte die Rechtsansicht vertreten, dem Kläger stünde mangels Bestellung zum Geschäftsführer ab dem 1. Juli 1998 kein höheres Jahresgehalt als der ursprünglich vereinbarte Betrag von 150. 000, 00 DM zu. Im übrigen habe dem Kläger nach dem Ultima-Ratio-Prinzip durch eine Klage beim Arbeitsgericht auf Erfüllung des Vertrages ein zunächst einfacherer und sinnvollerer Weg zur Klärung der Angelegenheit zur Verfügung gestanden.
- 54 Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil vom 11. Juni 1999 die Beklagte und die H KG als Gesamtschuldner zur Zahlung der Vergütung bis zum 31. Mai 1999 sowie durch Schlußurteil vom 24. März 2000 zur Zahlung des restlichen Verdienstaufschlags bis zum 31. Dezember 1999 verurteilt. Soweit der Kläger einen unbezifferten Feststellungsantrag gestellt hat, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der H KG durch Teilurteil vom 31. August 2000 das Teilurteil und das Schlußurteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Durch Schlußurteil vom 19. Juli 2001 hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Anschlußberufung des Klägers, mit der er den Feststellungsantrag weiterverfolgt hat, hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage.

### Entscheidungsgründe

55 Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

56 I.

Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, daß der Kläger als freier Dienstnehmer zu qualifizieren sei und von der Beklagten Schadensersatz nach § 628 Abs. 2 BGB beanspruchen könne. Die außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB sei durch ein vertragswidriges Verhalten der Beklagten veranlaßt worden. Es hänge von der Schwere des Fehlverhaltens im Einzelfall ab, ob der Grund "an sich" geeignet sei, eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. In beiden Fällen gehe die Abmahnung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Kündigung vor. Die auch bei einer Kündigung des sogenannten freien Dienstnehmers erforderliche vorherige erfolglose Abmahnung sei mit Schreiben vom 9. November 1998 erfolgt. Dort seien zu Recht insgesamt vier Vertragsverstöße gerügt worden. Da keine wirksame mündliche Vereinbarung über die Verlängerung der Probezeit unter gleichzeitiger Abbedingung der Schriftformklausel getroffen worden sei, habe die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer zum 1. Juli 1998 vorgenommen werden müssen. Zudem habe die Beklagte die vertraglich festgeschriebene Anhebung der Vergütung ab dem 1. Juli 1998 nicht erfüllt. Die Bestellung zum Geschäftsführer sei kein Junktim für die Gehaltserhöhung gewesen. Dem Kläger sei die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Einsicht in wichtige betriebliche Unterlagen wie Bilanzen, Buchhaltung und Kontoauszüge verweigert worden. Entscheidend sei, daß die Pflichtverstöße trotz des Mahnschreibens vom 9. November 1998 nicht behoben worden seien. Die pauschale, floskel-, schlag-, stichwort- und überschriftsartige Bezeichnung dahingehend, daß der Kläger den technischen Bereich des Unternehmens noch nicht beherrsche und eine eigenwillige und eigenartige Personalpolitik betreibe und dabei ein "schulmeisterhaftes" Verhalten gegenüber den anderen Mitarbeitern an den Tag gelegt habe, sei zu unsubstantiiert, als daß hieraus auf tatsächliche Mängel oder eine fehlende Eignung des Klägers rückgeschlossen werden könne. Die Beklagte habe den Kläger durch Hinhalten zur Eigenkündigung veranlassen wollen. Dessen Eigenkündigung aus wichtigem Grund wegen Nichterfüllung der vertraglichen Vereinbarungen sei daher nach § 626 Abs. 1 gerechtfertigt. Mithin stehe dem Kläger auch der Schadensersatzanspruch des § 628 Abs. 2 BGB zu.

**57 II.**

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Nachzahlung der Vergütungsdifferenzen für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis 31. Dezember 1998 sowie auf Ersatz des Verdienstausfalls und des Entzugs der privaten Nutzung seines Dienstfahrzeugs für das Jahr 1999.

**58 1.**

Die Klage ist zulässig. Ein mögliches Fehlen der Rechtswegzuständigkeit zu den Gerichten für Arbeitsachen wegen einer fehlenden Arbeitnehmereigenschaft des Klägers kann im Hinblick auf § 73 Abs. 2 ArbGG iVm. § 65 ArbGG dahinstehen.

