

Aktenzeichen: 2 AZR 12/98

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 20. August 1998

- 2 AZR 12/98 -

I. Arbeitsgericht
Potsdam

Urteil vom 24. Oktober 1996

- 6 Ca 1578/96 -

II. Landesarbeitsgericht
Brandenburg

Urteil vom 24. Oktober 1997

- 4 Sa 764/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung

Gesetz:

SparkassenG-DDR §§ 13, 15, 16, 20; AktG §§ 76, 112;

SparkassenG Brandenburg § 18; KSchG §§ 4, 13; BGB § 626; GVG
§ 17 Abs. 2, § 17 a

Leitsätze:

keine

Hinweise:

1. Zur Passivlegitimation, insbesondere Vertretung, einer Sparkasse in einem gegen dieselbe gerichteten Kündigungsprozeß eines stellv. Vorstandsmitglieds
2. Zur Statusfeststellung (Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter) eines stellv. Sparkassenvorstandsmitglieds
3. Zur Fehlerhaftigkeit eines Anstellungsvertrags wegen mangelnder Bestätigung durch einen Verwaltungsratsbeschluß
4. Zur Verfristung eines Kündigungsgrundes (§ 626 Abs. 2 BGB) bei Kenntnis des Rechtsvorgängers von den Kündigungsgründen
5. Zur Haftung von Vorstandsmitgliedern gegenüber der Sparkasse



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 12/98
4 Sa 764/96 Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. August 1998

Urteil

Anderl,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

p p .

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. August 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Bröhl sowie die ehrenamtliche Richterin Nipperdey und den ehrenamtlichen Richter Thelen für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Brandenburg vom 24. Oktober 1997 - 4 Sa 764/96 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war zunächst aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 21. Juni 1991 seit dem 1. Oktober 1991 bei der Kreissparkasse Rathenow, die später mit der Beklagten fusionierte, als Angestellter nach VergGr. II BAT beschäftigt. Mit Dienstvertrag vom 29. November 1991 wurde er ab 1. Dezember 1991 bis zum 31. Dezember 1996 zum stellvertretenden Vorstandsmitglied bestellt. In § 8 dieses Dienstvertrages ist u.a. vorgesehen, daß der Kläger im Falle der Vereinigung der Sparkasse mit einer anderen Sparkasse verpflichtet sei, bei der neuen Sparkasse die Aufgaben eines stellvertretenden Vorstandsmitgliedes zu übernehmen; im Fall der Nichtverwendbarkeit gelte die Umbildung der Sparkasse für beide Vertragspartner als wichtiger Kündigungsgrund (§ 626 BGB), wobei der Anspruch auf Vergütung bis zum Ablauf der Vertragszeit dadurch nicht berührt werde. Dem Abschluß dieses Dienstvertrages war ein Beschluß des Verwaltungsrates der Sparkasse Rathenow vom 8. November 1991 vorausgegangen, wonach der Kläger mit Wirkung vom 1. Januar 1992 - später auf den 1. Dezember 1991 vorverlegt - zum ordentlichen Stellvertreter des Vorstandes der Sparkasse bestellt werden sollte.

Da am 31. März 1992 der damalige Vorstandsvorsitzende der Sparkasse Rathenow zum 30. September 1992 gekündigt hatte und ab 1. April 1992 freigestellt wurde und gleichzeitig das weitere Vorstandsmitglied schwer erkrankt war, wurde der Kläger durch den Verwaltungsrat am 17. Juni 1992 bis zur Neubesetzung der



Stelle des Vorstandsvorsitzenden in dieses Amt berufen, und zwar ohne Erhöhung der Dienstbezüge. Mit Schreiben vom 5. Mai 1992, 21. Juli 1992 und 5. Oktober 1992 forderte das Ministerium der Finanzen und das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen von der Sparkasse die Bestellung eines Vorstandsvorsitzenden; nach den Ausführungen des Bundesaufsichtsamtes stand die Vorstandsbesetzung nicht mit Gesetz und Satzung im Einklang. Daraufhin wurde in der Verwaltungsratssitzung am 2. Dezember 1992 Herr Sch zum Vorstandsvorsitzenden bestellt, wobei die Sparkasse mit ihm am 10. Dezember 1992 einen Dienstvertrag über fünf Jahre abschloß. Da zum 31. März 1993 das weitere Vorstandsmitglied W aus dem Vorstand ausschied, bestellte der Verwaltungsrat mit Beschluß vom 17. März 1993 Herrn B ab 1. Mai 1993 zum weiteren Vorstandsmitglied und faßte gleichzeitig einen Beschluß, wonach der Dienstvertrag des Klägers als stellvertretendes Vorstandsmitglied dahin ergänzt wurde, daß der Kläger zur kostenfreien Benutzung eines Dienstfahrzeuges berechtigt sei und zur Abgeltung der in der Vergangenheit geleisteten Tätigkeit als Vorstandsvorsitzender einen Sonderurlaub von fünf Tagen erhielt. Bis zum Dienstantritt des gewählten Vorstandsmitgliedes B wurde der Kläger durch Beschluß des Verwaltungsrats vom 16. April 1993 zum Vorstandsmitglied bestellt, und zwar unter Anpassung seiner Bezüge.

Mit Schreiben vom 2. April 1993 hatte sich der Ostdeutsche Sparkassen- und Giroverband (im folgenden: OSGV) an den Vorstandsvorsitzenden der Sparkasse Rathenow - unter gleichzeitiger Übermittlung einer Kopie an den Verwaltungsratsvorsitzenden - gewandt und darauf aufmerksam gemacht, das Offenhalten der Entscheidung über die Zukunft der Sparkasse Rathenow könne nicht dazu führen, daß seitens der Sparkasse Maßnahmen in sachlicher oder persönlicher Hinsicht ge-



troffen würden, die für eine künftige Einbindung in sinnvolle Sparkassenstrukturen präjudizierende Wirkung hätten und zu unzumutbaren Kostenbelastungen oder Bindungen in personellen Angelegenheiten für das künftige Institut führten. Für den bereits geplanten Neubau einer Hauptstelle der Sparkasse Rathenow erstellte der OSGV ein Raumprogramm. Der Verwaltungsrat der Sparkasse genehmigte im Dezember 1993 die vorläufig hierfür geschätzten Investitionskosten von ca. 15 Mio DM. Gleichzeitig hatte die Sparkasse einen Wirtschaftsprüfer beauftragt, die Vor- und Nachteile der Fusion der Sparkasse Rathenow mit der Beklagten zu untersuchen; in dem Gutachten ist u.a. davon die Rede, wolle der Kreis als Gewährträger eine eigene Sparkasse betreiben, so müsse er aus dem Zweckverband für die Mittelbrandenburgische Sparkasse ausscheiden, aus kommunalpolitischer Sicht spreche vieles für eine eigene Sparkasse, betriebswirtschaftlich ließen sich bei einer Fusion Vorteile im Kostenbereich nachweisen. In der Sitzung des Verwaltungsrats der Sparkasse Rathenow vom 24. Mai 1993 wurde die Frage einer Sparkassenfusion erörtert, der Verwaltungsrat äußerte in der Sitzung in Anwesenheit des Vorstandsvorsitzenden Sch und des Klägers den einheitlichen Willen zur Beibehaltung der Selbständigkeit der Sparkasse Rathenow; Gespräche mit dem Vorstand der späteren Beklagten zur Frage einer Fusion wurden abgelehnt.

Im Rahmen der Kommunalgebietsreform wurden der Kreis Rathenow und der Kreis Nauen zum Havellandkreis zusammengefaßt. Aufgrund der Kreistagswahl vom 5. Dezember 1993 änderten sich die Mehrheitsverhältnisse zugunsten einer Fusionslösung; der bisherige Landrat des Kreises Nauen wurde Landrat des neugebildeten Großkreises Havelland; in dieser Funktion übernahm er auch den Vorsitz im Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow. Der neugebildete Kreistag des Landkrei-



ses Havelland beschloß am 16. Februar 1994 seine grundsätzliche Bereitschaft, die Gewährträgerschaft für die Sparkasse Rathenow auf den Zweckverband für die Mittelbrandenburgische Sparkasse zu übertragen und faßte am 25. April 1994 den entsprechenden Fusionsbeschluß. Daraufhin kam es zu einer Vereinbarung zwischen dem Zweckverband für die Mittelbrandenburgische Sparkasse in Potsdam und dem Landkreis Havelland vom 16. Mai 1994, wonach die Kreissparkasse Rathenow mit Wirkung zum 1. Juli 1994 durch die Beklagte aufgenommen werden sollte, was dann auch geschah. Der Verwaltungsrat der Beklagten faßte alsdann in der Sitzung vom 5. Juli 1994 den Beschluß, die Vorstandsmitglieder S , K und J zu beauftragen, Verhandlungen mit den ehemaligen Vorstandsmitgliedern der Kreissparkasse Rathenow zu führen und ggf. einseitige Rechtserklärungen, z.B. Kündigungen, auszusprechen. Mit Schreiben vom 13. Juli 1994 kündigte daraufhin die Beklagte durch den Vorstand den Dienstvertrag mit dem Kläger außerordentlich aus wichtigem Grund und vorsorglich wegen fehlender Verwendung, wobei die Beklagte dem Kläger pflichtwidriges Verhalten im Hinblick auf die Bestellung des Vorstandsvorsitzenden Sch und des Vorstandsmitgliedes B sowie den Sparkassenneubau während seiner Tätigkeit bei der Sparkasse Rathenow vorwarf; eine weitere Kündigung erfolgte mit Schreiben vom 1. August 1994. Mit Schreiben vom 19. Juli 1994 und 9. August 1994 wiesen die Prozeßbevollmächtigten des Klägers die Kündigungen wegen fehlender Vollmacht zurück. Mit Schreiben vom 25. Oktober 1994 kündigte die Beklagte, dieses Mal vertreten durch den Verwaltungsrat, erneut vorsorglich außerordentlich. Die Prozeßbevollmächtigten des Klägers wiesen auch diese Kündigung zurück. Mit Schreiben vom 22. Dezember 1994 kündigte der Kläger seinerseits wegen fehlender Verwendung zum 31. Dezember 1994.