**59 2.**

Die Zahlungsklage ist begründet.

**60 a)**

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung der Vergütungsdifferenz für die Zeit vom 1. Juli 1998 bis zum 31. Dezember 1998 gemäß § 611 BGB in Verbindung mit § 5 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages. Die Parteien haben vereinbart, daß sich das Jahresgehalt des Klägers ab 1. Juli 1998 auf 180. 000, 00 DM erhöht. Die Beklagte hat jedoch ab 1. Juli 1998 weiter nur das - bezogen auf das geringere Jahresgehalt von 150. 000, 00 DM anteilige - geringere Monatsgehalt gezahlt, so daß der Anspruch des Klägers nicht erfüllt ist. Das Landesarbeitsgericht ist unter Hinweis auf die durchgängige Bezeichnung des Klägers als Geschäftsführer im Anstellungsvertrag zu dem Ergebnis gelangt, daß zwischen den vertraglich vorgesehenen Vergütungserhöhungen und der Bestellung zum Geschäftsführer keine irgendwie geartete Abhängigkeit besteht.

**61**

Die Vertragsauslegung des Landesarbeitsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Bei der Regelung in § 5 des Geschäftsführervertrages handelt es sich um atypische Vertragsregelungen, also um solche, die nicht in einer Vielzahl von Fällen gleichlautend verwendet werden. Sie sind in der Revision nur in Grenzen nachprüfbar. Der Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt allein, ob bei der Auslegung dieser Verträge und Willenserklärungen die Vorschriften über die Auslegung von §§ 133, 157 BGB richtig angewandt worden sind, ob der Tatsachenstoff vollständig verwertet oder gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen worden ist (vgl. zB Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 4. Aufl. § 73 Rn. 16). Diese vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung ist mit dem Wortlaut der Vereinbarung zwanglos in Einklang zu bringen und wird von der Revision auch nicht beanstandet. Hiernach haben die Parteien den Anspruch auf Gehaltserhöhung nicht an eine aufschiebende Bedingung der Bestellung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB geknüpft.

62 b)

Das Landesarbeitsgericht hat weiter zutreffend angenommen, daß dem Kläger für das Jahr 1999 Schadensersatzansprüche in der geltend gemachten Höhe aus § 628 Abs. 2 BGB zustehen. Nach § 628 Abs. 2 BGB ist der Kündigungsempfänger, wenn die fristlose Kündigung durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt wurde, dem Kündigenden zum Ersatz des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind erfüllt.

63 aa)

Es kann dahinstehen, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis oder freies Dienstverhältnis bestand. § 628 Abs. 2 BGB gilt für beide Rechtsverhältnisse.

64 bb)

Dem Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB steht nicht entgegen, daß der Kläger keine fristlose, sondern eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit ausgesprochen hat. Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus ist der Anspruch nach § 628 Abs. 2 BGB nämlich auch dann gegeben, wenn das Vertragsverhältnis in anderer Weise als durch eine fristlose Kündigung beendet wurde, sofern nur der Kündigungsempfänger durch ein vertragswidriges schuldhaftes Verhalten den Anlaß für die Beendigung gegeben hat. Grund für den Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB ist das Auflösungsverschulden und nicht der Formalakt der fristlosen Kündigung. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein Dienst- oder ein Arbeitsverhältnis handelt (vgl. BAG 26. März 1985 - 3 AZR 200/82 - nv., zu IV 1 a der Gründe und BGH 29. November 1965 - VII ZR 202/63 - BGHZ 44, 271, 274 [BGH 29.11.1965 - VII ZR 202/63]; vgl. auch BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - AP BGB § 628 Nr. 3 = EzA BGB § 628 Nr. 19, zu B II 2 der Gründe).

65 cc)

Liegt eine Kündigung vor, muß sie berechtigt und auch wirksam sein und ihren Grund in einem vertragswidrigen, schuldhaften Verhalten des anderen Vertragsteils haben (sog. Auflösungsverschulden). Dabei genügt nicht jede geringfügige schuldhaftes Vertragsverletzung. Vielmehr muß ihr das Gewicht eines wichtigen Grundes zukommen und zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB berechtigen (vgl. zB BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - aaO; 11. Februar 1981 - 7 AZR 12/79 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 8 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 20, zu C I 2 der Gründe). Diese Zusammenhänge hat das Landesarbeitsgericht entgegen der Auffassung der Revision erkannt und dementsprechend die Berechtigung zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB geprüft. Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Landesarbeitsgericht darin zu folgen, daß im Streitfall ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB gegeben ist. Voraussetzung für eine solche Bewertung ist, daß Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des



Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

66 (1)

Der Begriff des wichtigen Grundes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen richtige Rechtsanwendung durch das Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar ist. Dem Berufungsgericht steht ein Beurteilungsspielraum zu. Der Begriff des wichtigen Grundes ist dann richtig angewandt, wenn von ihm geprüft wird, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden. Ferner müssen bei der zusätzlich erforderlichen Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles daraufhin abgewogen werden, ob es dem Kündigenden zumutbar ist, das Dienstverhältnis bis zum Ablauf der Frist für die ordentliche Kündigung fortzusetzen. Aufgabe des Revisionsgerichts ist es, die vom Berufungsgericht vorgenommenen Wertungen darauf zu überprüfen, ob der Begriff des wichtigen Grundes richtig erkannt und die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens bei der Würdigung des von ihm festgestellten Sachverhalts eingehalten worden sind. Ein Ermessensfehler liegt insbesondere dann vor, wenn wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen oder nicht vollständig gewürdigt worden sind (vgl. BGH 9. März 1992 - II ZR 102/91 - ZIP 1992, 539, zu 1 b der Gründe; 19. Oktober 1987 - II ZR 97/87 - AP BGB § 611 Konkurrenzklausele Nr. 33, zu 2 der Gründe; BAG 6. November 1998 - 2 AZR 801/96 - AP BGB § 626 Nr. 142 = EzA BGB § 626 nF Nr. 171). Gemessen daran halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

67 Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht den wichtigen Grund nicht in einer Hinhaltenaktik seitens der Beklagten erblickt. Vielmehr hat das Gericht auf den Verstoß gegen vertragliche Vereinbarungen abgestellt. Im Streitfall sind die unterbliebene Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer sowie die Vorenthaltung eines Teils der Dienstbezüge an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung zu bilden.

68 Das Landesarbeitsgericht hat - wie oben unter II 2 a der Entscheidungsgründe dargelegt - zutreffend angenommen, die Beklagte sei gemäß § 5 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages ab dem 1. Juli 1998 vertraglich verpflichtet gewesen, die Vergütungserhöhungen zu zahlen. Ferner hat es die einzelvertragliche Regelung in § 9 Abs. 1 Satz 2 des Geschäftsführervertrages dahingehend ausgelegt, daß sie eine schuldrechtliche Bestellungsverpflichtung zum Geschäftsführer enthält. Auf Grund des klaren Wortlauts und des vom Senat anzulegenden Überprüfungsmaßstabs bei atypischen Vertragsregelungen ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden.

69 Dem Landesarbeitsgericht ist des weiteren darin zu folgen, daß weder der Zeitpunkt der Bestellung zum Geschäftsführer hinausgeschoben noch die Probezeit vertraglich verlängert worden ist. Insoweit ist der Vertrag der Parteien nicht abgeändert worden. Durch die Mitteilung des Gesellschafterbeschlusses vom 26. Juni 1998 ist dem Kläger zwar ein Vertragsangebot unterbreitet worden. Danach sollte die Probezeit bis zum 31. Dezember 1998 verlängert und im Anschluß daran die Bestellung zum Geschäftsführer erfolgen. Dieses Angebot hat der Kläger aber nicht angenommen. Er hat sich nämlich mit dem zeitlichen Aufschub nur unter der Einschränkung einverstanden erklärt, daß er "eine feste Zusage" zum Jahresende bekomme. Gemäß § 150 Abs. 2 BGB gilt eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Dieses Vertragsangebot seitens des Klägers wiederum hat der Geschäftsführer der Beklagten abgelehnt, weil er die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer zum 31. Dezember 1998 nicht akzeptiert hat. Der Geschäftsführer hat nämlich erwidert, dies liege ganz an der Entwicklung des Klägers, ob man feststellen könne, daß er allein die Verantwortung im Unternehmen übernehmen könne.