Der Kläger hat sich zunächst mit einer beim Landgericht Potsdam eingereichten Klage gegen die Kündigungen vom 13. Juli und 1. August 1994 gewandt und im Urkundenprozeß die Bezahlung von Entgelt ab August 1994 begehrt; mit Schriftsatz vom 5. Oktober 1994 hat er nur noch Entgeltzahlung - zunächst bis Dezember 1995 - verlangt, nachdem seitens des Gerichts Bedenken gegen die Führung des Rechtsstreits im Urkundenprozeß (§ 592 ZPO) erhoben worden waren. Die Beklagte hat die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts mit dem Hinweis gerügt, der Kläger sei Arbeitnehmer gewesen; der Feststellungsanspruch sei im Urkundenprozeß nicht statthaft. Das Landgericht hat den beschrittenen Rechtsweg für zulässig erachtet (Beschuß vom 26. Juni 1995). Auf die Beschwerde der Beklagten hat das Brandenburgische Oberlandesgericht mit Beschuß vom 29. Februar 1996 den Beschuß des Landgerichts abgeändert und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Potsdam verwiesen. Der Kläger hat nunmehr mit Schriftsatz vom 8. Juli 1996 vor dem Arbeitsgericht wieder einen Feststellungsantrag hinsichtlich der Kündigungen rechtshängig gemacht und dazu die Auffassung vertreten, die Beklagte werde im vorliegenden Verfahren durch den Verwaltungsrat vertreten. Da der Verwaltungsrat der Beklagten in Fällen der Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder sowie des Abschlusses und der Kündigung ihrer Anstellungsverhältnisse berufen sei, könne ihm auch die gerichtliche Vertretung in diesem Bereich nicht abgesprochen werden. Dieser Grundsatz müsse auch in Rechtsstreitigkeiten mit ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern gelten; ggf. sei das Rubrum zu berichtigen. Die Feststellungsklage gegen die Kündigungen sei auch nicht verwirkt, da der Beklagten während des gesamten Rechtsstreits bewußt gewesen sei, daß er die Kündigungen in jeder Form angreife. Die Kündigungen seien schon deshalb unwirksam, weil sie durch das unzuständige Organ (Vorstand) ausgesprochen worden seien; außerdem sei eine



Vollmacht nicht vorgelegt worden. Schließlich seien die Kündigungen unwirksam, weil die Beklagte zuvor das Mitwirkungsverfahren nach dem Landespersonalvertretungsgesetz habe durchführen müssen. Schließlich lägen auch keine Kündigungsgründe vor: Zum Zeitpunkt der Einstellung von Herrn Sch habe er, der Kläger, wegen der späteren Fusion der Sparkasse mit der Beklagten keine Bedenken erheben müssen, zumal die Bestellung eines Vorstandsvorsitzenden unumgänglich gewesen sei; das gleiche gelte hinsichtlich der Bestellung von Herrn B . Außerdem sei für die Bestellungen der Verwaltungsrat zuständig gewesen. Der Neubau sei nicht überdimensioniert geplant gewesen, da man zum Zeitpunkt der Planung noch von der Erhaltung der Selbständigkeit der Sparkasse Rathenow ausgegangen sei. Infolge der Unwirksamkeit der Kündigungen habe die Beklagte ihm bis zum Auslaufen des Vertrages am 31. Dezember 1996 das Entgelt und ab 1. Januar 1997 Versorgungsbezüge in Höhe von 70 % der ruhestandsfähigen Bezüge (Klageerweiterung bis einschließlich Juni 1997) zu bezahlen; schließlich schulde sie auch die tarifliche Einmalzahlung für 1996 in Höhe von 300,00 DM.

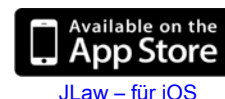
Unter Erweiterung der Klage in der Berufungsinstanz hat der Kläger zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß der Dienstvertrag vom 29. November 1991 durch die seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen vom 13. Juli 1994, 1. August 1994 und 25. Oktober 1994 nicht beendet wird,
2. die Beklagte zu verurteilen,
 - a) an ihn, den Kläger, 286.705,20 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den Nettobetrag von 10.200,30 DM seit dem 1. August 1994, auf den Nettobetrag von 10.404,30 DM jeweils seit dem 1. September 1994, 1. Oktober 1994, 1. November 1994, 1. Dezember 1994, 1. Januar 1995, 1. Februar 1995, 1. März 1995, 1. April 1995 sowie auf den Nettobetrag von 10.737,25 DM jeweils seit dem 1. Mai 1995, 1. Juni 1995, 1. Juli 1995, 1. August 1995,



1. September 1995, 1. Oktober 1995, 1. November 1995,
1. Dezember 1995, 1. Januar 1996, 1. Februar 1996,
1. März 1996, 1. April 1996, 1. Mai 1996, 1. Juni 1996,
1. Juli 1996, 1. August 1996, 1. September 1996 und 1.
Oktober 1996 zu zahlen,
- b) an ihn, den Kläger, 21.474,50 DM brutto nebst 4 % Zinsen
auf den Nettobetrag von 10.737,25 DM jeweils seit dem
1. November 1996 bzw. 1. Dezember 1996,
- c) an ihn 44.568,48 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den
Nettobetrag von 7.428,08 DM jeweils seit dem 1. Januar
1997, 1. Februar 1997, 1. März 1997, 1. April 1997, 1. Mai
1997 und 1. Juni 1997 sowie
- d) an ihn 300,00 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den ent-
sprechenden Nettobetrag seit Rechtshängigkeit zu zah-
len.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag zunächst geltend ge-
macht, sie sei im Prozeß durch den Verwaltungsrat nicht korrekt vertreten, vielmehr
sei gesetzlicher Vertreter der Vorstand. Unabhängig davon sei von einer Prozeßver-
wirkung auszugehen, weil der Kläger den Feststellungsantrag beim Landgericht nicht
weiterverfolgt, sondern erst 1996 beim Arbeitsgericht wieder aufgenommen habe. Im
übrigen sei die Feststellungsklage aber auch verfristet, weil das Kündigungsschutz-
gesetz Anwendung finde, da der Kläger zuletzt Arbeitnehmer gewesen sei. Die Be-
schlüsse über die Kündigungserklärungen seien vom zuständigen Organ getroffen
worden; wie sich aus dem Beschluß des Verwaltungsrats vom 5. Juli 1994 ergebe,
habe der Verwaltungsrat beschlossen, dem Kläger zu kündigen und habe hierzu den
Vorstand ermächtigt. Das Recht des Klägers, die Unwirksamkeit der Kündigungen
wegen fehlender Anhörung des Personalrats zu rügen, sei verwirkt; im übrigen ent-
falle die Mitbestimmung des Personalrats gemäß § 62 Abs. 5 PersVG, da die Ver-
gütung des Klägers über derjenigen nach VergGr. I BATSpk-Ost gelegen habe. Die
Kündigungen seien - wenn man nicht schon von der Unwirksamkeit des Dienstver-



trages mangels einschlägigen Beschlusses des Verwaltungsrats ausgehe - auch gerechtfertigt, weil der Kläger es pflichtwidrig unterlassen habe, Bedenken gegen die Bestellung der Vorstandsmitglieder Sch und B zu erheben, mit denen jeweils Fünf-Jahres-Verträge abgeschlossen worden seien, obwohl die Fusion der Sparkassen absehbar gewesen sei. Dies habe zu einer Kostenbelastung von etwa 4 Mio DM geführt. Auch im Zusammenhang mit dem Neubau der Hauptverwaltung habe der Kläger schwere dienstliche Verfehlungen begangen; die Folgekosten im Vergleich zu denen einer bedarfsgerechten Investition belasteten das Betriebsergebnis zwischen 1,4 und 1,5 Mio DM. Am 8. Dezember 1993 habe festgestanden, daß wegen der bevorstehenden Fusion der Wunsch nach einer eigenständigen Sparkasse Rathenow nicht mehr realisierbar gewesen sei. Deshalb schulde der Kläger Schadensersatz in entsprechender Anwendung des § 93 Abs. 1 AktG wegen der schweren Dienstverfehlungen; ein Vorstandsmitglied habe in allen Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.

Die Beklagte hat im Wege der Widerklage beantragt,

1. festzustellen, daß der Kläger verpflichtet ist, ihr, der Beklagten, allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus dem Planungsvorhaben der Baumaßnahme - Hauptstelle der ehemaligen Kreissparkasse Rathenow von 1991 - entstanden ist sowie nach der Errichtung entstehen wird,
2. festzustellen, daß der Kläger verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der Bestellung des Herrn B zum Vorstandsmitglied und des Herrn Bernd Sch zum Vorsitzenden des Vorstandes der ehemaligen Kreissparkasse Rathenow entstanden ist und entstehen wird.



Der Kläger hat dazu geltend gemacht, die Widerklage sei unzulässig, weil ggf. auf Leistung geklagt werden könne; im übrigen liege eine schuldhafte Pflichtverletzung nicht vor.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat entsprechend den in der Berufungsinstanz erweiterten Klageanträgen entschieden und im übrigen die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte nach wie vor die Klageabweisung und hält an ihrer Widerklage fest.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

Die Vorinstanzen haben zutreffend entschieden, daß die dem Kläger gegenüber ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind und die auf Feststellung von Schadensersatzpflichten gerichtete Widerklage unbegründet ist.

1. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, die Beklagte sei, obwohl sie gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 Sparkassengesetz-DDR vom 19. Juni 1990 (GVBI I, S. 567) - im folgenden: SpkG-DDR - regelmäßig durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten werde, im vorliegenden Verfahren ordnungsgemäß durch ihren Verwaltungsrat vertreten. Denn § 112 AktG sei infolge einer Gesetzeslücke in § 16 SpkG-DDR entsprechend anwendbar. Das Gesetz lasse nämlich eine Ausnahmeregelung für den Fall eines Prozesses gegen Vorstandsmit-



glieder vermissen, obwohl die wesentlichen Regelungen bei einer Sparkasse und einer Aktiengesellschaft insoweit übereinstimmen.

Diese Frage der gesetzmäßigen Vertretung ist in der Tat von prozeßentscheidender Bedeutung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (u.a. Urteile vom 5. März 1990, WM 1990, 630, 631; vom 22. April 1991, WM 1991, 941, 942; vom 26. Juni 1995 BGHZ 131, 102 f.; vom 28. April 1997, NJW 1997, 2324) ist eine erhobene Klage, wenn die Beklagte nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten ist (§ 551 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), wobei der Kläger für eine ordnungsgemäße Klageerhebung als verantwortlich angesehen wird, als unzulässig abzuweisen. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zutreffend von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung ausgegangen. Es hat allerdings nicht berücksichtigt, daß jedenfalls bei Wiedererhebung der Feststellungsklage wegen der außerordentlichen Kündigungen vom 13. Juli, 1. August und 25. Oktober 1994 im Juli 1996 nach der Verweisung des Rechtsstreits vom ordentlichen Gericht an das Arbeitsgericht das Sparkassengesetz-DDR in Brandenburg nicht mehr hinsichtlich der hier in Rede stehenden Vorschriften (§§ 13, 16 SpkG-DDR) galt, vgl. § 35 des Brandenburgischen Sparkassengesetzes vom 26. Juni 1996 (GVBl I, S. 210). Nach dieser Bestimmung tritt mit dem Inkrafttreten des Brandenburgischen Sparkassengesetzes am 2. Juli 1996 das Sparkassengesetz der DDR vom 29. Juni 1990 außer Kraft. Letzteres ist insgesamt durch mehr oder weniger gleichlautende föderale Sparkassengesetze der neuen Bundesländer außer Kraft gesetzt worden. Die Vereinheitlichung des Sparkassenrechts in den Ländern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt sowie dem Freistaat Sachsen beruht auf § 5 des zwischen diesen Ländern abgeschlossenen Staatsvertrages über den Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverband vom



17. Dezember 1992 (zum Wortlaut vgl. Sächs. GVBl, S. 365), in dem die Vertragsländer ihre Absicht erklärt haben, ein weitgehend einheitliches Sparkassenrecht gemeinsam zu erhalten und fortzuentwickeln.