70 Die Beklagte hat sich im Verhältnis zum Kläger auch wirksam dazu verpflichtet, jenen zum Geschäftsführer zu bestellen. § 38 GmbHG, wonach die Bestellung zum Geschäftsführer gesellschaftsrechtlich jederzeit widerruflich ist, steht einer schuldrechtlichen Bestellungsvereinbarung in einem Anstellungsvertrag nicht entgegen, selbst dann nicht, wenn sie der Satzung der Gesellschaft widersprochen haben sollte (OLG Köln GmbHR 1989, 76, 78 [OLG Köln 16.03.1988 - 6 U 38/87]; Hachenburg-Stein GmbHG 8. Aufl. § 38 Rn. 28; Zöllner in

Baumbach/Hueck GmbHG 17. Aufl. § 38 Rn. 11; Scholz/Schneider GmbHG 8. Aufl. § 38 Rn. 54; Rowedder-Koppensteiner GmbHG 3. Aufl. § 38 Rn. 4; Fleck Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter ZGR 1988, 104, 122) . § 38 GmbHG schließt es nicht aus, daß durch die Auswirkungen der unterbliebenen Bestellung auf das Anstellungsverhältnis die vertragliche Rechtsstellung des Dienstnehmers beeinträchtigt werden und diesen zu entsprechenden Reaktionen berechtigen kann. Die Bestellung ist frei widerruflich "unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen". Damit erkennt der Gesetzgeber die Möglichkeit an, daß der Widerruf trotz seiner Wirksamkeit schuldrechtliche Entschädigungsansprüche auslösen kann. Entsprechendes gilt bei Bestellungszusagen, die aus gesellschaftsrechtlichen Gründen ggf. nicht erzwingbar sind.

- 71** Gegen die vorgenannten vertraglichen Verpflichtungen hat die Beklagte fortwährend verstoßen.
- 72** Die Vorenthaltung der Dienstbezüge ist grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund für die Kündigung zu bilden (BGH 19. Oktober 1987 - II ZR 97/87 - aaO, zu 2 der Gründe). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Nichtzahlung der Bezüge eine nicht unerhebliche Höhe erreicht oder der Verzug mit der Zahlung sich über einen erheblichen Zeitraum hinweg erstreckt (vgl. dazu BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - aaO, zu B II 3 c aa der Gründe mwN). Die unterbliebene Bestellung zum Geschäftsführer stellt ebenfalls eine erhebliche Pflichtverletzung dar. Insoweit gilt Entsprechendes wie bei dem Entzug des vertraglich vorgesehenen Amtes (zum Entzug: Dernbach Abberufung und Kündigung des GmbH-Geschäftsführers BB 1982, 1266, 1270; Rowedder-Koppensteiner GmbHG 3. Aufl. § 38 Rn. 41; Lutter-Hommelhoff GmbH-Gesetz Anh. § 6 Rn. 56; Fleck aaO S 122). Die Bedeutsamkeit der Pflichtverletzungen zeigt sich daran, daß der Dienstvertrag im Streitfall nicht nur eine Bestellungsverpflichtung, sondern ausdrücklich die Tätigkeit als Geschäftsführer regelte. Die unterbliebene Bestellung entzog dem auf das Geschäftsführeramt zugeschnittenen Anstellungsvertrag mithin die Grundlage. Der Vertrag war gerade im Hinblick auf die Bestellung erfolgt, ohne sie wurde er praktisch inhaltslos.
- 73** Es kann dahinstehen, ob im freien Dienstverhältnis vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich ist, wie das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies bei Kündigungen gegenüber einem Geschäftsführer nicht der Fall. Jener kennt die ihm obliegenden Pflichten und ist sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Hinweise und Ermahnungen im klaren (BGH 14. Februar 2000 - II ZR 218/98 - AP BGB § 611 Organvertreter Nr. 16 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 42, zu II der Gründe; 10. September 2001 - II ZR 14/00 - EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 43, auch zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen). Die Kündigung des Leitungsorgans bedarf deshalb keiner vorherigen Abmahnung. Ob dies umgekehrt auch bei dem Ausspruch einer Kündigung durch den Dienstnehmer gegenüber der Gesellschaft gilt, ist unerheblich, denn der Kläger hat die Beklagte vor Ausspruch seiner Kündigung mit dem Schreiben vom 9. November 1998 tatsächlich abgemahnt und dabei unter anderem auch die beiden oben beschriebenen Vertragsverletzungen gerügt.
- 74** (2)
- Dem Kläger war bei Abwägung aller Umstände die Fortsetzung des Dienstvertrages bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten. Da die Verlängerung der Probezeit im Streitfall vertraglich nicht vereinbart wurde und eine einseitige Verlängerung vertraglich nicht vorgesehen ist, ist der 31. Dezember 1999 maßgebend. Gemäß § 9 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages beträgt die Kündigungsfrist nämlich ein Jahr zum Quartalsende. Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts ist nicht zu beanstanden.
- 75** Der Kläger war nicht verpflichtet, bis zum 31. Dezember 1999 seine bisherige Tätigkeit fortzusetzen.
- 76** Dabei kann im Streitfall dahinstehen, ob der Kläger gesellschaftsrechtlich einen erzwingbaren Anspruch auf Erfüllung hatte und bereits aus diesem Grund jede andere Tätigkeit als die Geschäftsführertätigkeit unzumutbar war. Nach § 38 Abs. 1 GmbHG ist die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus

bestehenden Verträgen. Nach § 38 Abs. 2 GmbHG kann im Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe denselben notwendig machen. Als solche Gründe sind insbesondere grobe Pflichtverletzungen oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung anzusehen. Das Landesarbeitsgericht hat vorliegend nicht festgestellt, ob die Satzung Regelungen zur Abberufung des Geschäftsführers enthielt und das Recht zum Widerruf auf die Fälle des wichtigen Grundes beschränkte. Fehlt in der Satzung eine entsprechende Regelung, bleibt es wegen der weitreichenden Bedeutung der Organbestellung für die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, die ein Vertrauensverhältnis voraussetzt und mit Risiken verbunden ist (vgl. Fleck Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter ZGR 1988, 104, 123), bei der freien Widerruflichkeit der Bestellung als Bestandteil des gesetzlichen Normalstatus. Die außerhalb der Satzung zugesagte Bestellung ist nicht erzwingbar, begründet also keine schuldrechtlichen Erfüllungsansprüche, weil sie sogleich widerrufen werden könnte (Fleck aaO S 124; Scholz/Schneider GmbHG 8. Aufl. § 38 Rn. 54 f.). Ein erzwingbarer schuldrechtlicher Bestellaanspruch wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn in der Satzung der GmbH die Widerruflichkeit der Bestellung gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG beschränkt wäre und ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes nicht vorläge.