Nach dem ab 2. Juli 1996 geltenden Brandenburgischen Sparkassengesetz (im folgenden: Bbg Spkg) wird die Beklagte nunmehr - siehe § 8 Abs. 6 - gegenüber dem Vorstand durch den Verwaltungsrat vertreten, für den der Vorsitzende handelt. Entsprechend ist in § 18 Bbg SpkG geregelt, der Vorstand vertrete die Sparkasse (nur), soweit nicht der Verwaltungsrat zuständig sei. Mit anderen Worten: Das neue Brandenburgische Sparkassengesetz hat den „Fehler repariert“, den das ehemalige Sparkassengesetz der DDR gemacht hatte, oder anders ausgeführt: Die vom Landesarbeitsgericht angenommene Analogie wird durch das Brandenburgische Sparkassengesetz „bestätigt“. Angesichts dieser Rechtslage bestehen keine Zweifel daran, daß die Beklagte mit der am 8. Juli 1996 beim Arbeitsgericht Potsdam eingegangenen, geänderten Klage unter Beibehaltung der angegebenen Vertretung durch den Verwaltungsrat zutreffend verklagt war. Es braucht daher nicht mehr auf die wohl zutreffende Auffassung des Landesarbeitsgerichts eingegangen zu werden, daß die ursprünglich beim Landgericht Potsdam erhobene Feststellungsklage mit dem Schriftsatz des Klägers vom 5. Oktober 1994 wohl in der Tat zurückgenommen war, weil insoweit eine Klagebeschränkung durch die Umstellung auf einen reinen Zahlungsantrag anzunehmen sei (Berufungsurteil, S. 26/27). Denn jedenfalls seit 2. Juli 1996 war die Beklagte im Prozeß durch ihren Verwaltungsrat vertreten.

Zwar ist der Kläger nie Vorstand der Beklagten selbst gewesen, sondern nur stellvertretendes Vorstandsmitglied der von der Beklagten aufgenommenen Sparkasse Rathenow. Das folgt aus § 8 der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen



dem Zweckverband für die Mittelbrandenburgische Sparkasse in Potsdam und dem Landkreis Havelland, wonach die Vorstandsmitglieder und das stellvertretende Vorstandsmitglied der Sparkasse Rathenow von der Mittelbrandenburgischen Sparkasse nicht als Vorstandsmitglieder oder stellvertretende Mitglieder verwendet werden sollten, sondern besondere Vereinbarungen zu treffen waren (ebenda § 8 Abs. 4). Das ändert jedoch an dem gefundenen Ergebnis nichts: Der Kläger war zwar zuletzt nur stellvertretendes Vorstandsmitglied der Sparkasse Rathenow und gehörte damit nach dem 1994 geltenden § 16 Abs. 2 SpkG-DDR nicht zum Vorstand, dem nur die eigentlichen Mitglieder angehörten, wie § 15 Abs. 1 SpkG-DDR zu entnehmen ist. Dabei würde jedoch nicht berücksichtigt, daß schon nach § 13 Abs. 2 Buchst. b SpkG-DDR auch die Bestellung von Stellvertretern für die Mitglieder des Vorstandes seinerzeit zu den Aufgaben des Verwaltungsrates gehörte und daß § 5 der Satzung der Sparkasse Rathenow regelte, der Vorstand bestehe aus zwei Personen und einem Stellvertreter. Es kann insofern unerörtert bleiben, ob zwischen dem Inhalt der Satzung und § 15 Abs. 1 Satz 2 SpkG-DDR ein gewisser Widerspruch insofern besteht, als nach der gesetzlichen Bestimmung nur die Zahl der Mitglieder des Vorstandes und der Stellvertreter durch die Satzung, nicht jedoch der Vorstand als solcher durch Satzung geändert werden kann. Jedenfalls aber bliebe unberücksichtigt, daß der Kläger nicht nur stellvertretendes Vorstandsmitglied bei der Sparkasse Rathenow war, sondern im Juni 1992 bereits durch den Verwaltungsrat der Sparkasse zum Vorstandsvorsitzenden bestellt wurde und dieses Amt auch bis zur Bestellung des Herrn Sch zum Vorstandsvorsitzenden ausgeübt hat, ferner daß der Kläger noch einmal im April 1993 nach dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds W bis zum Dienstantritt des neu gewählten Vorstandsmitglieds B vorübergehend zum Vorstandsmitglied bestellt worden ist.



Insofern ist in der Rechtsprechung (vgl. BGH Urteil vom 14. Juli 1997 - II ZR 168/96 - WM 1997, 1657, 1658) in einem vergleichbaren Fall einer Sparkassenverschmelzung nach dem Sparkassengesetz des Freistaates Sachsen entschieden, in Abweichung von der allgemeinen Vertretungszuständigkeit des Vorstandes werde eine Sparkasse gegenüber einzelnen (amtierenden oder früheren) Vorstandsmitgliedern durch den Verwaltungsrat auch dann vertreten, wenn das frühere Vorstandsmitglied lediglich dem Vorstand einer auf eine Sparkasse verschmolzenen früheren Sparkasse angehört habe. Der Bundesgerichtshof hat dies (vgl. aaO) damit begründet, im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sei es ohne Belang, ob im Einzelfall die Gefahr bestehe, daß die Sparkasse von dem Vorstand nicht sachgerecht vertreten werden könne, weil möglicherweise Rücksichtnahmen oder Interessenkollisionen drohten; es komme vielmehr allein auf eine typisierende Betrachtung an und deshalb könne nicht darauf abgestellt werden, daß das frühere Vorstandsmitglied dem Vorstand der aufnehmenden Sparkasse zu keinem Zeitpunkt angehört habe, sondern lediglich Mitglied des Vorstandes der mit der aufnehmenden Sparkasse vereinigten Sparkasse - hier der Sparkasse Rathenow - war. Eine unbefangene, von sachfremden Erwägungen freie Vertretung werde nicht allein dann in Frage gestellt, wenn die Sparkasse von gegenwärtigen oder früheren Kollegen des Vorstandsmitgliedes vertreten werde; eine solche Gefahr bestehe auch schon dann, wenn das Verhalten der amtierenden Vorstandsmitglieder von der Vorstellung beeinflusst werden könne, eines Tages in eine ähnliche Situation zu geraten wie das frühere, im Streit mit der Sparkasse liegende Vorstandsmitglied (ebenso BGH Urteil vom 28. April 1997 - WM 1997, 1210). Dem schließt sich der Senat an. Dies gilt gerade im vorliegenden Fall, in dem dem Kläger zum Vorwurf gemacht wird, in seiner früheren Eigenschaft als Vorstandsvorsitzender und Vorstandsmitglied der Sparkasse



Rathenow nicht dafür gesorgt zu haben, daß der Verwaltungsrat den geeigneteren Bewerber für das Vorstandsamt aussuchte und nicht mit den Bewerbern so langfristige Bindungen einging, und schließlich vorgehalten wird, den Neubau der Sparkasse Rathenow überdimensional geplant zu haben.

2. Soweit die Revision sich auf Prozeßverwirkung beruft, ist dieser Einwand unbegründet. Der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe sein Recht, gerichtlich gegen die Kündigungen vorzugehen, nicht verwirkt, tritt der Senat bei. Unterstellt man zunächst zugunsten der Beklagten, der Kläger sei Arbeitnehmer - und nicht etwa freier Dienstnehmer - bei der Kreissparkasse Rathenow gewesen, so ist an sich die Geltendmachung von Unwirksamkeitsgründen bei einer Kündigungsfeststellungsklage, bei der die Frist des § 4 KSchG nicht zu beachten ist, zeitlich nicht unbegrenzt möglich. Vielmehr ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon auszugehen, das Recht, eine Klage zu erheben, könne verwirkt werden (Senatsurteil vom 20. Mai 1988 - 2 AZR 711/87 - AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung, mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; zuletzt zu der Verwirkung beim Anfechtungsrecht nach § 123 BGB: Senatsurteil vom 6. November 1997 - 2 AZR 162/97 - AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung). Das Klagebegehren ist nach dieser Rechtsprechung verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauensstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen wird, er werde nicht mehr gerichtlich belangt; hierbei muß das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, daß dem Gegner die Einlassung auf die nicht mehr innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zuzumuten ist (Umstandsmoment).



Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht insofern davon ausgegangen, daß bei Anwendung dieser Grundsätze zwar einerseits der lange Zeitablauf bis zur Erhebung der Klage vor dem Arbeitsgericht zu berücksichtigen ist, daß aber andererseits das Verhalten des Klägers nach Ausspruch der Kündigungen besondere Bedeutung erhält, daß jedenfalls vorliegend das Umstandsmoment nicht gegeben ist. Der Kläger hat die Kündigungen nicht hingenommen, sondern durch die Klageerhebung beim Landgericht deutlich gemacht, daß er sich gegen die Kündigungen wenden will und auf der Feststellung ihrer Unwirksamkeit sowohl im Verfahren vor dem Landgericht wie auch später beim Arbeitsgericht besteht. Auch wenn (vgl. bereits oben zu 1) davon auszugehen ist, die Umstellung im Schriftsatz des Klägers vom 5. Oktober 1994 enthalte in Form einer Klagebeschränkung hinsichtlich der Feststellungsklage eine Klagerücknahme, so hat der Kläger gleichzeitig durch die Klageerweiterung hinsichtlich der Zahlungsklage deutlich gemacht, daß er nach wie vor - lediglich in anderer Form - die Unwirksamkeit der Kündigungen geltend machen wolle. Denn ohne Unwirksamkeit der Kündigungen waren die auf § 615 BGB gestützten Ansprüche auf Gehaltsfortzahlung wegen Annahmeverzuges nicht begründbar. Das gilt auch hinsichtlich der Kündigung vom 25. Oktober 1994, deren Berechtigung der Kläger nicht nur mit Schriftsatz vom 9. Januar 1995 bestritten hat, sondern die er auch schon mit Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 31. Oktober 1994 hat zurückweisen lassen.

Die Ausführungen der Revision zu dem angeblich doch vorliegenden Umstandsmoment überzeugen nicht. Die Revision übergeht geflissentlich, daß die Beklagte aufgrund des kontinuierlich weiterverfolgten Zahlungsbegehrens, das die Unwirksamkeit der Kündigungen voraussetzte, gerade nicht davon ausgehen konnte,



der Kläger lasse die Kündigungen gegen sich gelten. Die Revision meint, die Beklagte habe nach der Klagerücknahme durch Schriftsatz vom 5. Oktober 1994 sich darauf verlassen können, der Kläger wolle nicht um den Fortbestand seines Anstellungsverhältnisses, sondern nur wegen finanzieller Leistungen den Rechtsstreit betreiben, dem Kläger sei es nur um Geld gegangen. Die Revision verkennt damit also nicht, daß der Kläger nach wie vor die Unwirksamkeit der Kündigungen - wenn auch inzident - geltend gemacht hat. Insofern würde die Eigenkündigung des Klägers vom 22. Dezember 1994 unter Bezugnahme auf § 8 des Dienstvertrages keinen Sinn machen, wenn er selbst schon von der Wirksamkeit der Kündigungen der Beklagten ausgegangen wäre; dies dürfte auch der Beklagten nicht verborgen geblieben sein. Demnach ist ein Vertrauensschutz zugunsten der Beklagten auch nach der Klageeinschränkung im Oktober 1994 nicht entstanden. Der Kläger hat lediglich die Klageform betreffend die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung geändert. Selbst wenn man schließlich annimmt, die Beklagte sei ursprünglich durch den Verwaltungsrat nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen, so ist den Gesamtumständen zu entnehmen, daß beide Gremien, nämlich Verwaltungsrat und Vorstand, über die Prozeßführung und das Klageziel von Anfang an informiert waren. Der Beklagten kann auch nicht entgangen sein, daß der Kläger mit der Rücknahme der Feststellungsklage nur dem Hinweis des Landgerichts gemäß § 592 ZPO Rechnung tragen wollte, nachdem die Beklagte selbst im Prozeß darauf hingewiesen hatte, die Feststellungsklage könne nicht im Urkundenprozeß betrieben werden. Er-sichtlich ging der Kläger ursprünglich auch davon aus, als stellvertretendes Vorstandsmitglied der Sparkasse Rathenow stehe er in einem freien Dienstverhältnis und sei kein Arbeitnehmer, so daß seinerzeit eine Feststellungsklage hinsichtlich der Kündigungen unbehelflich sei.



3. Die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der dem Kläger gegenüber ausgesprochenen Kündigungen hat Erfolg, wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend entschieden hat. Dabei erübrigen sich nähere Ausführungen dazu, daß für diese Feststellungsklage ein Rechtsschutzinteresse im Hinblick auf § 256 ZPO besteht (vgl. BAG Urteil vom 20. März 1986 - 2 AZR 296/85 - AP Nr. 9 zu § 256 ZPO 1977, zu B I 2 und 3 der Gründe, m.w.N.); das wird auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen.

Das Berufungsgericht hat - kurz zusammengefaßt - angenommen, die Kündigungen seien deshalb unwirksam, weil der Kläger nach der Fusion der Sparkassen bei der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe, für dessen Aufkündigung es der personalvertretungsrechtlichen Mitwirkung nach den Vorschriften des LPVG Brandenburg bedurft hätte. Schon der Prämisse, der Kläger habe bei der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis gestanden, folgt der Senat nicht. Durch den Verweisungsbeschluß des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 29. Februar 1996 ist insoweit keine Bindungswirkung eingetreten, vielmehr hat dieses Gericht nur rechtskräftig über den zu ihm beschrittenen Rechtsweg entschieden (§ 17 a Abs. 1 GVG) und hat den Rechtsstreit gemäß § 17 a Abs. 2 GVG an die Arbeitsgerichtsbarkeit verwiesen. Dieser Beschluß ist (nur) hinsichtlich des Rechtsweges bindend, § 17 a Abs. 2 Satz 3 GVG.

Aus § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG ergibt sich, daß das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen hat (vgl. im einzelnen GK-ArbGG/Bader, § 48 Rz 86; Grunsky, ArbGG, 7. Aufl., § 48 Rz 8; Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, 2. Aufl., § 48



Rz 60). Tatsächlich liegt ein freies Dienstverhältnis vor, so daß es auf die arbeitsrechtlichen Überlegungen nicht ankommt.

a) Hierfür spricht zunächst, daß die Parteien ursprünglich einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, der dann durch den Dienstvertrag vom 29. November 1991 abgelöst worden ist. Der Arbeitsvertrag vom 21. Juni 1991 wird als solcher bezeichnet und außerdem war in § 2 geregelt, das Arbeitsverhältnis bestimme sich nach den für die Angestellten jeweils geltenden Tarifverträgen. Demgegenüber wird der Vertrag vom 29. November 1991 als Dienstvertrag bezeichnet, ohne daß eine Bezugnahme auf Tarifverträge vorliegt. War noch der Kläger nach dem Arbeitsvertrag (§ 4) in VergGr. II des für die westlichen Bundesländer geltenden BAT eingruppiert, so enthält der Dienstvertrag eine eigene Vergütungsregelung (§ 5), wonach der Kläger einen bestimmten Grundbetrag in der nicht unerheblichen Höhe von 110.000,00 DM jährlich und daneben eine Aufwandsentschädigung in Höhe von 2,5 % des Grundbetrages gegen gleichzeitige Abgeltung aller geleisteten Überstunden erhalten sollte. Der Senat hat mehrfach entschieden, bei Fehlen einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung hinsichtlich eines ursprünglichen Arbeitsvertrages sei im Zweifel anzunehmen, daß neben dem Neuabschluß eines Dienstvertrages - im Falle eines GmbH-Geschäftsführers - ein Arbeitsverhältnis weiter bestehe, wenn der Betreffende dafür keinen finanziellen Ausgleich durch eine höhere Vergütung erhalte (Senatsurteile vom 9. Mai 1985 - 2 AZR 330/84 - BAGE 49, 81 = AP Nr. 3 zu § 5 ArbGG 1979 und vom 12. März 1987 - 2 AZR 336/86 - BAGE 55, 137, 146 f. = AP Nr. 6, aaO). In seinem Urteil vom 7. Oktober 1993 (- 2 AZR 260/93 - AP Nr. 16, aaO) hat der Senat dahingestellt sein lassen, ob er diese Auffassung weiter vertritt; er hat angedeutet, daß eher eine Vermutung dafür spreche, daß Parteien, die einen neuen



Dienstvertrag abschließen, damit im Zweifel den alten Arbeitsvertrag aufheben wollten. Der Fünfte Senat hat dazu entschieden (Beschuß vom 28. September 1995 - 5 AZB 4/95 - AP Nr. 24, aaO), daß im Zweifel das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben werde, wenn der Arbeitnehmer eines Vereins zum Vorstandsmitglied bestellt und im Hinblick darauf ein Dienstvertrag mit höheren Bezügen abgeschlossen werde. An dieser Rechtsprechung hat der Fünfte Senat auch im Beschuß vom 9. Oktober 1996 (- 5 AZB 18/96 - AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung) festgehalten. Auch für den vorliegenden Fall gilt: Mit dem Abschluß des neuen Dienstvertrages vom 29. November 1991, der eine erheblich höhere und andersartige Vergütungsregelung für den Kläger vorsah, ist der Arbeitsvertrag vom 21. Juni 1991 gegenstandslos geworden. Schon diese Vertragsumstellung deutet in die Richtung, daß die Vertragsparteien ihr Verhältnis auf eine andere Grundlage, nämlich die eines freien Dienstnehmers, gestellt haben.

b) Soweit das Landesarbeitsgericht den Dienstvertrag im Sinne eines Arbeitsvertrages ausgelegt hat, ist der Senat hieran nicht gebunden. Denn der Vertrag enthält keinen individuellen Charakter, sondern entspricht einem Vertragsmuster gemäß den Richtlinien des OSGV. Er ist im übrigen, wie der Kläger zutreffend vortragen läßt, weitgehend identisch mit dem Vertrag, den die Kreissparkasse Rathenow mit dem damaligen Vorstandsvorsitzenden Ba abgeschlossen hat, wobei die Beklagte lediglich auf einige marginale Unterschiede in diesen Verträgen bzw. dem Mustervertrag hinweisen läßt. Mithin unterliegt der Senat keiner revisionsrechtlich eingeschränkten Nachprüfung, sondern hat selbst den Vertrag voll zu überprüfen (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. u.a. BAG Urteile vom 31. Oktober 1958 - 1 AZR 632/57 - BAGE 6, 321, 344 f. = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht, zu II 4



der Gründe und vom 9. Mai 1996 - 2 AZR 438/95 - BAGE 83, 127 = AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B I 2 c aa der Gründe, m.w.N.).

Soweit das Landesarbeitsgericht im Anschluß an die Überlegungen des Oberlandesgerichts darauf abstellt, der Kläger habe seine Arbeit nicht frei gestalten können, weil er bei der Ausübung von Nebentätigkeiten der Genehmigung bedurft hätte (§ 4 des Dienstvertrages), erlaubt dies vorliegend keine Rückschlüsse für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, weil sich die gleiche Klausel sowohl im Vertragsmuster des OSGV für Vorstandsmitglieder wie in dem des Vorstandsvorsitzenden Ba findet, von dem wohl selbst die Beklagte nicht annimmt, daß er in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Auch beim Vorstandsvorsitzenden Ba war die Urlaubsdauer konkret, nämlich wie beim Kläger, mit jährlich 30 Arbeitstagen geregelt. Beide Verträge lehnen sich in gleicher Weise gelegentlich an tarifliche Regelungen an, so hinsichtlich der Annahme von Belohnungen und Geschenken, Haftung, Beihilfe, Reisekosten, Umzugskosten und Trennungsentschädigung (§ 5 Abs. 4 des Dienstvertrages), wie auch in § 5 Abs. 1 eine Erhöhung des Grundbetrages entsprechend der tariflichen Vergütung eines Sparkassenangestellten geregelt war. Alles dies besagt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts wenig angesichts von mehreren Einzelbestimmungen des Dienstvertrages, die für ein Arbeitsverhältnis untypisch sind: So wird zunächst gemäß § 1 Abs. 1 ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit, nämlich für fünf Jahre, abgeschlossen; ferner ist der Kläger nach § 1 Abs. 3 verpflichtet, bei einem entsprechenden Angebot eine Wiederbestellung anzunehmen, wenn die Vertragsbedingungen nicht ungünstiger sind als die bisherigen. Nach § 8 Abs. 1 des Vertrages ist der Kläger im Falle einer Fusion verpflichtet, bei der neuen Sparkasse die Aufgaben eines stellvertretenden Vorstandsmitgliedes zu



übernehmen; im Falle der Nichtverwendbarkeit soll dieser Umstand für beide Seiten als wichtiger Kündigungsgrund (§ 626 BGB), allerdings unter Erhaltung der Vergütungs- und Versorgungsansprüche, gelten. Nach § 2 des Dienstvertrages führt der Kläger für die Dauer der Bestellung die Dienstbezeichnung „Sparkassendirektor“; der Kläger erhält außer der bereits genannten Vergütung einen Anspruch auf Versorgung (§ 9 des Dienstvertrages) nach den für die Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Vorschriften, und zwar bei Eintritt des Versorgungsfalles nach Ablauf des Fünf-Jahres-Zeitraums von 70 % der ruhegeldfähigen Bezüge. Nach § 11 werden neben den Versorgungsbezügen Beihilfen nach den für die Versorgungsberechtigten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Vorschriften gewährt, was über die Regelung für ein normales Angestelltenverhältnis weit hinausgeht. Das gilt schließlich auch für die Regelung in § 5 Abs. 3, wonach bei Dienstunfähigkeit infolge Krankheit die Bezüge unbefristet, längstens jedoch bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses weiter bezahlt werden. Auffallend ist ferner, daß der Kläger neben der ausdrücklichen Bestellung zum stellvertretenden Vorstandsmitglied im Vertragstext (vgl. u.a. § 7 Abs. 3, § 9 Abs. 1 und Abs. 4) immer wieder als Vorstandsmitglied bezeichnet wird.