- 77** Das Verbleiben des Klägers in der ihm übertragenen Position für ein weiteres Jahr, dh. bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung war für den Kläger auch dann unzumutbar, wenn in der Satzung eine Beschränkung des Widerrufs auf Fälle des wichtigen Grundes fehlte und demgemäß davon ausgegangen werden muß, daß dem Kläger nach der Bestellung zum Geschäftsführer diese Position sogleich wieder gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG hätte entzogen werden können. Der Bundesgerichtshof hat sowohl für den Fall der Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers wegen Verschuldens der Gesellschaft (9. Februar 1978 - II ZR 189/76 - AP GmbHG § 38 Nr. 1) als auch für den Fall der selbst verschuldeten Abberufung eines Vorstandsmitglieds (14. Juli 1966 - II ZR 212/64 - DB 1966, 1306) entschieden, daß das Geschäftsleitungsmitglied während der Restlaufzeit des Dienstvertrages eine andere, ihm von der Gesellschaft angebotene zumutbare Tätigkeit annehmen müsse. Im Schrifttum wird eine solche Verpflichtung teilweise nur erörtert, wenn das Organmitglied die Beendigung, dh. den Widerruf der Bestellung, selbst verschuldet hat (Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff Aktiengesetz Bd. II § 84 Rn. 98; Mertens in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz 2. Aufl. § 84 Rn. 141). Im Einzelfall ist auf die Zumutbarkeit einer angebotenen Ersatztätigkeit abzustellen (im Ergebnis ebenso OLG Karlsruhe 25. Januar 1995 - 15 U 286/94 - GmbHR 1996, 208, 209) [OLG Karlsruhe 25.08.1995 - 15 U 286/94]. Diese Überlegungen für den Fall der Abberufung gelten entsprechend für die Fälle der unterbliebenen Bestellung zum Geschäftsführer. Unter Wertungsgesichtspunkten unterscheiden sich beide Fallgestaltungen nicht wesentlich. In beiden Fällen geht es um eine Synchronisation der gesellschaftsrechtlichen und der schuldrechtlichen Pflichten im Anstellungsvertrag.
- 78** Im Rahmen der Zumutbarkeit ist es zunächst bedeutsam, daß die aufzunehmende Tätigkeit den Kenntnissen und Fähigkeiten eines Geschäftsführers angemessen sein muß. Ob sie ihr an Verantwortung und Ansehen gleichrangig oder ihr nur nahe kommen muß, hängt ua. davon ab, inwieweit ein schuldhaftes Verhalten seitens des Dienstnehmers vorliegt. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof bei einer durch das Geschäftsleitungsmitglied schuldhaft verursachten Abberufung darauf abgestellt, daß die Ersatztätigkeit nicht gleichrangig zu sein braucht, solange sie der Geschäftsführertätigkeit im Rahmen des Möglichen wenigstens nahe kommt (14. Juli 1966 - II ZR 212/64 - aaO).
- 79** Im Streitfall ist indessen weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, daß den Kläger an der unterbliebenen Bestellung zum Geschäftsführer ein Verschulden trifft. Selbst wenn insoweit das Vorliegen von Eignungsmängeln entscheidungserheblich wäre, würde dies kein abweichendes Ergebnis rechtfertigen. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß es für die Annahme von Eignungsmängeln des Klägers keinen ausreichend substantiierten Sachvortrag seitens der Beklagten gibt. Die dagegen erhobene Verfahrensrüge greift nicht durch. Wird die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Rechtsvorschrift gerügt, sind nach § 551 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO auch diejenigen Tatsachen vorzutragen, die den Verfahrensmangel ergeben. Wird eine Verletzung des § 139 ZPO gerügt, muß im einzelnen vorgetragen werden, was der Revisionskläger auf eine entsprechende Frage oder einen Hinweis des Gerichts vorgetragen hätte. Der

unterbliebene Vortrag ist vollständig nachzuholen (BAG 12. April 2000 - 5 AZR 704/98 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 72, zu II 1 a der Gründe; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 4. Aufl. § 74 Rn. 39). Dies ist im Streitfall nicht geschehen. Vielmehr hat die Beklagte sich auf den unzureichenden Hinweis beschränkt, sie hätte "zahlreiche Beispiele aus dem Betriebsablauf unter Beweisantritt vorgetragen".