c) Die Argumentation des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei gemäß § 20 Abs. 3 Satz 2 SpkG-DDR in die Arbeitsorganisation der Sparkasse eingebunden und nach dieser Vorschrift sei der Vorstand sein Dienstvorgesetzter gewesen, greift zu kurz. Ersichtlich haben nämlich die Vertragsparteien, der Kläger und die Sparkasse Rathenow, das Dienstverhältnis anders praktiziert, worauf nach der Rechtsprechung entscheidend abgestellt wird (vgl. u.a. BAG Urteil vom 9. Mai 1996 - 2 AZR 438/95 - AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B I 2 c aa der Grün-



de, m.w.N.): Nach § 5 der Satzung der Sparkasse Rathenow bestand der Vorstand aus zwei Personen und einem Stellvertreter, d.h. der Kläger wurde in seiner Eigenschaft als Stellvertreter tatsächlich als Vorstandsmitglied behandelt, wie dies mit nicht mehr zu überbietender Deutlichkeit dadurch zum Ausdruck kommt, daß der Kläger am 17. Juni 1992 bis zum Jahresende zum Vorstandsvorsitzenden und später mit Beschluß des Verwaltungsrats vom 17. März 1993 bis zum Tätigwerden des Herrn B zum weiteren Vorstandsmitglied bestellt wurde, wobei ersichtlich derselbe Dienstvertrag nach wie vor Grundlage der Vertragsbeziehungen der Parteien blieb, allerdings mit der Maßgabe, daß laut Beschluß des Verwaltungsrats vom 17. März 1993 der Dienstvertrag des Klägers auch noch dahin ergänzt wurde, er sei fortan zur kostenfreien Benutzung eines Dienstfahrzeuges berechtigt. Mit anderen Worten: Der Kläger wurde - wenn auch vorübergehend - für längere Zeiten in eine Organstellung berufen, die ihn nach § 16 Abs. 1 SpkG-DDR zum gesetzlichen Vertreter der Sparkasse Rathenow machte. Damit wurde der Kläger zum Repräsentanten des Arbeitgebers, womit die Existenz eines Arbeitsverhältnisses nicht zu vereinbaren ist. Hinsichtlich der vertretungsberechtigten Organe juristischer Personen des Privatrechts wird überwiegend in Rechtsprechung und Literatur die Arbeitnehmereigenschaft abgelehnt; bei Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften folgert man insbesondere aus § 76 Abs. 1 AktG, wonach der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft leitet, daß sie rechtlich betrachtet nicht persönlich abhängig sind (BGHZ 49, 30; 36, 142, 143; 12, 1, 5 f.; 10, 187, 191; Meyer-Landrut in GroßkommAktG, 3. Aufl., § 84 Anm. 15; Hefermehl in Geßler/Hefermehl/ Eckhardt/Kropff, AktG, § 84 Rz 35). Auch § 16 Abs. 1 SpkG-DDR enthält eine ähnliche Regelung, nämlich daß der Vorstand die Sparkasse in eigener Verantwortung leitet. Das Vorstandsmitglied kann also seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten. Wer in dieser



Form ein Kreditinstitut führt, paßt nicht zum Bild eines Arbeitnehmers, sondern ist vielmehr als sog. „freier Dienstnehmer“ einzustufen (ebenso Hauschka, Die Dienstrechtsstellung der Vorstandsmitglieder der öffentlich-rechtlichen Sparkassen, 1981, S. 48 f., 53; Heinevetter, SpkG-NW, § 22 Rz 7; Weber, Die Begründung und Beendigung der Rechtsverhältnisse zwischen den Sparkassen und ihren Vorstandsmitgliedern in Nordrhein-Westfalen, 1988, S. 44 f., 47).

Daran hat sich auch nicht dadurch etwas geändert, daß der Kläger nach der Bestellung und dem Tätigwerden des Herrn B wieder als stellvertretendes Vorstandsmitglied agierte und infolge der Fusion der Sparkasse Rathenow mit der Beklagten diese Stellung, die jedenfalls in der praktischen Handhabung der eines Organs gleichkommt, einbüßte.

d) Der Auffassung der Beklagten, das Dienstverhältnis wandle sich ohne weiteres mit dem Verlust der Organstellung in ein Arbeitsverhältnis, kann nicht gefolgt werden. Diese „Mutationstheorie“, der offensichtlich auch das Oberlandesgericht Brandenburg im Verweisungsbeschluß vom 29. Februar 1986 gefolgt ist, ist rechtlich nicht haltbar. Der Inhalt eines Anstellungsverhältnisses ändert sich allein durch die Fusion der Sparkassen nicht. Richtig ist, daß die Vereinigung von Sparkassen schon gesetzlich (§ 27 des SpkG-DDR) als solche ermöglicht wurde. Die Fusion beruhte vorliegend auf der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen dem Zweckverband für die Mittelbrandenburgische Sparkasse in Potsdam und dem Landkreis Havelland vom 16. Mai 1994, die in § 8 u.a. regelte, die Beklagte trete in alle bestehenden Arbeits- und Ausbildungsverträge ein, allerdings könnten die Vorstandsmitglieder und das stellvertretende Vorstandsmitglied - gemeint war damit ersichtlich der Kläger - zur Zeit in Potsdam nicht als Vorstandsmitglieder oder stellvertretendes Vorstands-



mitglied verwendet werden; über die Verwendung der bisherigen Vorstandsmitglieder/stellvertretendes Vorstandsmitglied seien besondere Vereinbarungen und Regelungen zu treffen. Damit gingen ersichtlich auch die vertragschließenden Partner davon aus, der Inhalt der Anstellungsverhältnisse - seien es Arbeitsverhältnisse, seien es Dienstverhältnisse - ändere sich allein durch die Gesamtrechtsnachfolge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung nicht. Im gleichen Sinne hat der Senat (Beschluß vom 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - AP Nr. 17 zu § 5 ArbGG 1979) im Falle einer Verschmelzung von GmbH's entschieden, die bisherige rechtliche Zuordnung eines schuldrechtlichen Vertrages zu den Vertragstypen des BGB bleibe im Falle der Verschmelzung nach §§ 19 f. KapErhG unberührt. Wie auch im Falle der Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge die Rechtsnatur des Vertrages unverändert bleibt (vgl. §§ 571, 613 a, 1922 BGB), spricht auch im vorliegenden Falle alles für die Kontinuität des bisher bestehenden Vertragsverhältnisses. Dabei ist nicht zuletzt die Trennung zwischen Organstellung und privatrechtlichem Anstellungsverhältnis zu berücksichtigen: Der Kläger verlor nur seine Organstellung, nicht jedoch seine Rechtsstellung im freien Mitarbeiterverhältnis. Die Beklagte übernahm daher den Vertrag mit dem Inhalt, wie er zuvor zwischen dem Kläger und der Kreissparkasse Rathenow praktiziert wurde, nämlich als freies Mitarbeiterverhältnis.

4. Der Dienstvertrag zwischen den Parteien ist auch wirksam zustande gekommen. Soweit die Revision an der von der Beklagten auch früher vertretenen Auffassung festhält und rügt, der Dienstvertrag zwischen dem Kläger und der Kreissparkasse Rathenow sei deshalb nicht rechtswirksam, weil er nur vom Vorsitzenden des Verwaltungsrats der Sparkasse Rathenow unterzeichnet sei, ohne daß ein entsprechender Beschluß dieses Gremiums vorlag, ist dem nicht zu folgen. Die-



se Argumentation, die die Beklagte nach zweieinhalb Jahren Prozeßführung erstmals in der Berufungsinstanz beim Landesarbeitsgericht vorgetragen hat, hat dieses mit zutreffender Begründung nicht gelten lassen. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn die Beklagte sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages vom 29. November 1991 im Hinblick auf den unstreitig fehlenden Beschluß des Verwaltungsrats berufe, denn die Beteiligten hätten sich auf die Gültigkeit des Vertrages vom 29. November 1991 eingestellt und sich mehrere Jahre dem Vereinbarten entsprechend verhalten; könnte jede Partei die Unwirksamkeit des Vertrages mit allen sich hieraus ergebenden Folgerungen geltend machen, so würde dies in aller Regel den Angestellten ungleich schwerer als die Sparkasse treffen, da sich der Mitarbeiter gewöhnlich mit seiner ganzen beruflichen Existenz auf den Bestand des Vertrages eingerichtet habe, so daß unter diesen Umständen sich die Sparkasse jedenfalls dann am Vertrag festhalten lassen müsse, wenn - wie hier - der Kläger als stellvertretendes Vorstandsmitglied mit Wissen des zuständigen Organs vertragsgemäß tätig geworden sei, was sich schon aus der wirksamen Bestellung durch den Verwaltungsrat ergebe; eine stillschweigende Billigung durch den Verwaltungsrat könne zwar einen unwirksam Anstellungsvertrag rechtlich nicht heilen, dies sei aber ein Umstand, der im Rahmen einer Gesamtwürdigung, ob beiden Teilen zugemutet werden müsse, einen fehlerhaft abgeschlossenen Vertrag voll als verbindlich anzuerkennen, mit zu berücksichtigen sei. Wenn die Revision dem erneut mit der Argumentation entgegentritt, die Rechtsfigur des fehlerhaften Anstellungsverhältnisses verschaffe nur Ansprüche für die Vergangenheit, lasse es aber ohne weiteres zu, sich für die Zukunft mit Wirkung ex nunc von dem fehlerhaften Dienstverhältnis loszusagen, setzt sie nur ihre Würdigung der nachvertraglichen Umstände an die Stelle derer des Landesarbeitsgerichts. Die Revision



verkennt insoweit nicht, daß der Bundesgerichtshof (Urteil vom 23. Oktober 1975 - II ZR 90/73 - BGHZ 65, 190 = NJW 1976, 145, 146) im Hinblick auf einen unwirksamen Anstellungsvertrag eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft die gleiche Auffassung vertreten hat wie das Landesarbeitsgericht im vorliegenden Fall. Sie macht nur geltend, die Beklagte brauche sich nicht an dem Vertrag festhalten zu lassen, da sie nicht anstellende Sparkasse gewesen sei. Damit verkennt die Revision die Rechtswirkungen der Fusion, insbesondere § 27 Abs. 1 Nr. 2 SpkG-DDR, wonach wegen des Vermögensübergangs auf die Beklagte von einer Gesamtrechtsnachfolge auszugehen ist, so daß die Beklagte (vgl. bereits oben zu 2) in dem Umfang in die Rechtsposition der Sparkasse Rathenow eingetreten ist, wie sie vor der Fusion bestand. Hätte sich die Sparkasse Rathenow im Juni 1994 darauf berufen, dem Dienstvertrag vom 29. November 1991 liege kein Beschluß ihres Verwaltungsrats über die Anstellung zugrunde, müßte sie sich entgegenhalten lassen, eben dieses Anstellungsverhältnis über zweieinhalb Jahre lang praktiziert zu haben, und zwar unter vorübergehender Bestellung des Klägers zum Vorstandsvorsitzenden und später zum regulären Vorstandsmitglied, ohne je Zweifel daran gehabt zu haben, es entbehre eines gültigen Anstellungsvertrages.

Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht auch darauf hingewiesen, der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow habe sich in seiner Gesamtheit später mehrfach mit dem klägerischen Vertrag befaßt, so u.a. in der Sitzung vom 17. Juni 1992, wobei festgelegt wurde, die Bestellung des Klägers zum Vorstandsvorsitzenden beinhalte keine Erhöhung der Dienstbezüge. In der Verwaltungsratssitzung vom 17. März 1993 ist dann der Beschluß gefaßt worden, der Verwaltungsrat ergänze den Dienstvertrag des Klägers dahingehend, daß er zur kostenfreien Benutzung ei-



nes Dienstfahrzeuges berechtigt werde; der Kläger erhalte zur Abgeltung seiner in der Vergangenheit geleisteten Tätigkeit als Vorstandsvorsitzender einen Sonderurlaub von fünf Tagen. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht hierin eine Bestätigung und Genehmigung des Vertrages vom 29. November 1991 gesehen; zumindest ist hierin eine deutliche Billigung der bisherigen Vertragspraktizierung zu sehen, die es treuwidrig erscheinen läßt, daß die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der Sparkasse Rathenow sich zu einem späteren Zeitpunkt auf die angebliche Unwirksamkeit des Dienstvertrages beruft. Im übrigen entsprach die Unterzeichnung des Dienstvertrages durch den Verwaltungsratsvorsitzenden allein, worauf das Oberlandesgericht Brandenburg in dem Prozeß des früheren Vorstandsmitglieds Sch gegen die Beklagte hingewiesen hat, der durchgängigen Praxis auch in den alten Bundesländern. Hiernach werden die Anstellungsverträge mit den Vorstandsmitgliedern von dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats allein unterzeichnet (Büttner/Schlierbach, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1994, S. 172). Auch nach der Übung der ostdeutschen Sparkassen hatte die Bestellung einer Person zum Vorstand zur Folge, daß anschließend durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats ein Dienstvertrag auf die Dauer von fünf Jahren entsprechend dem Muster für derartige Dienstverträge des Sparkassenverbandes abzuschließen war (vgl. Die kommunale Sparkasse, Broschüre für die Verwaltungsräte der Sparkassen in den neuen Bundesländern, herausgegeben vom Sparkassenverband der DDR Berlin und dem Deutschen Sparkassengiroverband Bonn, Stand September 1990, S. 28). War den Mitgliedern des Verwaltungsrats diese ständige Übung bekannt, so läßt sich durchaus die Auffassung vertreten, bereits in dem Beschluß über die Bestellung liege zugleich die Ermächtigung an den Verwaltungsratsvorsitzenden, mit dem betreffenden Vorstandsmitglied/stellvertretenden Vorstandsmitglied einen entsprechenden Dienst-



vertrag in Anlehnung an die Empfehlungen des OSGV zu unterzeichnen. Ersichtlich ist die Unklarheit, die insoweit nach § 13 Abs. 2 b SpkG-DDR bestand, wonach der Verwaltungsrat für die Bestellung von Stellvertretern für die Mitglieder des Vorstandes zuständig war, ohne daß hier ausdrücklich auch von einer Anstellung die Rede ist, durch die Neuregelung des Brandenburgischen Sparkassengesetzes vom 26. Juni 1996 (GVBl I, S. 210) beseitigt worden, indem nunmehr in § 8 Abs. 2 neben der Bestellung als Aufgabe des Verwaltungsrats ausdrücklich auch die Anstellung - übrigens auch Abberufung und Kündigung - eines Mitgliedes und stellvertretenden Mitgliedes des Vorstandes genannt wird, wobei nach § 8 Abs. 6 Bbg SpkG die Sparkasse gegenüber dem Vorstand durch den Verwaltungsrat vertreten wird, für den der Vorsitzende handelt. Damit ist eine Rechtslage geschaffen worden, wie sie vorher bei der Sparkasse Rathenow bereits praktiziert wurde. Insofern ist die Argumentation der Revision widersprüchlich, der Kläger, der ursprünglich aufgrund eines Arbeitsvertrages als Angestellter bei der Sparkasse Rathenow tätig gewesen sei, habe aus eigenem Antrieb seine sichere Angestelltenposition (in der Probezeit!) aufgegeben und die befristete Position als Vorstandsmitglied angenommen, so daß ihm klar sein mußte, daß eine Vertragserfüllung bis zum Ablauf des - angeblich unwirksamen - Dienstvertrages nicht gesichert sei, während dieselbe Beklagte zumindest für die Kündigungen vom 13. Juli und 1. August 1994 keinen eigenen Beschluß ihres Verwaltungsrats, sondern nur den vom 5. Juli 1994 herbeigeführt hat, wonach einzelne Vorstandsmitglieder zu Verhandlungen mit den ehemaligen Vorstandsmitgliedern der Sparkasse Rathenow - ggf. auch zu einseitigen Rechtserklärungen - ermächtigt wurden.



5. Bestand unter den Parteien zur Zeit der Kündigungen kein Arbeitsverhältnis, sondern ein freies Mitarbeiterverhältnis, so wird der Kläger einerseits nicht durch §§ 4, 13 KSchG gehindert, sich auf die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigungen zu berufen, wie aber andererseits ihm auch nicht zugute kommt, daß die Kündigungen wegen Nichtbeteiligung des Personalrats unwirksam sein könnten.

Allerdings gilt § 626 BGB, wonach eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen kann (§ 626 Abs. 2 BGB), nachdem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Der Kläger hat sich von Anfang an auf eine derartige Verfristung der Kündigungsgründe berufen. Dem ist die Beklagte im Grunde genommen nur insoweit entgegengetreten, als die Kündigungen vom 13. Juli und 1. August 1994 darauf gestützt werden, der Kläger habe es unterlassen, den Verwaltungsrat umfassend über eine Wirtschaftlichkeitsberechnung sowie Alternativüberlegungen oder Planungen hinsichtlich des Neubaus der Kreissparkasse Rathenow zu informieren; das der Kündigung zugrunde liegende Fehlverhalten sei erst nach umfangreichen Recherchen der Prüfungsstelle zu Tage getreten.

a) Die weitere Kündigungsbegründung, der Kläger habe es pflichtwidrig unterlassen, Bedenken sowohl gegen die Bestellung des Vorstandsvorsitzenden Sch als auch gegen die Bestellung des Herrn B als stellvertretendes Vorstandsmitglied zu erheben, ist in jedem Fall verfristet (§ 626 Abs. 2 BGB), weil der Verwaltungsrat der Kreissparkasse Rathenow seit der Bestellung der Herren Sch und B, d.h. seit den Beschlüssen vom 2. Dezember 1992 und 17. März 1993 volle Kenntnis davon hatte, daß mit beiden Herren Fünf-Jahres-Verträge abgeschlossen wurden, obwohl angeblich zu dieser Zeit bereits voraussehbar gewesen sein soll,



daß es zu einer Fusion der Sparkassen kommen würde, ohne daß danach eine Verwendungsmöglichkeit für diese Herren bestand. Zutreffend weist der Kläger darauf hin, daß sich die Beklagte die Kenntnis des Verwaltungsrats ihrer Rechtsvorgängerin, der Sparkasse Rathenow, zurechnen lassen muß. Denn die Beklagte trat, wie bereits zuvor (unter 3) dargestellt worden ist, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 SpkG-DDR) in die Rechtsposition ein, wie sie vor der Fusion der Sparkassen bestand; zu diesem Zeitpunkt hatte der Verwaltungsrat als das Gremium, das die Geschäftsführung der Kreissparkasse Rathenow überwachte (§ 13 Abs. 1 SpkG-DDR) und zuständiges Organ für die Bestellung sowie Abberufung der Vorstandsmitglieder war (§ 13 Abs. 2 SpkG-DDR), Kenntnis von den die Kündigung angeblich rechtfertigenden Gründen.

b) Dasselbe gilt auch für den zuerst genannten Kündigungsgrund (Planung des Sparkassenneubaus ohne Wirtschaftlichkeitsberechnung und Alternativüberlegungen). Auch dieser Kündigungsgrund ist verfristet, § 626 Abs. 2 BGB. Die Beklagte muß sich auch insoweit die Kenntnis des Verwaltungsrats ihrer Rechtsvorgängerin, der Sparkasse Rathenow, zurechnen lassen. Der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow hat ausweislich des Protokolls vom 8. November 1991 bereits am 6. November 1991 Überlegungen zum Neubau der Sparkasse Rathenow angestellt (TOP 5), wobei der damalige Vorstandsvorsitzende Ba über die ersten Planungen informierte und der Verwaltungsrat den Vorstand beauftragte, für das mögliche Bauvorhaben den Grundstücksankauf zu betreiben. Ausweislich des Protokolls vom 1. Juli 1992 hat dann der Kläger in der Verwaltungratssitzung vom 17. Juni 1992 in seiner damaligen Eigenschaft als Vorstandsvorsitzender den Verwaltungsrat weiter über den Fortgang der Neubauplanungen informiert. Nach dem Protokoll der Ver-



waltungsratssitzung vom 17. März 1993 hat ferner unter dem Vorstandsvorsitzenden Sch der Vorstand dem Verwaltungsrat über die Durchführung des Neubauvorhabens ausführlich berichtet, wobei der Verwaltungsrat den Beschluß gefaßt hat, den Vorstand zu beauftragen, die Baumaßnahme bis Ende 1994 fertigzustellen. Daß es sich bei dem Neubau um eine für die Kreissparkasse Rathenow bedarfsgerechte Investition handelte, ergibt sich insofern bereits aus dem vom OSGV erstellten Raumprogramm, wobei das tatsächliche Bauvolumen noch hinter dem vom OSGV festgestellten Raumbedarf zurückgeblieben ist. Wie sich aus dem Verwaltungsratsprotokoll vom 24. Mai 1993 über die am 16. April 1993 durchgeführte Sitzung des Verwaltungsrats der Kreissparkasse Rathenow ergibt, hatte - worauf bereits das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat - der Verwaltungsrat den einheitlichen Willen zur Beibehaltung der Selbständigkeit der Sparkasse und zur Weiterführung des Neubaus in der vorgesehenen Weise. Diese eindeutige Willensäußerung ist erfolgt, nachdem der damalige Verwaltungsratsvorsitzende, der Landrat D