- 80** Der Kläger hatte auch keine Position inne, die der eines Geschäftsführers an Verantwortung und Ansehen gleichrangig war. Das Landesarbeitsgericht hat - gestützt auf den unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag des Klägers - betont, daß diesem die Kompetenzen und Befugnisse zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 2 des Geschäftsführervertrages gefehlt hätten. Daß der Kläger seit Sommer 1998 Handlungsvollmacht hatte, rechtfertigt nicht die Annahme einer gleichrangigen Position. Neben dem Kläger gab es einen kaufmännischen Leiter sowie den Geschäftsführer der Beklagten, die die Leitungsfunktionen im Unternehmen wahrnahmen. Für den Kläger verblieb damit keine verantwortliche Tätigkeit. Notwendig wäre zumindest eine leitende Position ähnlich der eines Prokuristen gewesen mit Vorgesetztenstellung gegenüber Arbeitnehmern.
- 81** Unzumutbar war auch die von der Beklagten angebotene Fortsetzung der Probezeit. Dies gilt unabhängig davon, ob fachliche und persönliche Eignungsmängel des Klägers vorhanden waren. Der Anstellungsvertrag enthält insoweit feste Vereinbarungen, die nicht durch Zumutbarkeitsüberlegungen überspielt werden dürfen. Die Parteien haben eine sechsmonatige Probezeit vereinbart. Wenn die Arbeitsleistung des Klägers innerhalb dieser Zeit nicht abschließend beurteilt werden konnte, konnte die Beklagte nur versuchen, eine vertragliche Verlängerung der Probezeit zu erreichen. Da ihr dies nicht gelungen ist, blieb ihr letztlich die Möglichkeit, entsprechend der Vertragslage zu handeln und - soweit notwendig - das Anstellungsverhältnis ihrerseits innerhalb der vertraglich vereinbarten Probezeit zu beenden.
- 82** Ferner ist es nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Interessenabwägung auf die Fortsetzung der Vertragsverstöße trotz vorheriger Abmahnung abstellt und diesem Umstand besondere Bedeutung beimißt.
- 83** Soweit die Beklagte die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses durch den Hinweis in Zweifel zu ziehen versucht, daß der Kläger noch für die Dauer der rund einen Monat betragenden Auslaufrist weitergearbeitet hat, vermag dies nicht zu überzeugen. Zwar kann bei einer auffallend langen Auslaufrist zweifelhaft werden, ob eine außerordentliche Kündigung wirklich gerechtfertigt ist. Im Streitfall trifft dies jedoch nicht zu, da die Auslaufrist im Verhältnis zur Frist bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung kurz bemessen war. Die plausible Begründung des Klägers im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Übergabe und der Realisierung von offenstehenden Urlaubsansprüchen hat die Beklagte überdies nicht entkräftet.
- 84** Ebensowenig rechtfertigt das Ultima-ratio-Prinzip die von der Beklagten angeführte Annahme, der Kläger habe zunächst seine Forderungen klageweise geltend machen müssen. Abgesehen davon, daß der Anspruch auf Bestellung zum Geschäftsführer ggf. nicht erzwingbar ist, handelt es sich bei dem Ansinnen der Beklagten um eine zwar mildere, aber schon im Hinblick auf die Dauer eines solchen Verfahrens ungeeignete Maßnahme. Der Kläger konnte nur durch Beendigung des Vertragsverhältnisses zum Jahresende 1998 den erheblichen Vertragsverletzungen der Beklagten im Jahr 1999 zuvorkommen.
- 85** dd)
- Der Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB setzt ferner die Wahrung der Zweiwochenfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB voraus. Das Recht der fristlosen Kündigung ist verwirkt, wenn die gesetzliche Ausschußfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB versäumt ist. Folglich kann das pflichtwidrige Verhalten nicht mehr zum Anlaß einer vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses genommen werden und damit entfällt auch der Schadensersatzanspruch gemäß § 628 Abs. 2 BGB (zB BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - aaO, zu B II 3 d der Gründe; 22. Juni 1989 - 8 AZR 164/88 - AP BGB § 628 Nr. 11 = EzA BGB § 628 Nr. 17). Die Zweiwochenfrist ist im Streitfall indessen

gewahrt. Bei der Vorenthaltung der Bezüge sowie der unterbliebenen Bestellung zum Geschäftsführer handelt es sich um ein sogenanntes Dauerverhalten. Hier beginnt die Frist nicht vor Beendigung des Zustandes (BGH 26. Juni 1995 - II ZR 109/94 - WM 1995, 1665, 1666 [BGH 26.06.1995 - II ZR 109/94] , zu 4 der Gründe; auch BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - aaO, zu B II 3 d der Gründe). Eine Beendigung des Zustandes war aber bis zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nicht eingetreten.

**86** ee)

Sonstige Unwirksamkeitsgründe sind nicht ersichtlich, insbesondere ist es nicht zu beanstanden, daß der Kläger die außerordentliche Kündigung nicht fristlos, sondern mit einer rund einen Monat betragenden Auslauffrist ausgesprochen hat. Der Kläger hat im Kündigungsschreiben ausdrücklich klargestellt, daß er nicht fristlos, sondern außerordentlich mit einer Auslauffrist kündigen will. Diese Kündigungsform ist rechtlich zulässig. Wer zur fristlosen Kündigung berechtigt ist, kann auch mit einer Frist kündigen, weil das die mildere Maßnahme ist (Staudinger/Preis BGB 12. Aufl. § 626 Rn. 251; MünchKomm-Schwerdtner BGB 4. Aufl. § 626 Rn. 31). Die Gründe für die Gewährung der Auslauffrist sind ohne Bedeutung. Die Einhaltung der Frist kann ein Entgegenkommen gegenüber dem anderen Teil sein, kann aber auch im Interesse des Kündigenden liegen. Die Auslauffrist braucht auch nicht der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist entsprechen (Staudinger/Preis aaO Rn. 252). Der Kündigungsgegner ist nicht verpflichtet, die Auslauffrist zu akzeptieren. Vielmehr kann er sie auch ablehnen. Dann endet das Vertragsverhältnis bei Vorlage eines wichtigen Grundes mit sofortiger Wirkung (Staudinger/Preis aaO Rn. 252). Dies ist im Streitfall nicht geschehen.