, über den Brief des Präsidenten des OSGV vom 2. April 1993 seinerseits informiert und der Vorstandsvorsitzende Sch diesen Brief wörtlich zur Kenntnis gegeben hat. Das Landesarbeitsgericht hat diese Umstände dahin gewürdigt, unter diesen Umständen sei klar gewesen, daß der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow nicht nur gewußt habe, daß eine Fusion der Sparkassen möglich war, diese aber nicht wollte und eine feste Willensbildung hinsichtlich des weiteren Vorgehens im Hinblick auf den Neubau getroffen hatte, sondern unter diesen Umständen auch vom Kläger nicht erwartet werden konnte zu versuchen, den Verwaltungsrat umzustimmen. Das Landesarbeitsgericht hat weiter - wenn auch im Zusammenhang mit der Widerklageforderung - ausgeführt, es sei seinerzeit durchaus möglich gewesen, daß trotz der Kreisgebietsreform eine Fusion der Kreissparkasse Rathenow mit der



Beklagten nicht erfolgen würde, wie das eingeholte Rechtsgutachten der Rechtsanwälte Prof. Dr. W und U ergeben habe; ergänzend lasse sich aus dem Gutachten des Wirtschaftsprüfers T vom August 1993 entnehmen, daß eine Fusion nicht nur rechtlich nicht zwingend war, sondern durchaus auch gute Gründe bestanden, die für eine eigene Sparkasse des Landkreises sprachen. Dieses Kenntnis des ggf. kündigungsberechtigten Verwaltungsrats der Sparkasse Rathenow muß sich die Beklagte zurechnen lassen.

Im Grunde genommen will die Beklagte nur nicht wahrhaben, daß es nicht auf Ihre Kenntnis und Beurteilung der Umstände aus Anlaß der Neubauplanung für die Kreissparkasse Rathenow ankommt, sondern auf die Kenntnis des Verwaltungsrats der Kreissparkasse Rathenow als Aufsichtsgremium ihrer Rechtsvorgängerin.

c) Auf andere Unwirksamkeitsgründe bezüglich der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen (keine Beschlußfassung des Verwaltungsrats, Zurückweisung mangels Vollmacht, fehlender wichtiger Grund) braucht demnach nicht mehr näher eingegangen zu werden. Daß es darüber hinaus auch an einem wichtigen Kündigungsgrund fehlt, ergibt sich im übrigen aus der nachfolgenden Begründung zur Abweisung der Widerklage (Ziff. 7), wobei sogar ein schärferer Verschuldensmaßstab (leichte Fahrlässigkeit) zur Haftung des Klägers geführt hätte. Schließlich erübrigen sich Ausführungen, soweit beide Parteien gemäß § 8 Abs. 2 des Dienstvertrages wegen mangelnder Verwendung gekündigt haben, weil über die Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund dieses Umstandes, der nach der genannten Vorschrift die Ansprüche des Klägers unberührt läßt, kein Streit unter den Parteien herrscht.



6. Sind aber die Kündigungen gegenüber dem Kläger unwirksam, so sind die von ihm geltend gemachten Zahlungsansprüche gerechtfertigt, §§ 611, 615, 293 f. BGB. Die Revision erhebt hinsichtlich der Entgeltansprüche keine Rüge. Es wird insoweit nur geltend gemacht, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft einen Anspruch auf Versorgungsbezüge gemäß §§ 8, 9 des Dienstvertrages in Höhe von 70 % der ruhestandsfähigen Bezüge zuerkannt, während der Kläger allenfalls einen solchen in Höhe von 60 % habe. Auch § 15 Abs. 2 SpkG-DDR, wonach die Bestellung aufgrund eines Dienstvertrages auf die Dauer von fünf Jahren begrenzt werde, sei verletzt.

Richtig ist, daß der Kläger gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 des Dienstvertrages für die Zeit vom 1. Dezember 1991 bis zum 31. Dezember 1996 zum stellvertretenden Vorstandsmitglied bestellt wurde, was insoweit der damals geltenden Vorschrift des § 15 Abs. 2 SpkG-DDR nicht voll entsprach. Der Senat hält es jedoch für unzutreffend, aus der Vorverlegung der Bestellung um einen Monat zu entnehmen, der Anstellungsvertrag des Klägers sei am Ende des fünften Jahres, nämlich am 30. November 1996, ausgelaufen. Zu dem Vertragsschluß ist es nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO) deshalb gekommen, weil der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow in der Sitzung vom 8. November 1991 ursprünglich den Beschluß gefaßt hatte, den Kläger mit Wirkung zum 1. Januar 1992 zum stellvertretenden Vorstandsmitglied zu bestellen, allerdings dann in der Sitzung vom 11. Dezember 1991 beschloß, die Bestellung auf den 1. Dezember 1991 vorzuverlegen. Der Verwaltungsrat hat also keinen Beschluß dahin gefaßt, die gesamte Bestellungszeit von fünf Jahren auf den Zeitraum vom 1. Dezember 1991 bis zum 30. November 1996, vorzuverlegen. Vielmehr ist im Anstellungsvertrag die Zeit vom 1. De-



zember 1991 bis 31. Dezember 1996 aufgeführt worden. Nach § 5 dieses Dienstvertrages hat der Kläger seine Vorstandsbezüge aber erst ab 1. Januar 1992 erhalten, so daß diese Vertragszeit maßgebend ist. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann nicht von einem Eintritt des Versorgungsfalles innerhalb der in § 9 Abs. 2 a des Dienstvertrages genannten Zeit vom 1. Januar 1992 bis 31. Dezember 1996, wofür nur 60 % der ruhegeldfähigen Bezüge zu zahlen wären, ausgegangen werden. Vielmehr ist der Versorgungsfall nach Ablauf des Dienstvertrages mit dem 31. Dezember 1996, nämlich am 1. Januar 1997 eingetreten, so daß die Regelung über die Bezahlung von 70 % der ruhegeldfähigen Bezüge zum Tragen kommt. In eben diesem Sinne hat das Landesarbeitsgericht entschieden, ohne daß die Rüge der Revision hierzu durchgreift. Ersichtlich geht der Dienstvertrag davon aus, daß die niedrigere Versorgung nur dann Platz greift, wenn der Versorgungsfall bereits im ersten Anstellungszeitraum eintritt, nicht jedoch dann, wenn dies erst danach der Fall ist, der Vertragszeitraum also plangemäß ausgelaufen ist. Wenn die Revision im übrigen meint, eine Versorgung in Höhe von 60 % für die erste Amtszeit liege über den Verbandsempfehlungen, so haben derartige Vorstellungen keinen Eingang in den hier vorliegenden Vertrag gefunden.

Der Einwand der Revision hinsichtlich der Einmalzahlung von 300,00 DM für das Jahr 1996 greift ebenfalls nicht, weil nach den vorstehenden Ausführungen die von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen nicht zu einer vorzeitigen Vertragsbeendigung geführt haben.

7. Die Revision hat schließlich auch keinen Erfolg, soweit an der Feststellungs-Widerklage festgehalten wird. Die Revision rügt, daß im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts vorwerfbare Pflichtverletzungen des Klägers vorlägen. Inso-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

fern ist davon auszugehen, daß es spezialgesetzliche Vorschriften über die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Sparkasse nicht gibt, sondern daß auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze, vor allem aus dem Gesellschaftsrecht, zurückgegriffen werden muß (vgl. zur AG: BGHZ 20, 239, 246; siehe ferner u.a. Hauschka, aaO, S. 115; Lutter, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, 1991, S. 15 f., 47; Schlierbach, Das Sparkassenrecht, S. 189 f.).

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es sei keine Pflichtverletzung darin zu sehen, daß der Kläger sich dem Verwaltungsrat gegenüber nicht dafür eingesetzt habe, daß die Vorstandsmitglieder Sch und B nicht oder zu anderen Bedingungen eingestellt wurden. Es hat darauf hingewiesen, vom zuständigen Finanzministerium und dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen sei vor der Bestellung von Herrn Sch die Besetzung des Vorsitzendenpostens ausdrücklich gefordert worden, weil die damalige Besetzung nicht mit Gesetz und Satzung im Einklang gestanden habe; auch vor der Bestellung von Herrn B sei der Vorstand nicht entsprechend § 15 Abs. 1 Satz 1 SpkG-DDR besetzt gewesen.

Mit diesen Sachumständen setzt sich die Revision nicht näher auseinander, sondern verweist zunächst auf das Schreiben des Klägers vom 23. Juni 1992, aus dem auf einen früheren Kenntnisstand des Klägers bezüglich der Fusionspläne zu schließen sei. Wenn die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, aus dem Schreiben vom 23. Juni 1992 gehe eindeutig hervor, daß der Kläger bereits Mitte 1992 mit einer Fusion der Sparkasse gerechnet habe, und mit diesem Wissen des Klägers stehe die unterbliebene Information des Verwaltungsrats durch den Kläger im krassen Widerspruch, so überzeugt das nicht. Es trifft zunächst nicht zu, daß das Landesarbeitsgericht das fragliche Schreiben vom 23. Juni 1992 nicht berück-



sichtigt hat, das Gegenteil ist der Fall. Im Berufungsurteil (S. 40) wird auf dieses Schreiben durchaus Bedacht genommen, aber zutreffend darauf hingewiesen, der Kläger habe sich an die Grundsatzentscheidung des Verwaltungsrats gehalten, der seinerzeit über den gleichen Wissensstand verfügte wie der Kläger. Der Kläger hat insofern außerdem unwidersprochen darauf hingewiesen, nicht er sei der Verfasser dieses Schreibens gewesen, sondern eine Frau Re , und in diesem Schreiben sei tragendes Argument für die Stornierung eines Auftrages gewesen, daß die Grundstücksbeschaffung für den Neubau von Zweigstellen nicht vorangehe; die Erwähnung einer Kreisgebietsreform in diesem Schreiben habe nur den Hintergrund gehabt, dem Vertragspartner die Auftragsstornierung einsichtig zu machen. Aufgrund dieser Umstände läßt sich daher nicht auf einen weiteren Kenntnisstand schlußfolgern, der Kläger sei Mitte 1992 schon davon ausgegangen, es komme zu einer Sparkassenfusion, so daß die Besetzung der Vorstandspositionen nicht opportun sei.

Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die Besetzung des Vorstandspostens mit Herrn B laut Bestellung vom 17. März 1993. Entgegen der Auffassung der Revision war es jedenfalls nicht Sache des Klägers, nachdem der Vorstandsvorsitzende Sch mit Schreiben vom 11. März 1993 die Besetzungsabsicht dem OSGV mitgeteilt hatte, zunächst etwa dem Vorstandsvorsitzenden in den Arm zu fallen, um dann außerdem noch dem Verwaltungsrat klar zu machen, er müsse eine kürzere Bestellung als nach § 15 Abs. 1 SpkG-DDR vorgesehen, vornehmen. Im übrigen mutet es merkwürdig an, daß die Beklagte auf der einen Seite argumentiert, der Kläger sei weisungsabhängiger Arbeitnehmer und dem Vorstandsvorsitzenden unterstellt gewesen, andererseits aber vom Kläger verlangt, dieser ha-



be entgegen den gesetzlichen (§ 15 Abs. 1 SpkG-DDR) und satzungsmäßigen Erfordernissen sich für eine Nichtbesetzung der Vorstandspositionen bzw. für eine andere Vertragsgestaltung einsetzen müssen. Diese Argumentation ist widersprüchlich. Jedenfalls ist der Auffassung des Landesarbeitsgerichts zuzustimmen, die Besetzung der Vorstandspositionen sei Sache des Verwaltungsrats gewesen und der Kläger habe den Verwaltungsrat ausreichend informiert, insbesondere sei dem Verwaltungsrat das Schreiben des Präsidenten des OSGV vom 2. April 1993 bekannt gemacht worden. Die Revision beharrt in diesem Zusammenhang immer wieder auf der nach ihrer subjektiven Ansicht sich bereits seinerzeit angeblich anbahnenden Tatsache einer Fusion der Sparkassen. Sie meint, unter Berücksichtigung der künftigen Sparkassenvereinigung hätten keine Personalentscheidungen getroffen werden dürfen. Ersichtlich hat aber der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow dies anders gesehen. Wie bereits oben in anderem Zusammenhang angedeutet wurde (vgl. zu 3), hat sich der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow am 16. April 1993, also zu einem Zeitpunkt als die Bestellung des Herrn B am 17. März 1993 bereits beschlossene Sache war, mit den Folgerungen aus der Gebietsreform befaßt, und zwar mit dem Ergebnis, daß der Verwaltungsrat einheitlich den Willen zur Beibehaltung der Selbständigkeit der Sparkasse äußerte, also gerade nicht die Fusionslösung ernsthaft ins Auge faßte. Ausweislich des Protokolls vom 24. Mai 1993 über diese Sitzung informierte der damalige Vorstandsvorsitzende Sch sowohl über den Brief des Präsidenten des OSGV wie aber auch darüber, die Entscheidung über die Sparkassenfusion bleibe dem neu zu bildenden Kreisparlament des Großkreises Havelland vorbehalten. Ersichtlich distanzieren sich die seinerzeit politisch Verantwortlichen im Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow (u.a. Landrat D) von den Empfehlungen des OSGV, wenn es in dem Protokoll heißt, der OSGV habe



für seine Mitgliedssparkassen eine beratende Funktion auszuüben und sollte gegenüber allen Instituten eine neutrale Haltung einnehmen. Mit anderen Worten und dies entspricht auch den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO): Die kreispolitische Lage wurde seinerzeit so eingeschätzt, daß eine Fusion der Sparkassen aus der Sicht der Sparkasse Rathenow nicht ins Auge zu fassen sei. Deshalb kann dem Kläger als damaligem Vorstandsmitglied kein Vorwurf gemacht werden, er habe den Verwaltungsrat 1992/93 hinsichtlich der Besetzung der Vorstandspositionen in eine andere Richtung drängen müssen; eine Pflichtverletzung liegt insoweit nicht vor.

b) Dieselben Erwägungen gelten für den Vorwurf der Beklagten, der Sparkassenneubau sei überdimensioniert geplant gewesen und dies habe der Kläger zu vertreten. Das Landesarbeitsgericht hat auch hierzu angenommen, der Kläger habe bezüglich des Neubaus der Sparkasse Rathenow weder seine Pflichten als Angestellter noch seine Pflichten als Vorstandsmitglied verletzt; es habe nicht zu den Aufgaben des Klägers gehört, dafür Sorge zu tragen, daß in Anbetracht einer bevorstehenden Fusion der Neubau kleiner ausfalle.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, die Entscheidung über den Neubau habe nicht dem Kläger, sondern gemäß § 13 Abs. 3 Buchst. c) SpkG-DDR dem Verwaltungsrat obliegen; eine Verpflichtung, auf den Verwaltungsrat einzuwirken, habe für die Vorstandsmitglieder nicht bestanden.

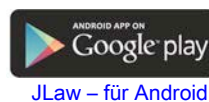
Richtig ist, daß nach § 13 Abs. 3 Buchst. c) SpkG-DDR der Vorstand hinsichtlich des Neubaus ein Vorschlagsrecht hatte und daß, wie die Revision meint,



auch die Dimensionierung des Neubaus von seiten des Vorstandes, u.a. dem Kläger, an den Verwaltungsrat heranzutragen war. Mit der Revision wird insoweit nicht mehr in Zweifel gezogen, daß der Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow seinerzeit der Auffassung war, die Selbständigkeit der Kreissparkasse solle erhalten und der Neubau so errichtet werden, wie er ursprünglich geplant war. Gleichwohl meint die Revision, dem Kläger anlasten zu sollen, er habe seine Berichts- und Unterrichtungspflichten gegenüber dem Verwaltungsrat verletzt. Dabei insistiert die Beklagte auf ihrer Argumentation, der Kläger habe bereits anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 16. April 1993 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gewußt, daß es zu einer Fusion der Kreissparkasse Rathenow mit der Beklagten kommen werde; vor diesem Hintergrund habe er die Pflicht gehabt, auf diese kommende Fusion aufmerksam zu machen und darauf hinzuwirken, der Verwaltungsrat solle mit dem Vorstand der Beklagten Gespräche aufnehmen. Der Senat hält das für abwegig, und zwar aus doppeltem Grund. Zum einen war der Kläger seinerzeit neben dem Vorstandsvorsitzenden Sch lediglich als Stellvertreter in die Position eines Vorstandsmitglieds eingerückt, weil Herr B erst ab 1. Mai 1993 tätig werden sollte. Zum anderen hat ausweislich des Protokolls vom 24. Mai 1993 der Vorstandsvorsitzende Sch anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 16. April eben diesen Punkt angeschnitten, nämlich die Mitglieder des Verwaltungsrats befragt, ob es gewünscht sei, daß der Vorstand im Vorfeld einer Fusion in Gespräche mit dem Vorstand der Beklagten eintreten sollte. Im Protokoll ist dann davon die Rede, nach Gesprächsäußerungen verschiedener Verwaltungsratsmitglieder werde festgestellt, daß die Sparkasse Rathenow und der Verwaltungsrat nicht mit dem Vorstand der Beklagten über einen Beitritt zu deren Zweckverband verhandeln sollten.



Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, die Vorstandsmitglieder der Sparkasse Rathenow hätten mehr tun müssen. Für die dem Verwaltungsrat übertragenen Entscheidungen - hier einschlägig die Errichtung sparkasseneigener Gebäude, § 13 Abs. 3 Buchst. c) SpkG-DDR - trifft die Vorstandsmitglieder im Grundsatz keine Verantwortung, was allerdings nicht bedeutet, daß dem Vorstand bei diesen Angelegenheiten keine eigenen Sorgfaltspflichten obliegen (vgl. Lutter, aaO, S. 47). Zu dem ursprünglichen Vorwurf (überdimensionale Planung) hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, an dem Vorwurf der Beklagten erstaune, daß nach den Planungen der Sparkasse Rathenow für die Kassenhalle von einem Bedarf von 733 qm ausgegangen wurde, womit das vom OSGV erstellte Raumprogramm hierfür von 870 qm noch wesentlich unterschritten worden sei. Darauf geht die Revision nicht weiter ein, sondern meint nunmehr, der Kläger habe auf den Verwaltungsrat im Sinne einer Kontaktaufnahme mit der Beklagten einwirken müssen, ohne konkret darzustellen, daß es aufgrund dessen überhaupt zu einer anderen Planung gekommen wäre bzw. daß die Planungsausführung im April 1993 noch hätte rückgängig gemacht werden können. Wenn die späteren Recherchen der Beklagten nach der Fusion ergeben haben, daß die Kreissparkasse Rathenow das Gebäude als Hauptstelle mit 80 Arbeitsplätzen geplant hat, während die Beklagte das Gebäude nur noch als Gebietsdirektion mit 31 Arbeitsplätzen nutzen konnte, so ist aus dieser im nachhinein erstellten Neuplanung nicht auf eine Pflichtwidrigkeit des Klägers zu schließen. Eine Pflichtwidrigkeit hätte insofern allenfalls dann vorgelegen, wenn der Kläger die spätere Fusion der Sparkasse im Planungsstadium des Sparkassenneubaus hätte voraussehen müssen.



So hat auch das Brandenburgische Oberlandesgericht im Prozeß des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Sch gegen die Beklagte zu derselben Problematik ausgeführt, eine Pflichtverletzung des Herrn Sch sei nicht darin zu sehen, daß er entsprechend den Entscheidungen des Verwaltungsrats der Sparkasse Rathenow den Ausbau der Zweigstelle im geplanten Umfang weiterbetrieben habe; den Beschluß des Verwaltungsrats, der gemäß § 13 Abs. 3 Buchst. c) des SpkG-DDR in dessen Kompetenz fiel, habe der Vorstand auszuführen gehabt, nachdem der Verwaltungsrat unter Leitung des Landrats als Vorsitzendem sich diese Meinung gebildet habe. Sch sei auch nicht verpflichtet gewesen, auf die Interessen der Beklagten Rücksicht zu nehmen, deren Vorstand er nicht gewesen sei; die Beklagte behaupte auch selber nicht, daß bei einem gedachten Fortbestehen einer eigenständigen Kreissparkasse Rathenow die Errichtung des Hauptgebäudes für die Sparkasse nachteilig gewesen wäre. Dasselbe gilt in Bezug auf den Kläger.

War demnach allen damals zur Entscheidung berufenen Mitgliedern des Verwaltungsrats bekannt, daß die getroffenen Entscheidungen zwar bei einem eigenständigen Fortbestehen der Sparkasse Rathenow sinnvoll, bei einer Fusion mit der Beklagten möglicherweise wirtschaftlich weniger sinnvoll waren, so ist nicht erkennbar, worauf der Kläger in dieser Situation seinerseits hätte hinweisen sollen. Die Fusionsfrage hatte für den Verwaltungsrat der Sparkasse Rathenow seinerzeit ersichtlich keine Aktualität. Im übrigen hat der Verwaltungsrat zu dieser Frage im August 1993 das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers eingeholt, das nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dahin ging, daß auch eine Aufrechterhaltung einer eigenen Sparkasse des künftigen Großkreises Havelland eine denkbare Alternative sei. Nach alledem fehlt eine ausreichende Grundlage für den Vorwurf, der Kläger



habe den Verwaltungsrat seiner Sparkasse nicht ausreichend informiert und so auf der Grundlage einer unzutreffenden Information eine nachteilige Entscheidung des Verwaltungsrats herbeigeführt. Der Kläger hat sich vielmehr korrekt verhalten. Die Widerklage ist daher mit Recht vom Landesarbeitsgericht abgewiesen worden.

Etzel

Bitter

Bröhl

Nipperdey

Thelen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)