**87** ff)

Die Beklagte hat ferner schuldhaft gehandelt. Nicht zuletzt auf Grund der Abmahnung war für sie das Fehlverhalten erkennbar und vermeidbar. Das gemäß § 276 BGB schuldhafte Verhalten ihres Geschäftsführers muß sich die Beklagte nach § 31 BGB zurechnen lassen.

**88** gg)

Die schuldhafte Vertragsverletzung war Veranlassung für die Auflösung des Vertragsverhältnisses. Eine Vertragsverletzung allein reicht nicht aus, es muß vielmehr ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung gegeben sein (BGH 12. Juni 1963 - VII ZR 272/61 - BGHZ 40, 13, 14 [BGH 12.06.1963 - VII ZR 272/61] ; Staudinger/Preis aaO § 628 Rn. 43). Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen. Der Kläger hat bereits im Abmahnungsschreiben sein zukünftiges Verhalten angekündigt und dabei auch auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 628 Abs. 2 BGB hingewiesen. Dies genügt für die Annahme eines unmittelbaren Zusammenhangs.

**89** hh)

Damit kann der Kläger den Ausgleich aller adäquat kausal verursachten Schadensfolgen verlangen, die durch die vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses auf Grund des Auflösungsverschuldens des anderen Teils entstanden sind. Der Anspruch geht auf das Erfüllungsinteresse, der Berechtigte ist so zu stellen, wie er bei Fortbestand des Dienstverhältnisses stehen würde (BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - aaO, zu B III 1 der Gründe; BGH 3. März 1993 - VIII ZR 101/92 - BGHZ 122, 9, zu II 3 a bb der Gründe; Staudinger/Preis aaO § 628 Rn. 44). Dabei bildet die ordentliche Kündigungsfrist die zeitliche Grenze des Schadensersatzanspruchs (BAG 26. Juli 2001 - 8 AZR 739/00 - aaO, zu B III 2 d der Gründe; BGH 3. März 1993 - VIII ZR 101/92 - aaO; BAG 9. Mai 1975 - 3 AZR 352/74 - BAGE 27, 137 = AP BGB § 628 Nr. 8, zu II 2 a der Gründe). Der Schaden wird nach der sogenannten Differenzmethode berechnet. Dem tatsächlichen durch die Kündigung eingetretenen Zustand ist der hypothetische ohne das schädigende Ereignis (die Kündigung) zu verzeichnende Zustand gegenüberzustellen (BGH 9. Juli 1986 - GSZ 1/86 - BGHZ 98, 212, 217) [BGH 09.07.1986 - GSZ 1/86] . Der Schaden besteht im Ausfall der Vergütung einschließlich aller besonderen Zuwendungen (BAG 20. November 1996 - 5 AZR 518/95 - BAGE 84, 344 = AP BGB § 611

Berufsport Nr. 12) sowie einer etwaigen Naturalvergütung. Bei der Ermittlung des Verdienstaufschadens ist von der sogenannten Bruttolohnmethode auszugehen. Danach ist bei der Schadensberechnung der entgangene Bruttoverdienst des Geschädigten anzusetzen. Vorteile, die ihm auf Grund des Schadensereignisses durch den Wegfall zB von Steuern zufließen, sind im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen, wobei der Vorteilsausgleich entsprechendes Verteidigungsvorbringen des Schädigers voraussetzt. Die Berechnungsmethode ist für alle Fälle des Verdienstaufschadens anwendbar, gleichgültig, ob es um den Verdienstaufschadens von Beamten, Selbständigen oder Arbeitnehmern geht (vgl. BGH 15. November 1994 - VI ZR 194/93 - BGHZ 127, 391 ff. , zu II 1 a der Gründe). Diesen Grundsätzen entspricht die vom Kläger geltend gemachte Forderung in der rechnerisch unstrittigen Höhe.

90 III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO .

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.